IACOBI CVIACII

IC. PRÆSTANTISSIMI OPERVM POSTVMORVM

QVÆ DE IVRE RELIQVIT,

TOMVS QVINTVS:

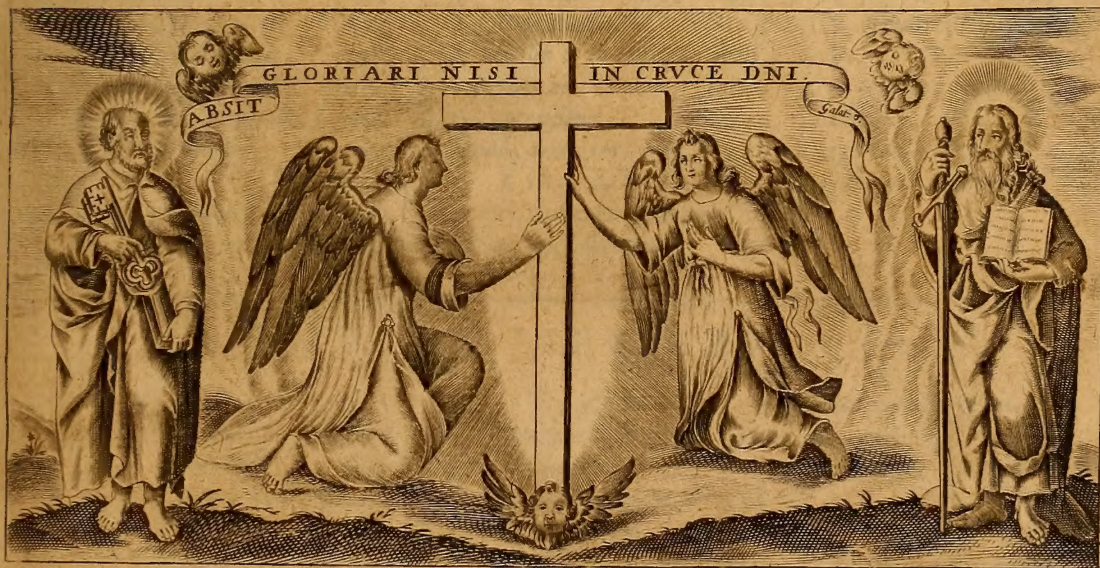
SIVE

CODEX IVSTINIANVS,

ID EST, AD CODICEM IVSTINIANVM RECITATIONES SOLEMNES,

Non ſolum emendatiores iis omnibus quæ antea in lucem prodierunt; ſed & auctiores.

Opera & ſtudio CAROLI ANNIBALIS FABROTI IC.



LVTETIÆ PARISIORVM,

Impenſis Societatis Typographicæ Librorum Officij Eccleſiaſtici, iuſſu Regis conſtitutæ.

M. DC. LVIII.

CVM PRIVILEGIO REGIS.

INDEX TITVLORVM ET LEGVM CODICIS.

EX LIBRO II.

EX LIBRO III.

EX LIBRO IV.

EX LIBRO V.

INDEX TITVLORVM

EX LIBRO VI.

EX LIBRO VII.



INDEX DIVERSORVM TITVLORVM
ORDINE ALPHABETICO, LEGVMQVE CODICIS, à Cuiacio explicatarum aut emendatarum.

B

de



IACOBI CVIACII
IVRISCONSVLTI
IN LIBROS CODICIS
RECITATIONES SOLEMNES.



IACOBI CVIACII I.C. IN LIBRVM II. CODICIS RECITATIONES SOLEMNES.

Ad Tit. I. de edendo.



SECVNDVS liber Cod. incipit à tit. de edendo, in quo duo edicta proposuit Prætor. vno iubet ei qui acturus est actionem edere & instrumenta litis, priusquam ad iudicem eatur. secundo iubet argentarios rationes suas cuique edere. Primi edicti ea ratio est, vt veniat instructus reus ad agendum, *l. 1. D. eod.* posterioris vt exhibitis rationibus causam suam instruat is ad quē ratio pertinet, *l. argentarius D. eod.* & fit editio in vtroque edicto copia describendi facta vel inspiciendi, vel dato descripto, quod descriptum exemplum nostri DD. vocant, *l. Prætor §. vlt. D. eod.* vt Græce ἀντίγραφον, *Demosth. in orat. contra Timoth.* tractans de editione rationū: τὰ γράμματα, ἀπὸ τοῦ γραμματέως, τὰ ἀντίγραφα, & id siue exemplum, siue descriptum dicatur, fit sine subscriptione *l. exempla, D. eod.* licet interpretes id sumere velint pro instrumentis litis: sed ex antecedentibus & consequentibus liquet pertinere quoque ad rationes, argentariasque rationes. instrumenta dici apparet *ex d. l. argentarius §. 1.* eo quod instruant, vnde etiam dicuntur instrumenta; quas rationes & instrumenta edi sine subscriptione receptum esse Modestinus ait *l. exempla eod.* ratio illa est quia exemplum sufficit ad instruendum: & ex primo edicto instruere tantum oportet *l. si quis ex argentariis, §. edi.* & verò editionem sermone nudo fieri posse constat: veluti potest aduersarius ad album Prætoris deducere & ostendere ex quo edicto agere velit aduersus eum *d. l. 1. §. eum quoque, ex Labeonis sententia, vbi pro eo quod legitur edicturus sit, lego, quid dictaturus sit.* Nam sæpè I C. dicunt dictare iudicium, *l. 1. §. quia autem legata, l. non distinguemus §. item de recep. arb. l. vlt. de separat.* & aduersarii nomen licet commune sit actotis & rei, tamen magis proprie refertur ad eum vnde petitur, quod & pars aduersa seu diuersa dicitur, & Græce τὸ ἐναντίον μέρος, vti constat ex Tito Liuio libro 22. & Fabio in Declam. 330. *Totum*, inquit, *onus probationis redundat in partem aduersam.* Album autem *d. l. 1. d. §. eum quoque*, dicitur in quo Prætor proposita sua edicta habet, non vt vulgo putant, proponi edicta illa in gypsato pariete, sed proponebatur in mundo .i. propalam in pleno lumine, & hoc est quod ait Theophilus album esse edictum Prætoris propositum, λευκοῖς γράμμασι, quod claris literis interpretor, vt in *l. sed si pupillus §. proscribere, de instit. act.* & ita Græci λευκὴν φωνὴν, vocem facilem & apertam. Aristoteles in Topicis, λευκὸν ἐπὶ φωνῆς, τὸ εὐήκοον, vox alba est, quæ

A facile excipitur. Sic igitur, deducebatur aduersarius ad album & demonstrabatur iis verbis: volo tecum agere ex eo edicto, quod est de dolo malo. differentiam horum edictorum videamus. Dixi namque quod esset inter ea commune, scilicet ratio, vt instruatur aduersarius, vt in *l. 1. eod.* Ex primo igitur edicto iubet Prætor instrumenta litis non authentica, sed exempla edi sine die & Consule, vnde ea editio fieri dicitur reo, non autem iudici: tunc enim ipsa authentica ei sunt edenda, *l. 2. de fide instr. l. 3. C. de diuer. rescr.* editur iudici
B ad probationem, aduersario autem ad instructionem: exemplo enim nulla est fides, authētico idonea instructio. Posteriore autem edicto eduntur rationes cum die & Consule. Rationem adfert IC. *in l. 1. §. editiones eod.* Rationes autem constare dicuntur duabus paginis, vna accepti, altera expensi, neque sola acceptio, aut sola expensio rationem facit, *l. si quis ex argentariis §. rationem, eod.* non potest autem de accepto & expenso constare si diem & Consulem exemeris, nec sine
C iis vllum vsum rationum habere possumus. Instrumenta autem satis vsui reo esse possunt, & eum instruere etiam si in exemplo dies & Cōsul appositus non fuerit. præterea verendum est ne quid falsi fabricetur, vt ait *Vlp. d. l. 1. §. editiones eod.* prælato die & Consule, quod falsi genus Græci προχρονισμὸν vocant, Gallice *antidate* vocare solemus, vt in specie *l. si creditor, C. ad leg. Cor. de fal. l. 3. de fi instr.* vt igitur falsum non fabricetur, melius est diem & Consulem non addere: qua ratione
D existimarūt Græci interpretes non edenda esse nomina signatorum seu testimonia eorum qui instrumentis litis se subsignarunt, ne interim eos reus corrumpat, apud Harmenop. *libro 1. epit. tit. iv. Accur. in d. §. editiones*, est in deteriorem sententiam pronior: verum Græcis stat ratio, quia editio solum ad instructionem desideratur. pro hac sententia facit *l. non ex omnibus, de recep. arb.* vbi si vnus ex litigatoribus ex sententia arbitri non edat nomina testium, non ideo pœna compromissi tenebitur, cum ea editio nominis ad solutionem pecuniæ nihil pertineat, nec ad operam præben-
E dam. Igitur cum nomina signatorum nihil pertineant ad instructionem, frustra à reo desideratur: nam periculum est à corruptela testium si reus nomina cognouerit. Alia inter prius & posterius edictum differentia est, quia ex secundo oritur actio in factum aduersus argentarium, qui Prætori decernenti, vt edat, non paret: & quidem ad id quod interest. Ex primo edicto actio non datur, sed ipso iure res ita procedit, vt nisi actor prius edat reo instrumentum & actionem, agere nequeat, ideoque editio actionis exigitur à reo vt delibe-

ret reus an agere, an cedere debeat & veniat instructus, *d. l. 1. eod.* nam ratio non permittit, vt plus actor petat debito, *l. 2. C. Greg. de calumn. & plus petit.* Accedit ad hæc *l. 1. de interrog. act.* Fit itaque, vt is, qui non edit, in periculum plus petitionis incidat, & litem amittat: ideo Prætor iis subueniendum censet qui ob rusticitatem vel ob ætatem vel sexum lapsi non ediderunt, *l. 1. §. vlt. eod.* vbi ait, iis subueniri .i. rem illis conseruari beneficio Prætoris, & similiter ex quacumque causa lapsi non ediderunt, ob iustum scilicet errorem, §. *si quis agens, Instit. de action.* Est item differentia inter prius & posterius edictum, vt ex secundo edicto desideretur ab argentario, vel alio, editio rationum etiam post litem contestatam, *l. argentarius* §. *vlt. eod.* ex priore autem edicto editur actio aut instrumentum ante litem contest. sed dubitatur de instrumentis litis: nam existimant interpretes, litis instrumentum non edi ante litem contestat. verum aberrant, eadem æquitatis ratione, qua & edi actio postulatur, vt scilicet veniat reus instructior. Quod si hisce tẽporibus fieri contingeret, vtilissimum sane diceretur, multique à litibus deterrerentur: & vero hæc falsa recepta opinio arguitur ex *d. l. 4. §. edenda, & l. 3. eod.* is namque §. pertinet ad litis instrumenta, quæ quidem edi simul cum actione voluit Prætor, cum ait *edenda sunt omnia, quæ quis apud iudicem, &c.* Igitur debet edere ante litem contestatam instrumenta quibus vsurus est apud iudicem, & quidem sunt edenda antequam adeatur iudex, hic enim per verba futuri temporis loquitur *I.C. d. l. 1.* id quod paulo post ait, vt ostendat aduersario id quo vti velit, & sic debet ostendere instrumenta quibus vti velit: nam verbum illud futuri temporis denotat, ante litem contestatam instrumentorum editionem fieri debere: ex priore edicto qui acturus est ex stipulatione, non tantum debet edere actionis formulam, sed stipulationis instrumentum, & quidem totum: alioquin non videtur edere ex *l. 1.* aut dolo malo videtur edere, *l. vbi* §. *1. eod.* partes igitur instrumenti stipulationis eæ sunt, quãtitas promissa, dies solutionis, non autem instrumenti, vt sup. dictum est, conditio, locus *l. 1. §. editionis, eod.* quatuor sic videntur esse partes stipulationis, tempus, causa, locus, quantitas, seu summa. Nunc videamus an editio in ius vocationem præcedat vt litem contestatam præcedit. hoc ordo Codicis videtur suadere: nam tit. *de. eden.* præcedit. & sequitur de in ius voc. quem ordinem Paulus & Vlp. in libris ad edictum sequuti sunt. quare constat hunc ordinem fuisse edicti perpetui: fori igitur & iudiciorum morem talem fuisse vt prius actio ederetur, post in ius vocaretur: alius tamen ordo in Pandectis reperitur: igitur vterque ordo stare posse videtur. verum puto illico, & eodem tempore actionis fieri editionem, & in ius vocari. vnde dici solet in ius vocationem esse initium omnium actionum instituendarum, §. *vlt. de pœ. tem. litig Instit.* idem si statuas de editione actionum, verum erit: non tamen ibat reus confestim in ius, nam deliberandi tempus dabatur, *l. 1. de eden.* 10. dierum scilicet, hodie vero 20. Nou. 86. 82. 53. neque in vsu erat antiqua lex 12. tab. *si in ius vocat, atque eat. atque* .i. simul eat statim. Edita igitur actione in cõtinenti in ius vocabatur reus, non tamen statim ibat: At vero cum, vt dixi, in ius vocationi editio coniuncta fuerit, vtra vtri præferatur, in serie titulorum facile constitui non potest: sed dicemus ex auctorum nostrorum mente, non constitui discrimen temporis in iis quæ vno die fiunt, *l. si fundus* §. *pen. de pignor. accedit l. 6. de excusat. tut.* Ex secundo igitur edicto argentarium suas edere rationes cogi posse ait *I.C. in l. Prætor, eod.* & vero æquissima ratione constitutum esse ait Vlp. quod mei causa factum est meum quodammodo instrumentum mihi edi. Argentarius autem dicebatur qui nummulos vendebat, qui pro auro nummulos ar-

A genteos accepto collybo dabat, quod mirum est, argentarios dici qui nummulos vendunt, cum absurdum sit argentum vendi, maxime quia constat pecunia nos aliquid comparare, & non pecuniam emere. Itaque vix receptus est vsusfructus pecuniæ, nec Senatus efficere potuit, vt proprie vsusfuctus pecuniæ constitueretur, *Inst. de vsufr.* nec vtique apparet in iure nostro vsquam factitatum vt pecunia venderetur, licet numismatum vsumfructum constitui posse scribat Pomponius *l. numismatum, de vsufr.* verum ideo argentarii nummos vendere dicebantur, quia pro mutatione denarii κόλλυβον Græce dictum accipiebant. sic est interpretandum quod est in *l. 1. C. Th. si quis pecunias confl.* extatque eorum officium publicum, vti constat *ex l. argentarius* §. *1. eod.* recte itaque cognoscere nummos B solebant & inquirere curiose vultum, ætatem, colorem, nobilitatem, literaturam, pondus. vnde eueniebat, vt qui vendebant aut qui mutuo accipiebant aut fœnori dabant ne deciperentur, per argentarium eas pecunias aut darent, aut acciperent, & sic eis fides firmissima habebatur Patet itaque duobus modis accipi pecuniam solitam fuisse, per argentarium scilicet, & ex mensa argentarii: mensularii dicti sunt etiam collybistæ à collybo, sicut supra dixi. Aut inquam ex domo sua accipiebatur pecunia, vt liquido apparet ex *l. lecta, de reb. cred.* in illis verbis, *Lucius Titius scripsi me accepisse quindecim mutua numerata mihi de domo sua, l. quidam, de const. pec.* in illis verbis, *ex arca tua.* Alii dabant pecunias argentario fœnori locandas, quas argen- C tarii se soluturos constituebant, atque in rationum libros id referebant, *Nou. cxxxvi. l. si quis ex argentariis* §. *rationem, eod.* hinc est quod mulieres argentarii officio, quia scilicet constituere .i. interuenire non possunt, fungi nequeunt *l. pen. eod.* item heres qui hereditatem erat venditurus, per argentarium eam venditionem vtique faciebat, vt apparet in *l. item vendendum, de pet. hered.* quæ quidem rationes argentarii diligenter conficiendæ erant, *l. Prætor* §. *1. l. argentarius* §. *1. eod.* nam is describebat quo die aut à quo datum aut acceptum erat, quæ quidem rationes negotium mensæ dicebantur, quod quidem heredibus relinquebatur aut etiam per fidei commissum *l. cum pater* §. *mensæ, de leg. 2.* D Constat igitur eum in omnibus fere contractibus interuenire solere. atque de iis rationes conficere, quas etiam faciebat si secum contractum fuisset, *d. §. 1. l. Prætor d. §. 1. l. argentarius. l. bones, de verb. sig.* conficit item rationes seruus pupilli *l. 1. §. de seruis, de tut. & rat. dist.* item tutores, curatores, socius, procurator, & ij non actione in factum ex secundo edicto cogebantur edere rationes, sed propriis actionibus *l. 9. eod.* quibus non poterat argentarius conueniri, quia neque tutor, neque procurator erat, sed actione supra dicta in factum. Nec obstat §. *pertinere d. l. si quis ex argentariis*, ex quo argui potest argentarium omnino teneri debere mandati, cum rationes sine mandato conficere non debeat: verum non perpetuo sequitur, mandatum est, ergo actio mandati competit: nam & si cum seruo E mandante domino contractum sit, non tamen mandati tenebitur actione contraria dominus, sed quod iussu *l. 1. 2. 3. quod iussu.* tenebantur igitur ad id quod interest actione in factum argentarii, *l. vlt. eod.* idem de nummulariis dicendum est, *l. quædam* §. *nummularios, eod.* qui quidem nummularii sunt argentariorum opulentorum ministri, tum in cogendis & locandis pecuniis, vnde coactores dicti *l. Sticho* §. *vlt. de statuliber.* & collectarii *in l. quisquis C. si cert. pet.* Et quod ait I C. *d. §. nummulariis, & erogant per partes*, Græci vertunt, κέρματα. i. minutiores æris partes, à κείρειν, quod est in minutiora frusta scindere, quales solent plebeii exposcere *pro ære graui.* i. per minutas pecunias & minutiores nummos plebi magis commodiores. quæ igitur est ratio edi ab argentario rationes deberi, eadem

dem est & de nummulario ceu collectario, ceu coactore. Constat igitur ex his rationes quas quis nostra causa confecit siue argentarius, siue tutor, siue socius, eas edere debere, quod non est idem dicendum de eo reo, qui sibi proprias & peculiares confecit rationes, vt latius infra. atque ita est accipienda regula iuris quam initio dixeram videri pugnare cum edicto posteriori de edendo, quæ regula tamen interdum vitiatur, vbi iudicem iusta aliqua causa impedit & mouet quæ est definitio propria l. 1.

Ad l. 1.

1. *Imp. Antoninus Pius Aug. Anilio. Ipse dispice, quemadmodum pecuniam, quam deposuisse te dicis, deberi tibi probes: nam quod desideras, vt rationes suas aduersaria tua exhibeat, id ex causa ad iudicis officium pertinere solet PP.* IV. Kal. *Oct. Sabino* II. *& Seuero Conss.*

LOquitur hæc l. non de rationibus argentariorum, sed de priuatis & domesticis, quas sibi quisque conficit: nam in eius specie a fœmina actor desiderat sibi rationes exhiberi, quæ officio argentarii non fungitur, *l. pen. eod.* ait enim *nam quod desideras &c.* desiderat ergo rationes à muliere priuatas, igitur non argentarias, quæ quodammodo publicæ sunt, cum publica fide subnixæ dicantur, *l. si ventri §. in bonis, de reb. auct. iud. poss.* Et quod tentat Accur. hoc loco eam mulierem successisse argentario, & ita ab illa rationes argentarij exhiberi recte desiderari, commentitium est, vt & Doctores aduertunt: præterea apud eam se pecuniam deposuisse actor dicit, non apud alium cui successerit principaliter: igitur cum ea agit non alieno nomine, & id etiam puerile & insolens est quod tentarunt quidam ea verba, *aduersaria tua*, pluratiui esse numeri, & accipi pro tumultuariis, vt Ausonius loquitur, & rationibus extraordinariis: ac si diceret rationes tuas, & aduersaria tua. i. literas & rationes nondum in ordinem coniectas. Et simili errore Alciatus in *l. 1. §. eum quoque, eod.* eum qui producit aduersarium suum, sic interpretatur, profert scripturam seruorum & literarum aduersaria, quem derident multi eo nomine: Non ita auctores Basilicon, qui eodem vtroque loco aduersarium & aduersaria accipiunt pro eo eaue vnde petitur, & hoc loco aduersaria tua sic interpretantur, ea cum qua controuersaris, & ita speciem ponunt recte: Egit Aemilius, vel vt alij codices Anilius, aduersus mulierem quandam actione depositi, quod diceret se apud eam deposuisse certam pecuniam: id vero cum non posset iudici aliunde probare, desiderabat, vt mulier sua breuia proferret & rationes priuatas. vocant breuia, rationes breuiarias, *l. vlt. de pec. leg.* ex quibus dicebat Anilius fore, vt liqueret de deposita pecunia: moris enim fuit veteribus Romanis patribus & matribus fam. totam vitæ rationem per singulos dies conscribere: & negligens habebatur qui non conscriberet: nam vt est in ea l. qui in potestate patris sunt, tabulas nullas conficiunt, & quidem filiifam. totius vitæ suæ tabulas non conficiunt, sed actus, vt tutelæ, necesse est vt rationes conficiant, *l. prætor §. 1. de eden. l. filius, de tut. & rat. dist.* sed aliud est totius vitæ rationem conficere, aliud vnius actus, verum cum ea species quam proposuit, perlata fuisset ad imp. Imperator Anilio rescripsit, qui desiderabat fidem haberi deposito ex rationibus priuatis aduersariæ, eum aliunde probationes sibi parare debere, non petere ex domo aduersariæ quod ait: *nam quod desideras, vt rationes suas aduersaria tua &c. id ex causa ad officiũ iudicis pertinet*, id est id iure non desideras, sed iudicem cogniturũ, & si iusta videatur desiderij

Cod.

A causa rationes edi iussurum: *ex causa* igitur hoc loco, id est, causa cognita & vtitur exhibendi verbo, *sicut in l. vlt. hoc tit. & l. vbi eod. D.* sic loquitur de rationibus: actionem enim exhibere nunquam dicimus pro edere: latius patet edendi, quam exhibendi verbum, eduntur rationes & actiones, exhibentur rationes, non etiam actiones. item edit rationes qui exhibet codicem ipsum rationum, edit rationes qui porrigit exemplum rationum, nec tamen exhibet rationes ipsas vel instrumenta, quandoquidem ea habet in secreto, & exemplum tantùm profert. Item, edit rationes qui dictat, quod rationibus continetur, nec tamen exhibet, edit actionem qui producit aduersarium ad album, & demonstrat, qua actione vsurus sit, non tamen is exhi-
B bere dicitur: at qui cedit actionem, is dicitur exhibere, §. *cum autem, Inst. de empt. & vend. l. quod sæpe §. si res vendita, de cont. empt.* actionem igitur exhibere, cedere est, non edere. & ratio discriminis est, quod qui exhibet, quodammodo habere desinit, cum scilicet quem in medium profert & educit foras & quasi ponit extra se, *l. 1. de lib. hom. exh.* edit etiam qui nullo modo habere desinit. exhibeo igitur actionem quam quodammodo habere desino dum eam transfero in alium cessione facta, vt is ea experiatur vel directo meo nomine, vel vtiliter suo nomine, *l. emptor, C. de act. empt. & vend.* non tamen eam actionem omnino habere desino: nam possum ea experiri si modo is cui cessa est ea nondum expertus sit, *l. 3. C. de nouat.* & ob id dixi, *quodammodo*. At si actionẽ non transferã in aliũ,
C sed dicam tantũ qua actione vti velim, quod est edere, eam actionem habere nullo modo desino. edo igitur eam, non exhibeo. cum autẽ exhibeo & edo, non contra: nam exhibitionem editio non comprehendit. Definitio eius l. hæc est: reum officio iudicis ex iusta causa compelli actori edere priuatas & domesticas rationes, hoc, inquit, *ex causa ad officium iudicis pertinere solet.* quod ausim affirmare sumptum esse ex *l. pen. §. vlt. ad leg. Fal.* quam & hic adduxit Accurs. in qua l. interrogatus Scæuola, an heres cum quo agunt legatarij ex testamẽto, si legatariis opponat Falcidiam, dicens plures tutelas administratas a defuncto, nondum rationem redditam, & neget tantum posse redigi ex nominibus debitorum, quantum in cautione hereditaria deductum est, an vt fides veri constet cogatur
D heres legatariis agentibus ex testamento edere rationes pupillares, ne scilicet sit in potestate heredis proferre, quod velit, & legatarios in fraudem inducere suppressa quantitate bonorum: & respondet Scæuola, *ad officium iudicis pertinere explorare ea per quæ probetur quanti sit in bonis &c.* officio igitur hoc fit, non iure actionis: nam neque vtilis, neque directa illo nomine actio competit, non edictis de edendo, quorum vno reo editur, non autem reus edit: alterum est de rationibus argentariorum, non de priuatis, non item ex edicto ad exhibendum quo vindicaturis, vel quasi datur actio ad exhibendum. Non ergo iis qui rationes aduersarij sibi edi desiderant quarum vindicationem non habent, *l. pen. ad exhib. l. nimis graue. C. de testib.* quæ proprie pertinet ad tit. ad exhib. cum sit in C. Greg.
E sub tit. ad exhib. Non recte etiam a reo desideratur priuatarum rationum exhibitio ex interdicto de tab. exhib. quoniam est tantum de tabulis ad causam testamenti pertinentibus, hæ tabulæ sunt communes inter heredem & legatarios, & cæteros, quibus aliquid testamento relictum est, *l. 2. in prin. quem. test. ap.* Igitur recte desiderat legatarius qui agit ex testamento ab herede sibi edi exhiberive tabulas testamenti, licet contra agente legatario non recte ab eo desideret heres, vt proferat tabulas testamenti ex quibus agit, *l. 2. de eden.* quia edicto primo actoré reo Prætor iubet ea tantum instrumenta litis edere quæ reus non habet: porro heres habet aut habere solet testamentum, &

absurdum est cum ipse in ea causa sit vt edere cogatur, petere vt exhibeatur ei, *l. si quis ex argentarijs* §. *prætor eod.* ergo legatarius heredi non edet testamentum, nisi causa cognita, vt in *d.* §. *Prætor ait*, quia heres debet habere, vel exemplum testamenti: compellitur tamen heres cum quo agitur, legatario edere tabulas testamenti, & non tantum interdicto de tab. exhib. sed etiam extra ordinem per Prætorem, *ex tit. quem. test. aper.* & ex interdicto, si neget heres se tabulas habere, extra ordinem si non neget, *l. 2.* §. *pen. quem. test. ap.* & fit condemnatio ex causa interdicti in id quod interest: extra ordinem omnino cogitur edere, *d. l. 2.* §. *vlt.* & ita est hæc differentia inter hos titulos *de tab. exhib. & quem. test. aper.* Communia igitur instrumenta, veluti tabulas testamenti reo cogitur edere actor actionis vel interdicti iure, vel remedio extraordinario: instrumenta sua propria reus nulla actione cogitur edere: nam originem petitionis oportet fundari aliunde quam ex instrumentis eius vnde petitur propriis, *l. vlt. hoc tit.* ergo instrumenta sua propria reus non cogitur edere actione vel interdicto vllo. Item instrumenta actoris propria reus actori, si ea habeat, omnimodo edere compellitur actione ad exhib. quia & earum vindicationem actor habet, *l. 3. quem. test. aper. l. 3.* §. *interdum, ad exhib.* Item eorum instrumentorum quæ quodammodo propria actoris sunt vel communia, puta quæ alius eius nomine confecit, recte editio per actionem postulatur, vt quæ argentarius cõfecit per actionem in factum, quæ tutor per actionem tutelæ, quæ socius per actionem pro socio, quæ procurator per actionẽ mandati, *l. quædam, de eden.* at instrumẽta sua propria reus nulla actione edere cogitur, officio iudicis cogitur ex iusta causa, si qua iudicẽ mouerit, vt puta, nam in exemplorum appositione laborant interpretes, si reus ea dicatur subtraxisse & malitiose suppressisse, vt verum aliter inueniri non possit, & iudici tandem videatur omnino earum rationum editio extorquenda a reo, *l. 2.* §. *1. de iu. fisci*, sicut vbicumque iudicem æquitas mouerit, *l. vbicumque, de interr. act.* aduersarium interrogari posse & ad id quod interrogatus fuerit respondere compelli, & ex illa quoque causa fisco agente, vt opinor, ex illa iusta causa, non iure singulari reum cõpelli edere rationes suas priuatas & domesticas, *l. 3. D. de eden. l. 2.* §. *Diuus, &* §. *item diui, de iure fisci.* videlicet, si causa sit ciuilis, nõ si capitalis. ac similiter omnino aliis agentibus ex causa per officium iudicis reus non cogitur actori edere rationes suas, nisi in causis ciuilibus: nam si & in causis criminalibus reum cogas edere rationes, hoc perinde est ac si eum cogas sibi manus inferre. Igitur ex officio iudicis nulla ex causa in causis criminalibus editio rationum priuatarum a reo exigitur, si tamen cum esset causa capitalis, forte accusator vel iudex inciderit in rationes eius priuatas, qui criminis reus postulatus est: non dubium est quin ex eis probationem iudex sumpturus sit, & condemnationem ex fide earum facturus: & ita olim, vt Asconius scribit in Præt. vrb. moris fuit, vt iudex aut accusator obsignaret domum eius quem accusaturus erat, ne quæ indicia criminis ab eo remouerentur, vnde apparebat vt damnaretur plerumque ex suis tabulis, qua de causa cœperunt Romani vel non conficere omnino sibi rationes, vel obscurius conficere, vt notis: & hæ quidem scripturæ siue rationes aduersus patremfam. & matremfam. fidem faciunt, sicut, in *l. de ætate* §. *1. de interr.* In iudicio si quis respondeat se heredem esse cum non sit heres, tenebitur perinde ac si heres esset, & ei contra se fides habebitur: idemque demonstratur in *l. Publia* §. *vlt. depos.* Quidam ita scripsit epistolam Semproniis, habere se decem ab eis pondo, & duos discos, & sacculum signatum, & subiecit, ex quibus mihi debentur decem: quæritur, an ex ea scriptura nascatur obligatio? respondet non nasci: nam & nuda ratio debitorem non facit, & priuatæ formæ agrorum non obligant, vt Siculus ait *de limitibus agrorum.* Igitur neque qui scripsit obligatur, neque ad quem scriptum est, sed rerum quas se debere dicit, probationes complectitur, quod si velit proinde sibi deberi probare, hoc iudex æstimabit. Conclusio in *d. l. Publia Mæuia* §. *vlt.* hæc est, priuatis rationibus fidem haberi aduersus eum qui eas scripsit, sed eas non facere fidem pro eo qui scripsit, *l. exemplo, C. de probat. l. vlt. C. de conu. fisc. debit.* M. Tullius pro Roscio Comœdo: *suum codicem testis loco recitare arrogantius est.* Sed hoc ita procedit, pro scriptore non facere rationes domesticas nisi aliis adminiculis adiuuentur, *l. instrumenta, C. de probat. & l. 3. de fide inst.* sed hæc probatio non sufficiet nisi addatur iusiurandum, vt liquet ex edicto Iustiniani septimo de argentariis, quo declaratur, non haberi fidem diariis & eorum rationibus nisi eas proferant iurati, denique pagina expensi sine aliis adminiculis, puta sine iureiurando fidem non facit, pagina accepti per se sola fidem facit.

Ad l. 2.

Is apud quem res agitur, acta publica tam ciuilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad inuestigandam veritatis fidem iubebit. PP. Non. Iul. Seuero A. & Albino Conss.

HVius *tit. l. 1.* est de rationibus priuatis, hæc secunda est de actis publicis. Quid vocat acta publica? an gesta iudiciorum siue commentaria quæ officiales conficiunt in causis ciuilibus & criminalibus, & ab ea re officiales dicuntur, modo actuarij, modo commentarienses, modo commentatores. Denique an acta publica vocat quæ alibi dicuntur acta forensia, *l. comparationes, C. de fid. inst.* Putem plus significare aliquanto actorum publicorum appellationem, vt sunt acta publica quæ translata sunt in publica monumenta, id est, in Archiua & tabularia publica, qua de causa & in *d. l. comparationes* separantur forensia a publicis: forensia sunt quodammodo publica, sed proprius publica dicimus quæ sunt in archiis publicis memoriæ perpetuæ causa, & ita D. Augustinus *epist. 162. non chartis, non archijs publicis, non forensibus causis &c.* Sed tamen quod pertinet ad decisionem huius Constit. idem iuris statuimus in actis forensibus, quod publicis in actis. Igitur forensibus, siue translata sint in publica monumenta, siue non. Quod vero *l. 1.* ait de priuatis rationibus reorum, eas edi actori ex causa officio iudicis, idem de actis publicis hæc l. demonstrat ea postulantibus edi arbitrio iudicis siue sint ciuilia, siue criminalia, vt constet fides veri & futurorum memoria, sed exigit commentariensis adnotationem siue subscriptionem, *l. in fraudem* §. *quoties, de iure fis.* ita enim vult edi acta, vt tamen non habeatur rata editio, nisi eam commentariensis sua manu adfirmauerit & corroborauerit, qua in re hæc species distat ab illis causis quæ proponuntur in edictis de edendo; ex quibus constat recte edi instrumenta litis sine subscriptione edentis, *l. pen. de eden.* & ratio differentiæ non obscura: nam ex illis edictis instrumenta eduntur tantum instruendi rei causa, & subscriptio instructioni nihil adiicit, actorum editio postulatur, fidei faciendæ causa, quæ nutat si deest subscriptio commentariensis. Igitur non eduntur instrumenta publica ad faciendam fidem sine adnotatione commentariensis, eduntur instrumenta litis etiam sine subscriptione edentium. separanda est etiam hæc species ab ea quæ proponitur in *l. 1. inf. eod.* quod actorum publicorum editio postulatur recte, siue sint ciuilia, siue criminalia, reus autem *ex l. 1. inf.* per officium iudicis iusta ex causa non cogitur edere priuatas & domesticas

rationes nisi in causis ciuilibus non capitalibus, & huic *l. 2.* congruit & nonnihil facit ad rem omnem explicandam *l. 6. C. Th. de accus.* quæ vult acta criminalia vt ciuilia edi his, quorum salus in discrimen venit, vt constet de innocentia & æquitate iudicantis, & cum is iudicat ne quid lateat eum vel occupet improuidum & incautum, & adiicit, *non debere expectari deprecationem actorum.* sed quid illud est non debere expectari deprecationem? hoc nempe, non esse necesse ob eam rem supplicare principi, *l. 2. vt lite pend. C.* quæ l. vetat supplicare principi lite pendente, quod seruatur hodie, nisi actorum vel pronunciationis editio denegetur: nam tunc licebit ea de re principi supplicare etiam pendente lite principali, vt actorum potestas fiat: sed dum ait l. quod & ista adsignificat, *non expectari deprecationem actorum,* demonstrat, impetrari editionem actorum posse officio iudicis citra supplicationem, quę est sententia *d. l. 6.* & inde liquet actorum editionem postulari pendente etiam lite, & adiicitur in *l. in fraudem §. quoties, de iur. fis.* actorum quoque editionem postulari iterum tractata lite, sicut in ea l. *d. §. quoties,* ponit agi apud fiscum, quo tempore ait, actorum potestatem esse faciendam, vt merito his vti liceat; sed acta adnotanda esse manu commentariensis, & eum qui aliter ea acta proferat sine adnotatione commentariensis nihil agere, & rem amittere. Sic illo §. *quoties* docet pendente lite actorum editionem postulari. Sequitur alter §. *quoties,* in quo ait, si eadem lis tractetur apud fiscum, priorum actorum recitationem fieri debere *ex officio. recitare,* edere est, & dicere nudo sermone, *ex officio* non est ex officio iudicis, sed per officialem, vt Basilica. Denique actorum editio postulatur vel pendente lite, vel iterum retractata lite: potest etenim actorum editio postulari in aliam litem & inter alias personas, quod tamen interpretes non admittunt, & mouentur hac regula iuris, *res inter alios acta alijs non præiudicat,* male: nam hæc regula negat, inter alios acta aliis ius facere, non tamen negat inter alios acta fidem præstare apud omnes: recte etiam mortuo eo apud quem acta habita sunt, eorum actorum editio postulatur apud alium iudicem: nam morte cognitoris non perit fides actorum fori fidesve publica, *l. vlt. C. de re iud. gesta,* inquit, *quæ translata sunt in publica monumenta &c.* ad quam l. propria species promenda est ex *l. 55. C. Th. de hered.* pertinet ea *l. ad Donatistas, & ideo in eo Cod. ita incipit: Notione & sollicitudine Marcellini spectabilis viri:* Marcellinus fuit tribunus & notarius, qui quædam acta criminalia confecit aduersus Donatistas, quorum etiam fit mentio a D. Augustino *Epistola* 158. 159. 160. & ea vt dixi fecerat vir spectabilis Marcellinus: quæritur an ea nullius momenti essent, cum tamen ea etiam Marcellinus retulisset in publica monumenta, & respondet, ea perpetuam habere firmitatem, nec morte cognitoris mortuam publicam fidem. Igitur quæ apud vnum iudicem acta sunt, eo defuncto valebunt etiam apud alium fide & auctoritate, licet non pondere iuris. & inde etiam si quæras, an testimonia probata in vno iudicio, in alio fidem faciant: dicam facere, quia hoc constituit generaliter de actis: testimonia autem sunt pars actorum tit. *de probat. infra, l. vlt.* vbi enumerantur omnia testimoniorum genera, & præterea ex *l. iubemus, infra, de lib. cau.* quod quis propria voce confessus fuerit apud alium iudicem, eius fides stat in iudicio alio, & ex *l. vlt. infr. de testib. l. pen. in fi. infr. de recept. arb.* quæ testimonia producta sunt apud arbitrum eorum etiam fides constat apud iudicem, cum ab arbitro itur ad iudicem Quin etiam existimo eum qui fuit arbiter in eadem causa iudicem postea fieri posse, eum inquam qui fuit arbiter nec rem peregit: vt in causa Roscij Comœdi, is qui fuerat arbiter, postea fuit iudex. Neque moueor *l. 9. §. pen. de rec. arb.* quæ non hunc, sed

A contrarium ponit casum, nec enim hoc retroagi volo, vt etiam is qui est iudex, possit eius rei cuius iudex est ex compromisso arbitrium recipere, hoc enim non admitto, vt possit deponere partes iudicis & suscipere partes arbitri compromissarij: nam arbitri honorarij operam iudex interponere non potest, verum quo cepit ordine eodem debet rem peragere, vt definit ea l. quod & plerisque locis ita obseruatur. Hodie tamen vulgo id non obseruatur: vt qua in re quis consultus fuerit in ea etiam iudex detur, quod tamen non fuisse prohibitum demonstrat *Nou.* 158. posse quem, cuius rei fuerit consultor, in eadem esse iudicē, & vero vir probus, qui semper est sui similis, tam erit seuerus in consultando, quam in iudicando, & quod consuluerit B idem iudicabit, nisi aliqua circumstantia eum a priori sententia dimoueat. At quia diximus acta ciuilia vel criminalia officiales conficere, eo forsitan existimauerit quis in libris nostris idem esse apud acta, sed aliud suadet *l. eum pro quo, de in ius voc.* aliud esse apud acta, aliud apud officium. i. apud officialem: loquitur de cautione iudicio sisti qua cauetur apud acta vel apud officium, & apud officium cauet qui officio stipulanti promittit, apud acta autem qui præsente officio non stipulante, absente autem iudice promittit iudicio sisti, qui tamen & ipse perinde tenetur ac si officio promisisset, sed tamen non idem est apud acta promittere & apud officium, quamuis sit effectus idem: vnde *in l. vlt. de ædif. priu.* C. quæ est Constitutio Græca Leonis, est potius apud officium, quam apud acta.

C

Ad. l. 3.

Edita actio speciem futuræ litis demonstrat: quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit æquitas. Dat. II. Kal. Sept. Seuero III. & Antonino AA. Conss.

Lex 3. pertinet ad primum edictum de edendo (& quidem sola huius tit.) quod est de editione actionum & instrumentorum litis. nulla vero lex in hoc tit. pertinet ad secundum edictum de ratione argentariorum. quorsum ergo pertinent aliæ ll. huius tituli: ad adfines quæ illis edictis sunt quæstiones, veluti an reus cogatur edere actori actiones domesticas, an acta publica edantur quolibet postulante, an reo post litem D contestatam cogatur actor edere rationes & instrumenta, quibus reus possit probare intentionem, defensionem, exceptionem. in tit. de edendo, longe aliter. Illa tantum duo edicta explicantur, nullæ adfines quæstiones, vt plane hoc tit. videatur Iustinian. expleuisse quod deerat tit. Digestor. de edendo. Quantum vero ad hanc l. pertinet, vt perspicue intelligatur, coaptanda est cum *l. 1. infra, de lit. contest.* vtriusque l. eadem est inscriptio & subscriptio, vna fuit Constit. quam Iustinian. diuisit in duo membra, & partem posuit sub hoc tit. partem posuit sub illo tit. *de lit. contest.* quæ si modo coaluerit, res erit dilucidior: namque ex vtraque ita coniuncta elicietur vera differentia inter editionem actionis, & litis contestationem, & E omnino fini *l. 1. de lit. contest.* oportet coaptare initium huius l. 3. Edita actione nondum res in iudicium deducitur, ergo nondum lis est, nam quid est lis? est res in iudicium deducta, & vt ait d. l. 1. res non videtur in iudicium deducta si postulatio tantum simplex celebrata sit, hoc est, si petita & impetrata actio sit, nondum res est in iudicium deducta, quæ tamen impetrationes actionum sunt sublatæ, *l. 2. C. de form. & impet. sub.* a Constantino, sed non a Theodosio & Valentiniano auctoribus huius l. Sed & non videtur res in iudicium deducta si actionis species ante iudicium reo cognita sit .i. si edita sit reo actio: edi enim debet ante iudicium, ante litis contestationem, vt proinde sciat

reus cedere, an contendere debeat &, ait, *edita actio*, quoniam specialiter erat edendum nomen actionis, *l. 2. C. Greg. de calum. vt*, inquit, specialiter petitor cogatur edere genus litis, idemque est iisdem prope verbis in Nou. Valenti. *de Episcop. iudic. si*, inquit, *edito genere actionis aduersarius, ad respondendum coegerit.* Etsi igitur eo modo specialiter nomen actionis edideris reo, tamen non ideo rem in iudicium deduxeris: at litis contestatione procul dubio res in iudicium deducitur, & litis nomen accipit, nec enim ante litis contestationem est lis, sed controuersia potius, *l. 5. & l. 26. §. si ante, de pet. hered.* licet fatear nonnunquam nos abuti litis vocabulo, vt cum litem accipimus pro actione: aliud tamen est actio, aliud lis. Actio est ius persequendi, lis est res in iudicium deducta, sed tamen accipitur pro actione, *l. litis, de verb. sig. & l. lis, de iudic.* quod ait nullam litem esse cum filiofam. *in l. cum seruis, de reg. iur.* quæ est ex eodem libro, *nulla*, inquit, *actio est cum seruo.* & in edicto etiam de litigiosis, res cuius alienatio interdicitur, litigiosa esse existimatur, nontantũ si lis sit contestata, sed etiam si mota sit controuersia, *Nou. de litigio 5.* & licet *l. 1. de litigio 5.* dicat, denuntiationem factam venditionis impediendę causa solam rem litigiosam non facere, si ei dixero diem iudicij, sicut in S. C. de pet. her. constat petitam videri hereditatem non tantum si lis contestata sit, sed si denuntiatio facta sit, atque ita litis nomen pinguius accipitur *in tit. de litigio 5.* At proprie lis non est nisi quæ contestata est: ad summam, litis contestationem præcedunt impetratio actionis, editio actionis, in ius vocatio, & recte dixeris in ius vocationem esse initium actionis, *§. vlt. de poen. tem. litig.* quod dixeris similiter de editione actionis, sed non recte dixeris esse initium litis: præcedit etiam conuentio & admonitio extraiudicialis, quæ separatur a litis contestatione, *l. si homo, de rei vind.* præcedit & inscriptio in causis criminalibus, nam & litem dicimus de causis criminalibus. Quintil. *in Declamat.* dicitur lis in *l. ex iudiciorum, de accus. l. 3. C. qui accu non poss.* eam igitur litem criminalem etiam præcedit inscriptio, *l. in S. C. §. vlt. ad Turpil.* inde hæc differentia iuris antiqui & noui: nouo iure lis est peragenda in biennium a die litis contestationis, *l. vlt. infra, vt intra certum temp.* antiquo iure causa criminalis peragenda est intra annum a die inscriptionis, *l. 9. C. Theod. vt int. an. crim. quæ. term.* Proprie igitur lis non est antequam contestetur, & hoc est quod subiicit in *d. l. 1. de lit contest.* inter litem contestatam & editam actionem multum interesse, quod congruit cũ *l. rem §. patroni, inf. de iudic. & l. 2. inf. de iurein. prop. cal.* ex quibus intelligimus, ad definitionem litis contestationis addenda esse hæc verba, vt narretur negotium ex vtraque parte, vt si narrauerit negotium actor, & tacuerit reus vel non responderit ad actionem, sed opposuerit præscriptionem fori, non videtur lis contestata, quod etiam significabãt XII. tab. his verbis, *cum perorant ambo præsentes,* & Cincius apud Macrobium: *iubet dicere quorum negotium est, narrant,* & gloss. veterum, lites contestatæ sunt, quæ in iudicio acceperunt causam ex cõflictatione, & congressione vtriusq; partis, & actor dicitur litem contestari cum reo, non reus cum actore, *l. si a me fuerit, de iud.* si arrogatus fuerit à me is qui litem cõtestatus mecũ fuerat, vel cum quo ego, non contra:cur ita? veteres hoc docent, quia actor litem facit, & appellatio litis cõtestationis ex eo ducta est, quod fieret olim testibus præsentibus, & ob id Cincius iubet dicere, quorum negotium, & addit, *iudex poscit testes,* & fit contestatio litis. Festus: contestari dicitur cum vtraque pars dicit, *testes estote*, litem facit contestatio sola: & hoc distat cõtestatio litis ab editione actionis, quæ speciem futuræ litis demonstrat, quin imo potest fieri etiam, vt si edita sit actio, non sequatur lis, puta cedente reo cognita actione, cognito instrumento litis.

A Igitur edita actio litem non facit, sed speciem futuræ litis demonstrat. & quod ait, speciem, id dicit propterea quod esset edendum nomen actionis, & quod ait actio, non omisere Iurisconsulti in eo edicto tit. *de edendo*, actionis verbum accipiendum esse latissime, *l. actionis, de oblig. & act.* quæ *l.* sumpta est ex eodem libro, ex quo sumpta est *l. 1. de edon.* & coniungenda etiam illis *l. 1. de except.* hoc modo: prætor edicit vt reo edat actor, antequam ad iudicem eatur, actionem suam: quid continetur actionis verbo? actio in rem, actio directa &c. sed potuisset quæri an contineretur exceptio, nam vt ait *l. 1. de excep.* agere videtur qui excipit, sed non ideo cogitur edere exceptionem suam reus ante litis contestationem, sed post: denique edit actionem suam actor ante litis contestationem, sed reus exceptionem suam non edit ante litis contestationem. B Ostendi quid interesset inter litis contestationem & editionem actionis: editionem actionis rem in iudicium non deducere, litis contestationem rem in iudicium deducere, & ab ea quidem contestatam rem siue controuersiam, litis nomen accipere, contestationem esse litis initium, editionem esse futuræ litis indicium, & litis contestationem fieri narrato negotio ex vtraque parte, editionem fieri si vel libello aliquo complectatur actor actionem vel copiam eius describendæ faciat, vel etiam sine scripto, si eum cum quo acturus est producat ad album Prætoris: & abstinuere veteres in litibus scripto quantum fieri potuit, vel vbi opus fuit, scripto vsi sunt breui, non tantum in litibus, sed etiam in negotiis & contractibus omnibus, vt de C donationibus est proditum in *l. si aliquid, C. de donat.* breuitas chartulæ donationi nihil derogat, & testamentum constare verbis tribus proditum est in *l. 1. de her. instit.* vel duobus, *Lucius heres.* denique de sententiis dicitur in *l. pen. & vlt. infra de sent. quæ sine certa quan. l. in sententiys, de re iudic. solue quod petitum est.* his verbis solis constat valere sententiam, modo certam summam expresserit actor, si certa sit petitio, & ipsa sententia certa est, si ita dixerit, *solue quantum petitum sit*, vel etiam his verbis, *decem quæ bona fide accepisti solue*, & similibus verbis, dummodo recte componantur: nam vt ait *l. vlt. infra comminat. epistol.* quod magno conflictu decerni solet, id paucis verbis temere descriptis definiri sententia fas non est. Igitur vt ad rem redeam, poterat editio actionis fieri etiam sine scripto, sermone nudo aut scripto breui, sed hodie D certum ex Nou. Iustiniani *de exhib. reis*, editionem fieri libello dato: ergo ex scripto dato, vt quidam dicunt, ἀντιβιβλίῳ i. vt interpretantur ex Haloandro, *exemplo libelli*, qua in re falluntur: nam ea Nou. differentiam facit inter βιβλίον & ἀντιβιβλίον βιβλίον est libellus conuentionis, quo editur reo actio, ἀντιβιβλίον est libellus responsionis, qui quidem scribitur aduersa parte libelli conuentionis: nam in ea Nou. Iustinianus vult, ἀντιβιβλίῳ reum apponere subscriptionem, qua declaret, quo die ab actore conuentus fuisset, & in quem diem sistere oporteret se operam præbiturum, se daturum operam, *ne quid quod e re sua non esset fieret.* & quidem vult Iustinian. vt exposui, edi actionem ex scripto dato libello, cui statim ex aduerso reus suam responsionem applicet & dicitur ἀντιβιβλίον Et in hoc quidem edicto Prætoris de edenda actione reo ante E litem contestatam iam heri ostendi satis, actionis verbum accipiendum esse latissime, vt edi debeat reo ab actore omnis actio, siue acturus sit in rem, siue in personam, siue mixto iure, vt familiæ ercis. communi diuid. finium regund. petitione hered. siue acturus sit præiudicio, de statu scilicet, siue directa actione, siue vtili, siue interdicto: nam & interdicta edenda sunt iis cum quibus acturi sumus. Sed nolumus, idque coniunctis capitibus Vlp. sumptis ex eodem libro, verbo actionis complecti exceptionem: quoniam non est

quod festinet reus edere exceptionem ante litem contestatam, instrui non oportet actorem, sed eum vnde petitur, instrui æquum est reum ante litis contestationem ne opprimatur improuiso, quam etiam rationem reddit *Vlp. l. 1. de eden.* Et adiecimus etiam specialiter esse edendum nomen actionis iure ciuili: nam scio Pontificio hæc improbari: nec mirum, cum eo iure omnes actiones vacent nomine, sed ius ciuile tractamus, hoc iure specialiter comprobatur, edendas esse actiones vel nomen edicti ex quo competit actio: nihil enim interest nominem edictum, an actionem, *l. 1. §. cum quoque, eod.* & specialiter edendum esse nomen actionis significat etiam *l. vlt. C. de interd.* dum ait *actionem exprimere debet*, non exprimitur, si nomen retinetur, licet in *C. Th.* legatur *rationem l. 6. de denunciat. vel edit. rescr.* qua non inspecta vix etiam clare intelligitur *d. l. vlt. de interd.* sed ita explicanda est. quædam lites olim instituebantur ex rescripto principis extra ordinem. & hæ quidem lites peragebantur solemniter, & quodammodo scrupulosius diligentiusque: primum dabantur certa tempora ad edendum rescriptum, & hæc editio fiebat ex rescripto, quandoquidē agebatur ex rescripto. dandum igitur erat exemplum rescripti, & denunciatio erat valde solemnis, dabantur certa tempora ad denunciandum, & finitis temporibus legitimis etiam ex causis dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temporib. & reparat. appellat.* sed hæc solemnitas non obseruabatur in his causis, quæ celeritatem desiderant, cuiusmodi est possessionum causa, quę ob eam rem dicitur momenti causa, & momenti causa semper in libris nostris est lis de possessione, & ob id dicitur in *d. l. vlt. de interd. si de possessione agatur ruptis ambagibus.* i. illis actionum circuitibus ambagibusque, quas adhiberi non oportet in possessionum causis, vt statim actor exprimat actionem, non exprimit actionem si supprimat nomen, ergo nomen actionis edi specialiter necesse est: cum autem nomen actionis dico, & causam actionis dico, inest enim nomini causa, *l. 3. de pet. her. inf.* ex quo etiam probari potest esse edendum actionis nomen, nam ait, *si titulus quæstionis*, i. *actionis nomen*, si, inquit, *actionis titulus habuisset causam inofficiosi testamenti.* titulus ergo actionis habet causam, & loquitur de petit. hered. quę est multiplex: nam est alia petitio hereditatis de inoff. testam. alia de rupto testamento, alia de irrito, alia ab intestato, sed nomen ipsum titulusq; quæstionis edendus est, titulus, id est nomen, vt *l. 3. inf. ad Maced. l. tutor 69. de fideiuss.* Titulus ergo. i. nomen, petitio hered. causam habet in se aliquam vel falsi testam. vel inofficiosi, vel legitimæ successionis. vnde eos valde miror qui causam actionis edi volunt omnimodo, nomen non edi volunt, vix enim est vt causam edas actionis, quin & nomen edas, si non vocabulo vno, saltem circunscriptione & ambitu verborum qui vice nominis fungitur: nihil interest dicas te acturum ex stipulatu simpliciter, an te petiturum decem, quæ tibi stipulanti promissa sunt, & in actionibus in rem nihil interest dicas te eam rem vindicaturum, an te eius rei dominum esse, & id circo te eam rem petiturum: vtroque genere editur & nomen & causa actionis cum dicis te esse dominum, & dicis te agere in rem actione: & contra causa actionis in rem, est dominium solum. nec verum est quod dicunt possessionem esse causam actionis in rem, quoniam non datur nisi aduersus possidentem, & non potest esse actio in rem sine possessione aduersarij, sed est falsa collectio: in rem actio nō est sine possessione aduersarij, ergo possessio est causa actionis in rem: sicuti & vitiose ita colligas, non potest esse filius sine patre, ergo filius est causa patris, sed tamen & possessionem causam esse actionis in rem cōprobari potest ex *l. non alias, §. vlt de iudic.* In qua dicitur, in rem actionem nasci ex præsenti possessione,

A sed hoc omne ita breuiter expedies si rem diligentius spectes: dominium esse vindicationis causam κατ' περιγραφὴν, possessionem esse causam actionis in rē κατ' πλάτος i. dominium cum possessione, vt Philosophi dicūt, virtutē solam beatum facere κατ' περιγραφὴν, virtutem cum diuitiis κατ' πλάτος & ita non nisi κατὰ πλάτος, dixeris, possessionem causam esse vindicationis: nam rem circumscribere si magis libuerit, certe dominium est sola vindicationis causa. quapropter plerisq; nitidior videtur scriptura ea quæ notatur ab Accur. *ad l. 1. de alien. iud. mut. cau. fa. infra*, in qua sunt hæc verba, *cum in rem actionem possessio pariat aduersario*, & inde etiam statuunt hoc modo, *in rem actionem possessio parit.* quod est falsum, possessio non parit actionem in rem nisi κατ' πλάτος, sed dominium, ideoque rectior est B alia lectio, quæ adducitur ab Accur. *cum in rem actori possessio pariat aduersarium*: nam & aduersarius proprie cum quo agitur: quoniam in rem actori possessio parit aduersarium: quoniam si non possideat, aut ab eo inutiliter res vindicabitur, aut statim absoluetur, *l. vlt. de rei vindic.* Sed persequamur cætera. *Edita*, inquit, *actio speciem futuræ litis demonstrat.* hoc iam dixi statim esse aptandum ad finem l. 1. *inf. de lit. contest.* quæ proponit multum interesse inter litis contestationem & editionem actionis: & partem tamen expedit vnam de litis contestatione, litis contestationem scilicet constituere tum primum litem, & facere quę non fuerat ante. Sed pars altera restat, editionem actionis demonstrare speciem futuræ litis: non igitur esse litem adiicit hanc C actionem, postquam edita est, emendari & mutari posse: mutatur actio cum nomen mutatur, vt cum pro actione ex stipulatu reponitur actio ex testamento, emendatur actio cum retento eodem nomine pars aliqua corrigitur, vt cum pro Sticho qui petitus est actione ex stipulatu, petitur Pamphilus, non enim mutatur actio, sed emendatur, qua de causa cum actio edita emendatur vel mutatur, opus est editione noua i. emendationem nouam insinuari aduersario oportet: exemplo igitur prioris editionis cum & hæc priori substituatur. Sicut igitur prior editio litis contestationem præcedit: ita & hæc posterior. Igitur non debet mutari aut emendari actio nisi ante litis contestationem, non post, & hoc etiam coniuncta *l. 1. de lit. contest.* significare videtur quæ ideo ponit differentiam inter litis contestationem & editionem. litis contesta- D tionem rem in iudicium deducere non editionem, vt intelligatur actionem emendari, vel mutari posse ante iudicium acceptum, non post iudicium i. post litem contesta. sed tunc est sera mutatio: & sane eodem edicto, id est, edicto de edendo, quo Prætor iussit actorem reo edere actionem, videtur ei permisisse editæ actionis mutationem vel emendationem vsque ad litem contesta. ac si omne tempus liberum esset actori ad mutandam vel emendādam actionem suam, sicut est liberum reo ad deliberandum, cedere, an contendere debeat vsque ad litem contestatā, idque puto significari his verbis, prout edicti perpetui &c. edicti scilicet eius quod interpretor, id est, quod postulat edi E actionem reo ante litem contesta. & quod adieci, licere actori mutare vel emendare actionem interim ante litis contestationem, & similiter in causis criminalibus constat inscriptionem recte mutari & emendari ante litis contestationem, *l. accusaturus, ad leg. Iul. de adult.* qui accusaturus est adulterij, si circa inscriptionem errauerit & tempora largiantur, licebit ei emendare, ne causa criminis aboleatur. Loquitur ergo de accusaturo non de eo qui accusauit, atque ita emendationem subscriptionis permittit ante litis contestationem, non post. In summa, vult accusaturum qui subscripsit in crimen, & nondum litem contestatus est, posse subscriptionem emendare intra tempora legitima: j. intra 60. dies, vel quatuor menses, vt auctores βασιλικῶν

scribunt, quoniam hæc sunt legitima tempora instituendæ accusationis aduersus adulterum: dantur primi dies 60. vel potius reseruantur patri vel marito; quoniam intra dies 60. ij præferuntur omnibus extraneis, si velint accusare sine metu calumniæ ex suspicione sola post 60. dies: intra quatuor menses admittitur quilibet extraneus & aliquando præfertur marito aut patri, sed non sine subcriptione. Igitur adulterij crimen accusari debet intra 60. dies vel menses quatuor, & ad summam intra sex menses, & intra ea tempora licet accusaturo inscriptionem emendare, ergo ante litis contestationem non post, sed tamen affirmamus nonnūquam Prętorem ex causa permittere emendationem, aut mutationem actionis post litem contesta. & hoc puto in hac eadem l. significari his verbis, vel ius reddentis decernit æquitas. nam omnino est legendum decernet, non decernit, ex auctoritate edicti mutari, & emendari potest actio ante litem contesta. ex æquitate autem ius dicentis emendabitur, & mutabitur etiam post litem contesta. & ita proditum est in *§. si quis aliud, Inst. de action.* quidam intendit aliud pro alio, veluti ex stipulatu agit pro actione ex testamento, vel petit Stichum cum debuisset petere Pamphilum: ait eum non periclitari si errans hoc fecerit, & ius hoc ponitur in cognitione iudicantis, vt si iusto errore ductus sit, ei opituletur etiam post litem contesta. permittatque actionem mutare vel emendare: vt inquam permittat corrigere cognita veritate in eodem iudicio: ergo post litem contesta. nam iudicium non est ante litem contesta. & Ioannis interpretatio ad illa verba *in eodem iudicio* dissentanea est valde, quoniam interpretatur in eodem iudicio, id est, apud eundem iudicem. Sed noua instantia. i. retroactis omnibus iudicij solemnibus, quin imo in eodem iudicio quid sit declarat *l. 4. §. vlt. de nox. act.* quæ est de emendatione & mutatione actionis in alio loco aut in eodem iudicio, in alio, dum prius iudicium agitatur, ergo in eodé iudicio non desideramus vt omnia retroagantur: sed vt peragāt quę cœperūt suo marte, & interim liceat actori erranti emendare actionem. quæ tamen Ioannis opinio recepta est a Canonistis in *cap. examinata de iudic.* & non moueor *Nou. de exhib. reis*, quæ dicit eum qui actionem inchoauit, ad finem exequi debere: sic sane si modo errore deceptus non fuerit: nec enim quia in proponédae rrauit, in ea perseuerare cogitur, sed ei opem feret Prætor. Minus moueor *l. de qua re ff. de iudic. de qua re cognouerit iudex, de eadem pronunciare debere*: cæterum non est alia res etiam si mutetur actio, *l. 6. de exc. rei iud.* quæ definit liquido agi de eadem re, si eiusdem rei nomine agatur, licet mutetur actio: vt si egero actione mandati, deinde mutata actione egero negotiorum gest. eiusdem rei nomine de eadem re agere videor, & ideo post sententiam obstat exceptio rei iudicatæ, non ante, nec idcirco dicetur iudex de alia cognouisse, de alia pronunciasse. nihil etiam moueor *l. non potest, de iudic.* quæ dicit non posse videri deductum in iudicium quod accidit post iudicium acceptum, & ideo noua instantia opus esse. hoc fateor, quia alia est res quæ accidit post litem contesta. & sumendum est exemplum ad *d. l. non potest ex l. Antæus in fi. de aq. & aq. pl. ar.* si egero aquæ pluuiæ arcendæ de opere præterito, & post litem contesta. aliud opus fiat, de hoc opere nouo necesse erit aliam actionem institui, quoniam alia res est separata ab hoc iudicio: sed quoniam non est alia res, sed perseuerat in eadem re petenda, non est mutatio rei, etiam si mutetur actio, & idem significat *d. l. 4. de nox. act.* certum est si seruus noxam nocuerit, in scientem dominum nec prohibentem, competere actionem in solidum, in ignorantem dari noxalem: quia non condemnatur in solidum, si velit seruum noxę dedere. At finge: quidam egit in dominum quasi in scientem in soli-

A dum, an ei licebit pendente iudicio pœnitere quod arguerit scientiam domini, & transire ad noxalem actionem? sic sane: & è contrario, si egerit noxali, licebit ei pendente iudicio arguere scientiam domini & agere in solidum, & hoc omne fiet arbitrio iudicis, quin imo etiam post sententiam nonnunquam succurritur errantibus actionem quodammodo mutantibus: nam proprie post sententiam non mutatur actio, sed tamen qui errauit in instituenda actione, atque adeo victus est sententia iudicis, interdum post sententiam admittitur, vt priorem actionem mutet, quam errore ductus instituerat, *l. 3. §. vlt. quod cum eo.* egit quidam in dominum de peculio, cum posset agere
B quod iussu, errauit hic vehementer, lapsus est cum posset agere in solidum quod iussu, & idcircò de peculio condemnauit tantum: sane post sententiam in ea est causa vt non possit agere quod iussu, verum quia deceptus errauit in eligenda actione, ideo ei succurritur, & ita in *l. habebat, de instit. act.* erat quidam seruus institor mercis oleariȩ, & pręterea erat præpositus pecuniis mutuo dandis & vicissim accipiédis: quidā huic seruo pecuniam credidit putans seruū accipere ad merces olearias. cæterū seruus non accipiebat ad merces. egit aduersus dominū actione institoria, quod pecuniā seruo credidisset ad merces, sed non potuit probare seruū accepisse ad merces, & ideo superatus est, & consumpsit actionem creditæ pecuniæ, nam non erit ei integrum agere post sentétiam actione si certum petatur, quia etsi mutetur actio, de eadé re agit: & ideo obstat exceptio rei iudicatę verum. Iulianus existimabat, ei
C qui ita lapsus esset succurrendum esse: Ergo quod ait hoc loco, vel ius dicentis decreuit æquitas. i. vt vbicumque ius dicentem mouerit æquitas, liceat ei permittere vel emendationem, vel mutationem actionis non tantum ante sentétiam, sed etiam post sententiam, & multo magis post litem contestatam.

Ad l. iv. & seqq.

Qui accusare volunt, probationes habere debent, cum neque iuris, neque æquitatis ratio permittat, vt alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat: actore enim non probante, qui conuenitur, etsi nihil ipse præstiterit, obtinebit. PP. V. Id. Mart. duobus Aspris Conss.

D IN hac *l. 4.* idem proponitur quod in *l. 1.* vt reus non cogatur actori edere rationes suas, quibus scilicet actor probet & instruat intentionem suam, hoc neque iuris, neque æquitatis rationem permittere: quapropter nulla eo nomine competit actio: nonunquam tamen officio iudicis ex iusta causa compellitur reus actori edere rationes suas domesticas & priuatas, *d. l. 1.* & adiicitur hoc loco. *Actore enim non probante &c. etiam si nihil præstiterit*, inquit, i. etiam si nihil probauerit, quæ generalis sentétia locum habet non tantum in causis ciuilibus, sed etiam in criminalibus: & non tantum in actionibus in personam, sed etiam in rem, quanquam olim fuerit Constit. quædam quæ non
E probante actore exigebat à reo vnde possideret, quod hodie sublatum est, actore enim non probante absoluitur possessor, etiamsi non edat instrumentum auctoritatis. i. titulum, *l. cogi, C. de pet. her.* Igitur hæc sententia pertinet ad omnes actiones & lites tam criminales quam ciuiles, cum & initio l. loquatur de accusatore: sed tamen Accur. excipit casum *l. vbi, infra ad leg. Cor. de fal.* in qua existimat deficiente actore probationibus, vel etiam simul ab actore & reo probationes exigi, quod tamen non est proditum in ea l. sed eius l. hæc est sententia: in quæstione falsi accusatori probandi necessitatem totam non imponi. an ex eo recte colligitur etiam imponi reo? minime: sed hoc significatur, non totum onus probandi incumbere accusatori,

accusatori, sed etiam ipsum iudicem indagare veritatem argumentis, coniecturis & alijs vestigijs veritatis: ergo hoc significat, partes non tantum accusatoris esse, vt eruat verum, vt falsum esse instrumentum edoceat, sed etiam iudicis, cæterum reo nullum iniungitur onus probandi. Igitur & in quæstione falsi reus absoluetur actore non probante, etiamsi reus innocentiam suam iudici non approbauerit. at forsitan videtur ab eodem Accur. recte excipi casus *l. fallaciter in fi. de abolit. inf.* quæ l. docet aperte, in grauioribus criminibus, puta maiestatis, desertæ militiæ, peculatus, non tantum accusatorem ea quæ detulit probare debere, sed etiam reum ea quæ negat debere purgare. ergo præstat, facit reus vt absoluatur, alioquin non absoluetur, etiam si reus deficiatur probationibus: ex parte enim accusatoris exigitur probatio, ex parte rei purgatio: sed purgationis verbum eo in loco satis demonstrat id ita admittendum esse in dubiis tantum quæstionibus. cum reus suspicionibus perstringitur, has suspiciones debet purgare & remouere a se, non secus quam in causis ciuilibus si sunt dubiæ, si quæ iudicem moueant coniecturæ actore non probante, non continuo absoluet reum, sed deferet iusiurandum reo vel actori, *l. 3. C. de reb. cred. l. admonendi, de iureiur. & Nou.* 124. Igitur in causis tam ciuilibus quam criminalibus si dubiæ sint, vt omnem iudex animi sui eximat scrupulum, actore non probante, non continuo absoluet reum, sed desiderabit vt reus expurget se iureiurando. hoc quia dubiæ sunt causæ, & vt satisfiat animo iudicis non properantis ad absolutionem. Definitioni autem huius *l.* 4. statim opponitur *l.* 5. Et opposuisse quosdam significat *l. vlt.* quæ cum 4. non pugnare docet, sed qui opponunt hanc illi sic argumentantur: ius debet esse æquabile inter actorem & reum: non est æquabile si quemadmodum actor cogitur edere rationes suas, non cogatur etiam reus actori suas exhibere, *l. 3. mand. iniquum est*, inquit, *non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse.* & *l. si vina, de per. & com. rei vend. iniquum est, non cogi emptorem rem venditam accipere & non licere venditori alij eam vendere*: inde enim nascitur inæqualitas, quæ plerunque est iuri & æquitati contraria. proinde hæc ratio æquitatis exigere videtur, vt sicut actor edit rationes suas reo, sic etiam actori reus edat, & est species *l. 6.* huiusmodi: Quidam creditor priuatus petit pecuniam ex chirographo actione si certum petatur de chirographis. reus, qui conuenitur ex chirographo, dicit se eam pecuniam soluisse, sed non accepisse apocham, vel etiam se acceptam apocham casu maiore amisisse, & postulat edi sibi rationes actoris, quibus dicit eam pecuniam accepto latam: actor non vult proferre rationes suas fretus *l.* 4. quæ non vult ex instrumentis aduersarij certamen iniri. Veruntamen Imp. rescribit, *non est nouum.* i. ordinarium est, *eum a quo petitur pecunia, &c. vt fides &c.* i. vt probet ex rationibus actoris se soluisse, vel exceptionem doli mali, l. vlt. hoc tit. vulgo legitur, *vt fides veri constare possit.* sed recte omisit Haloander, omiserunt & Basilica dictionem *veri*, fides inquam, solutionis vel exceptionis, atque ita recte desiderat reus sibi exhiberi rationes actoris quibus probet exceptionam suam, quoniam apocham amisit, & quia hæc *l.* 5. loquitur tantum de priuatis creditoribus, de rationibus priuatorum, addubitari poterat, an idem obtineret in rationibus publicis, quod est in l. 6. & oportet explicare rationes publicas, rationes fiscales, vel Reipub. Igitur si agat fiscus aduersus aliquem quasi debitorem suum, vel etiam agat Resp. & is cum quo agitur dicat se soluisse, solutionis probandæ causa desiderabit recte edi sibi rationes publicas quibus dicit pecuniam sibi accepto latam, atque ita definitur *l. 4. inf. de fi. inst. l. 2. de discuss. lib.* 10. *& eo. lib. de conu. fis. deb. l.* 2. quibus locis ostenditur, eum qui intulit annonas vel tributa fisco debita, & accepit apocham, illa amissa posse fidem delationis comprobare ex archijs publicis, atque ideo posse fiscum compellere vt eas rationes exhibeat. Sic igitur actor siue sit priuatus, siue fiscus, siue actor ciuitatis desideranti reo rationes suas priuatas, vel publicas exhiberi, edere compelletur, & animaduertendum est edi rationes istas reo post litem contesta. cum tamen nos sæpe dixerimus, edi ab actore reo ex edicto primo ante litem contestatã, sed facili distinctione hoc omne explicabitur: ante litis cõntestationem ex edicto primo, actor edit reo instrumenta litis, quibus scilicet fundatur & constituitur intentio actoris. Post litem autem contestatam edit reo actor rationes vel instrumenta quibus possit probare defensionem suam: sed vnde hæc inæqualitas, diuersitas & differẽtia, vt cogatur actor edere reo actiones, non contra? hoc explicat *l. vlt.* quæ dicit tam ea quæ continentur in l. 4. quam ea quæ proponũtur in l. 5. & 6. rationibus iuris congruere, & quæ a Diuo Antonino patre meo, l. 4. & quæ à me rescripta sunt, l. 5. & 6. & sententia *l. vlt.* hæc est, non posse constitui hac in re æqualitatem inter reum & actorem, quanquam constitui debeat quantum fieri potest sæpius, *l. vlt. de fruct. & lit. exp. infra.* sed hic id ratio non patitur: æquum enim non est vt edat reus actori instrumenta, quibus fundet intentionem suam, quod debeat intentionis origo proficisci ab ipso actore, qui sine iure aliquo nunquam accedere debet ad iudicem, cum in eius sit potestate quando suo iure vtatur. *l. pure §. vlt. de doli exc.* at contra subueniendum est reo qui sæpe improuiso opprimitur, vt liceat etiam reo desiderare editionem rationum actoris vt ex eis liqueat fides petitionis, vel exceptionis oppositæ a reo. Denique hac in causa æquitas postulat vt sit fauorabilior reus quam actor, & ad hanc rem non potest adferri exemplum commodius: posset & id alijs exemplis demonstrari, vt ecce, actor non vtitur pluribus actionibus, reus vtitur pluribus defensionibus etiam diuersis, *l.* 43. *de reg. iur.* & accusator absens damnatur, reus absens non damnatur, *l. absentem, de pœn.* & olim duæ dabantur accusatori horæ, reo tres, vt Dio *scribit* 39. *& ex l. vlt. de ferijs*, accusatori dantur duæ dilationes, reo tres. sic natura quodammodo exigit vt propensiores simus in reos quam in actores, & ob id non esse ab vno ad alterum argumentandum præsertim in editionibus, *l. vlt.* atque ita sicut actor cogitur edere domesticas rationes, non cogitur etiam reus. Et non cogitur etiam eas edere quibus actor fundet suam replicationem: nec enim probem interpretum sententiã qui volunt quidem ne reus edat actori id quo actor fundet intentionem suam, sed replicationem, quod est dissentaneum: nam si illud non cogitur, nec hoc cogi debet, nam replicatio est adinuicem actionis, nec vero id vlla l. probari potest, quinimo generaliter statuendum est, nihil compelli reum edere, quo iuuetur actor, contra tamen compelli actorem edere id omne quo iuuetur reus, in quem sumus propensiori animo. Inde vero existit quæstio, an sicut reus non cogitur edere rationes aduersus seipsum, an saltem cogatur aliquis ea instrumenta easve rationes quas ipse confecit edere aduersus alium: vt finge, lis est inter Titium & Caium, an desideranti Titio coget edere instrumenta quę habeo aduersus Caium? Iustiniani Const. deest quæ hoc definiebat, quæ desideratur *in tit. de fid. instrum.* Desiderantur in eo tit. duæ Constit. Græca vna est de his qui chirographi subscriptionem, aut cuiusvis instrumenti falso suam non esse mentiuntur: de ea nihil dicam, quoniam non est huius loci. Altera Constit. est de edendis rationibus aduersus alium, & fit etiam mentio eius Constit. Iustinia. ab eodem Iustinia. in

edicto nono. Constituitur autem a Iustinia. primum vt cogatur quisque edere instrumenta quæ habet aduersus alium, si modo ipse non lædatur, si ea editio nihil detrimenti allatura sit: nam si iurauerit, se non posse edere instrumenta quæ habet, aduersus tertium sine damno rei suæ, excusabitur si & hic quoque iurauerit se neque metu, neque gratia, neque sordibus inhiberi quo minus ea instrumenta edat, hoc omne si iurauerit & ad rem suam maxime pertinere ne quis ea inspiciat, excusabitur. Cæteroquin compelletur ea omnimodo edere aduersus tertium, & si non ediderit, nec iurauerit, dabitur actio in factum in id quod interest, exemplo argentarij qui dolo malo non edit. nam valde iniquum est, vt non edat quod alij est vtile, sibi nociturum non est *l. 2. §. item Varus, de aq. & aq. pl. arc.* quo loco datur mihi vtilis actio vel interdictum aduersus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, *quia*, inquit, *qui factus mihi potest prodesse & illi non est nociturus, hoc æquitas suggerit.* Recte igitur desiderabo vt edas instrumenta tua quæ tibi nihil nocitura sunt, mihi profutura, & si non edas nec iures, erit in te actio in factum in id, quod interest, quia si quilibet inuitus cogitur aduersus alium testimonium dicere, qua etiam ratione vtitur Iustinia. cur etiam inuiti instrumenta sua aduersus alios non proferant. Sed merito etiam excipit eos, contra quos inuiti testimonium non dicimus, vt cognatos & adfines ex lege Iulia, *l. 4. de testib.* sic etiam aduersus eos inuiti non proferemus instrumenta nostra, sed neque etiam aduersus fiscum: nam hoc fisco datur vt nemo proferat instrumenta quæ habet aduersus fiscum, *l. in fraudem. §. neque, de iu. fis.* at aduersus alios, quilibet cogitur instrumenta quæ habeat edere, sed fiet ea productio instrumentorum sumptibus petentis vt eadem Constit. Iustinian. declarat, quod etiam introduxit ad exemplum testium. nam producuntur testes sumptibus eius qui producit, l. 3. §. *Gabinio de, testib. l. 10. inf. eo tit.* & fiet, vt etiam adiicitur in ea Constit. editio semel tantum. i. quæ instrumenta habeo cogar semel tantum edere aduersus alium iure ipso, sed causa cognita & Prætore decernente etiam sæpius cogor edere, vt si quod primum edidi peregre habeat is cui edidi, vel minus plene edidi, vel si is cui edidi ea exempla quæ emisi casu maiore amiserit. ex causa igitur a me semel atq; iterum editio postulabitur, exemplo argentarij, a quo iure semel tantum ratio editur ex edicto secundo, sed causa cognita exigitur etiam sæpius editio, *l. si quis ex argentarijs §. pen. & l. seq. de eden.* ita ergo instrumenta mea propria quæ non cogor edere aduersus me ipsum, cogor edere aduersus alium: excipitur fiscus, excipiuntur hæ personæ in quas inuitus testimonium dicere non cogor: & inde liquet si propria mea instrumenta cogor edere aduersus tertium, cogor etiam edere ea quæ mihi sunt cum tertio communia, vt si sit commune instrumentum inter me & Titium, & Titio sit lis cum Caio, postulanti Titio cogor edere instrumentum commune aduersus Caium, quandoquidem proprium cogor edere, & de communi instrumento loquitur *l. pen. huius tit.* & de communi adiicitur in l. 6. vt etiam nonnunquam ad fidem faciendam iudici compellatur quis authenticum mihi exhibere: & ponit speciem in fisco. erat mihi cum fisco commune instrumentum ex causa negotiationis, siue communionis cuiusdam: recte desidero a procuratore priuatæ rationis. i. Cæsaris, qui est iudex rerum fiscalium, quod mihi commune est cum fisco instrumentum edi mihi aduersus alium, quinimo ad fidem faciendam iudici apud quem litigo cum alio, desiderabo a procuratore fisci mihi exhiberi authenticum, quoniam iudici edenda authentica, *l. 2. de fi. inst.* ~~aduersario~~ edimus instrumenta, sed iudici authentica, ἰδιόγραφα: nam exempla fidem non faciunt, qua de causa si mihi sit lis cum alio, non tecum, a te tamen recte desiderabo mihi edi non tantum instrumenta quæ mihi sunt tecum communia, sed etiam propria, & non tantum exempla, sed etiam si res exigat, ipsa authentica, & ad hæc confestim adiicitur, ex *Nou. 119. vt sponsal. largit. §. 1. de edit. instrument.* aliud quiddam, vt scilicet si in instrumento aliquo fiat commemoratio alterius chirographi, vt ea commemoratio nec vim obligationis, neque petitionis habeat. Id accidit sæpe vt fiat commemoratio in vno chirographo alterius chirographi, hæc commemoratio nullam vim habet: nam ex ea non fundabit reus exceptionem suam, nec fidem iudici faciet nisi edatur ipsum chirographum, cuius commemoratio fit. Igitur visum est Irnerio, qui dicitur ex Nouellis portiones aliquas aspersisse Codici Iustinianeo, *ex. d. Nou.* 119. huic l. pen. hoc esse appingendum, editionem etiam eius instrumenti necessariam esse, cuius fit mentio in alio instrumento, quod est etiam proditum *l. vlt. de probat.* & nihil ei Constit. obstat quod obiicit Accur. ex Nou. 127. *vt fratrum filij §. 1.* qua tamen plerisque videtur conuelli ista Constit. vt commemoratio illa nullum habeat effectum: agitur enim in Nou. 127. de instrumento donationis propter nuptias, quod mulier insinuauit apud acta. finge illud periisse casu maiore, an ex commemoratione eius instrumenti facti apud acta publica sumetur fides? ita videtur. videtur ergo commemorationi fides haberi: quin imo vitiosa est collectio, nec enim inde recte colligitur fidem haberi commemorationi, sed actis publicis: ea vero sunt acta publica quæ sunt insinuata in vrbe apud magistrum census, & in prouincijs apud magistratus municipales vel defensores plebis, *l. in hac sacratissima, inf. de donat.* nec idem sunt acta forensia, quæ non sunt publica nisi insinuaueris apud Duumviros. nunc cum mulier instrumentum donationis insinuat, transfert instrumentum illud in acta publica, & ea acta fidem præstant, si perierit instrumentum donationis, sicut testamentum, si perierit, fides testamenti manet si modo sit insinuatum apud acta publica, *l. 2. C. de testam.* Inde igitur colligamus, actis publicis fidem haberi, non commemorationibus actis publicis relatis.

Ad tit. 2. de in ius vocando.

POst. tit. de edendo, datur tit. *de in ius voc.* nam & hodie editioni coniuncta contingensque est in ius vocatio, & editionem actionis non multo post sequebatur in ius vocatio: qua de causa, vt hoc libro primum de editione agitur, quam de in ius vocatione: ita etiam libris ad edictum Vlp. & Paulus de editione tractarunt, priusquam de in ius voc. edebatur enim prius actio aduersario, qua perpensa & cognita, tum vocabatur in ius. i. ire iubebatur, siue ambulare in ius. Est autem proprie in ius vocare, ad Prætorem vocare, vel ad eum qui iurisdictioni præsit, *l. 2. si quis in ius voc. non ier.* eodem sensu dicimus in iudicium vocare, *l. 1. §. vlt. l. tutor pro pupillo, de adm. tut. l. 3. de eo per quem fact er l. 2. §. Prætor, qui satisd. cog.* & cautio iudicio sisti nihil aliud est quam cautio ad Prætoris sellam sisti, *l. 1. si quis in ius voc.* nam & Prætor ipse iudex est. Liuius lib. 3. Prætorem iudicem appellare moris fuisse. porro qui vocabatur in ius sequebatur vocantem, & quidem statim ex 12. tab. *si in ius vocat, atque eat*: id est, statim. hodie datur deliberandi tempus quo-

niam vocationi in ius commiſcetur editio actionis: ſed prius olim edebatur actio, dabaturque deliberandi tempus, deinde vocabatur in ius, ac confeſtim ſequi compellebatur; cognouerat enim actionem quæ iam prius edita fuerat, & ſi fortè nolebàt ſequi vocantem, mànu iniecta duci, trahi, rapi in ius potuit: inde illa in 12. tab. *manus iniectio eſto, in ius ducito:* & alio loco, *ſi caluiturpedemve ſtruit* .i. *ſi qui vocatus eſt fruſtretur. pedemve ſtruit* .i. ſi fugiat, *manum endo iacito* .i. manum iniicito. id verò ita procedit vt qui in ius vocatus non ſequitur, inuitus ducatur & rapiatur, niſi vadimonium promittat .i. niſi ſatiſdet iudicio ſiſti. quod demonſtrat tit. *D. in ius vocat. vt eant vel ſatiſd.* .i. in ius vocati vt eant mox, & ſi fruſtrentur vt ducantur inuiti, vel ſatiſdent: nam qui ſatiſdat, non ſequitur, nec ducitur inuitus *l. 5. §. vlt. qui ſatiſd. cog.* promittit autem ſiſti in diem locumque certum: ſed & ſi dies non ſit adiecta, valet ſtipulatio, & videtur nihilominùs concepta in diem, quoniam id agitur, vt ſiſtat ſe certo die, & cum dies non eſt adiectus, & in eum diem ſtipulari intelligitur quò ſtipulator agere voluerit, *l. de die, qui ſatiſd. cog.* cum tamen ſi alio loco, quam in iure ſiſti ſtipuletur quis die non adiecta, imperfecta ſit ſtipulatio, *l. ita ſtipulatus, de verb. oblig.* vt ſi non ex litis cauſa, ſed ex negotij alicuius cauſa ſtipuler à te Romæ ſiſti, nulla eſt ſtipulatio, quòd diem non habeat, nec ſcilicet poſſit liquere de quo die ſenſum ſit: quod tamen liquet in ſtipulatione iudicio ſiſti: nam ſic accipitur *iudicio ſiſti*, quo die primum egerit ſtipulator. ſolet etiam huic cautioni iudicio ſiſti adiici pœna, ni ſtatus ſit, ſed hæc pœnæ omiſſio non vitiat ſtipulationem, & videtur pœna non adiecta, nihilominus ſtipulatio eſſe pœnalis *l. vlt. ſi quis in ius voc. l. pen. ſi quis caution.* & hoc quidem caſu ſtipulationi non eſt pœna adiecta. ſi certæ quantitatis actio fuerit, certi condictione fideiuſſor tenetur in eam quantitatem, puta centum, ſi actio fuerit in centum, *l. 2. §. vlt & l. 3. qui ſatiſd. cog.* Si autem fuerit actio incerti, tenetur fideiuſſor incerti ex ſtipulatu in id quod intereſt, *l. vlt. ſi quis in ius voc. l. 4. de cuſto. reo.* quod ſi ſtipulationi iudicio ſiſti adiecta ſit certa pœna, nec ſiſtat ſe iudicio promiſſor, in eam pœnam modus ſtatutus eſt, vt ſi actio fuerit in centum, deſerti vadimonij pœna non excedat ducenta, ſi actio fuerit incerti, puta de poſſeſſione vel de crimine aliquo, vt modus pœnæ ſtatuatur arbitrio iudicis *l. 7. C. de ſent. quæ pro eo quod inter. d. l. 4. de cuſto. reor.* Ex quibus intelligitur ſtipulationem iudicio ſiſti, vi ipſa pœnalem eſſe ſemper, licet verbis id comprehenſum non ſit, ſed cum verbis comprehenſum eſt id quemadmodum ſit interpretandum ex his quæ dixi liquet, & vero dicitur pœna deſertionis *l. 5. §. vlt. ſi quis cautio.* pœna ſcilicet contemptæ & deſertæ promiſſionis iudicio ſiſtendi cauſa factæ, *l. 4. §. vlt. qui ſatiſ. cog.* vtroque loco vtitur verbo deſerendi, vt & in *l vlt. qui ſatiſ. cog.* hoc eſt, vt veteres loquebantur, ſi vadimonium deſeruerit, ſi ex conceſſa cauſa hoc deſeruerit: porro, vt dixi, in ius vocatus niſi ita caueat iudicio ſiſti, & ſe ſubiecerit pœnæ deſertionis, vel ſequitur inuitus vel ducitur in ius. denique aut vocatus confeſtim ducitur in ius aut in diem certum promittit iudicio ſiſti: qua ex re nos intelligemus facile quid diſtet tit. *ne quis eum qui in ius voca.* A titulo *de eo per quem fac. er.* tit. *ne quis eum*, coercetur is qui facit quo minus qui vocatus ſequebatur, vel ducebatur in ius produceretur: hoc autem tit. *de eo per quem fact.* coercetur is qui fecit quo minus qui cauerat iudicio ſiſti ad diem promiſſum veniret vltro & ſuà ſponte. hæc eſt principalis differentia inter hunc & illum tit. quam interpretes ignorauerunt, ex qua deſcendunt aliæ multæ: Illo tit. *ne quis eum.* coercetur vis, cum quis eum qui

A in ius ducebatur ab actore vi eripit facta & eximit: hoc coercetur dolus cum quis euntem vltro in ius ſecundùm fidem datam iudicio ſiſti moratur, detinet arte quadam, & machinatione: Illo agit is qui vocauerat in ius quod fuerit ei abreptus homo quem ducebat in ius: is qui vocabatur non agit illo tit. quoniam eius nihil intereſt quod fuerit abreptus, quia nullam pœnam promiſerat ni ſiſteret ſe. denique illo edicto agit tantum is qui vocauerit in ius, quoniam illius ſolius intereſt non fuiſſe exemptum reum: hoc autem edicto agit & reus cuius intereſt pœnam non eſſe commiſſam ex ſtipulatu iudicio ſiſti, & actor ſi eo

B facto actionem amiſerit, ſi tempore perierit actio, *l. 1. §. ſi reus, l. 3. de eo per quem fact. er.* illo item actor perſequitur meram pœnam, quod explicatur *l. pen. §. 1. ne quis eum.* Hoc autem perſequitur, quod intereſt. quæ ſatis conſtant ex tit. *de eo per quem fact. &c.* Item illo tit. ſiue edicto ſi plures deliquerint, ſi plures vocatum vi exemerint, ſinguli tenentur in ſolidum, nec vnius ſolutio liberat alium, quia pœnæ perſecutionem edictum illud tantum continet, & æquum eſt vnumquemque eam pœnam ſufferre, *l. pen. §. vlt. ne quis eum.* hoc autem edicto *de eo per quem*, ſi plures deliquerint vnius ſolutio liberat alios, quia hæc actio eſt in id quod intereſt, & ſatis eſt ſi reus vel actor ferat id quod dicit ſua intereſſe, *l. 1. §. ſi plures, de eo per quem fact.* & poſtremo priori edicto, *de eo per quem*, locus eſt non tantum reo impedito ſiſti, ſed etiam ipſo actore impedito ſiſti, *l. 3. §.*

C *ſed & ſtipulator, & ſeq. de eo per quem fact. er.* ſed hæ omnes differentiæ pendent ex illa quæ caput eſt, quod edicto, *ne quis*, coërceatur *is qui facit quo minus qui vocatus ſequebatur vel ducebatur, in ius preduceretur*, edicto autem poſteriore, *is qui fecit quò minus qui cauerat iudicio ſiſti, ad diem promiſſum veniret vltro & ſua ſponte.* Neutro autem edicto coërcetur is qui vocatum ad iudicem pedaneum ſiue ad iudicem datum, nihil enim intereſt, vel exemit, vel impediuit. neutrum edictum vim habet ſi quis vocatum ad iudicem pedaneum vi exemerit. is neque illo edicto plectitur, non certe illo, vt aperte proditum eſt in *l. 3. §. 1. ne quis eum qui in ius*, non etiam hoc de eo per quem fact. er. nam & is tit. eſt de his qui vocati ſunt ad magiſtratum, & generaliter omnes tit. de in ius vocando pertinent ad eos qui vocantur ad magiſtratum

D .i. eum qui iuriſdictionem habet, nihil ad eos, qui vocantur ad iudicem pedaneum, quia cognitionem tantum habent, non tribunal. Ergo in ius vocare eſt ad tribunal vocare, ad magiſtratum vocare, ſed addatur, iuris ſcilicet experiundi cauſa, *l. 1. de in ius voc.* .i. ad decertandum de iure ſuo, & quaſi prouocat in iure manu conſertum, vt ſcilicet res diſceptetur cominus & vtraque parte præſente: nec enim de iure meo experior ſolus. quapropter qui libellum forte dat magiſtratui aduerſus aliquem, nondum vocat eum in ius, *l. 15. de in ius voc.* quia non prouocat libello dato magiſtratui aduerſarium ſuum ad certamen, vt cum eo conſiſtat, quaſi pede collato, & vt

E pes pede prematur. ergo qui libellum tantum magiſtratui dedit, nondum vocat in ius, & conſequenter qui ſæpe interpellat magiſtratum iuris ſui defendendi cauſa, non vocat aduerſarium in ius. qui vt ſe defendat vocatus ſemel interpellat iudicem, non vocat in ius, *l. 14. de in ius voc.* Edicto autem eo quod proponitur ſub tit. *de in ius voc.* patronis & parentibus vtriuſque ſexus, item patronorum parentibus Prætor duo beneficia concedit. vnum eſt, vt non vocentur illæ perſonæ in ius, ac proinde vt non ducantur in ius, non trahantur ſine permiſſu Prætoris, ſine cauſæ cognitione, *l. 4. de in ius voc.* Alterum eſt beneficium vt ſi vocatæ hæ perſonæ permiſſu Prætoris non ducantur, ſi paratæ ſint cauere iudicio ſiſti, ſcilicet

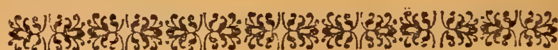
ab eis qualiſcunque fideiuſſor accipiatur .i. etiam non locuples: alias qui non dat locupletem fideiuſſorem, non cauet iudicio ſiſti, & poteſt trahi in ius. at qualemcumque dederit parens patronuſve filio vel liberto, in ius vocati non trahentur: videtur enim ab his perſonis cautum qualicunque fideiuſſore dato *l. 1. & 2. in ius voc. vt ea l. 2.* §. *prætor qui ſatiſd. cog.* Et hoc poſterius beneficium datur etiam liberis noſtris, & vxori, & nurui, vt ab eis accipiamus qualemcunque fideiuſſorem iudicio ſiſti. prius tamen beneficium non datur his perſonis: nam liberos noſtros, vxorem & nurum in ius vocamus ſine venia Prætoris: liberi autem noſtri nos vocare in ius non poſſunt ſine venia Prætoris .i. niſi gratiam edicti fecerit Prætor: gratiam autem edicti facit quo vetat vocari, dum permittit vocari. Liberi, inquam, noſtri qui ſunt in noſtra poteſtate, quibus ſcilicet caſibus lis eſſe poteſt, veluti ex cauſa caſtrenſi: ſed & hi qui non ſunt in poteſtate noſtra, veluti emancipati non poſſunt me vocare ſine venia edicti: ergo nec matrem, *l. 3. hoc tit.* nam hoc ius vt non poſſint vocari parentes ſine Prætoris venia, non deſcendit ex iure patriæ poteſtatis, ſed ex iure naturali, & ex ea reuerentia quæ parentibus debetur vel patronis qui genuerunt, qui libertatem dederunt: qua de cauſa etiam in hac re ruſticitati non parcitur, hæc allegatio inutilis eſt, ſi quis alleget ſe ruſticitate patronum, aut parentem in ius ſine venia vocaſſe: nam iuris naturalis ignorantia neminem excuſat, quia ius naturale hauſimus nobiſcum & arripuimus, quod eſt proditum in *l. 2. huius tit.* & eadem ratione liberi mei emancipati licet ſint in adoptiua familia .i. licet dederint ſe adrogandos exteris, me non poſſunt vocare in ius ſine venia: quod tamen mirum eſt: nam in aliis partibus iuris liberi mei qui exierint à familia per adoptionem, liberorum loco non ſunt *l. 5.* §. *in eo. ad Sillan. l. 2.* §. *ſed ſi quis deceſſiſſet ad Tertull. l. non putauit* §. *ſi quis emancipatum, de bonor. poſſ. con. tab.* quibus locis oſtenditur in SC. Tertull. & SC. Syllan. & in edicto Prætoris de bonor. poſſ. cont. tab. eos non eſſe liberorum numero .i. in iure ciuili. Cæterum cum diſputatur de iure naturali .i. de reuerentia, ſunt hi liberorum numero. nam e contrario liberi mei debent mihi reuerentiam hanc, ne me in ius vocent, etſi per adrogationem tranſeant in alienam familiam, *l. 8.* §. *1. de in ius voc. l. 2.* §. *prætor, qui ſatiſd. cog.* & liberti quoque liberis patroni debent eandem reuerentiam, licet liberi patroni migrauerint in alienam familiam per adoptionem, *l. 10.* §. *ſi filius, de in ius voc.* vtroque autem edicto .i. tam eo quo conceditur illud beneficium ne parentes à liberis vocentur ſine venia, quam eo quo hoc beneficium his perſonis datur, vt ab iis accipiatur qualiſcunque fideiuſſor: vtroque, inquam, edicto, ſi quis contra edictum fecerit, in eum proponitur pœnalis actio quinquaginta aureorum, *l. ſi libertus, l. pen. & vlt. de in ius voc. l. 2. in ius voc. vt. ea.* quæ pœna infertur parenti vel patrono. idcirco, vt ait *l. 2. huius tit.* non poteſt remitti reſcripto principis, quia non infertur principi: non valent autem emiſſa reſcripta in iniuriam alterius, *l. nec auus, C. de emanc. lib.* ſicut nec pœna albi corrupti, quæ eſt 500. aureorum, no. 50. vt etiam in quibuſdam libris, *l. ſi quis id quod, de iuriſd. om. iud.* pœnam albi corrupti eſſe quinquaginta aureorum, male: nam rectius Florentiæ legitur, quingentorum aureorum; quæ pœna infertur in publicum, eſt enim popularis & in ea ruſticitati parcitur, *d. l. ſi quis id, quod.* Igitur actiones pœnales aliæ dantur in quingentos aureos, vt actio de eiectis & effuſis, aliæ in quinquagenos: & ita etiam auctore Feſto in aliis rebus ſacramentum .i. depoſitio pecuniæ, erat quinquaginta aureorum: in aliis quingentorum inter eos

A qui iudicio contendunt. Extremum eſt quod proponitur in *l. generaliter, D. de in ius voc.* generaliter eas perſonas quibus reuerentia præſtanda eſt non ciuili iure, ſed naturali, vi ipſa impellente natura in ius non vocari ſine venia, ad quam l. male apponit exempla Accur. apponuntur ex *l. 1. & 2. huius tit.* heres patroni etiam extraneus non poteſt à liberto vocari in ius ſine venia, quoniam licet ſit extraneus, accedit tamen propius ad vicem perſonæ defuncti: qua de cauſa ei dabatur actio ingrati, *l. 3. inf. de libert. & eor. lib.* quod tamen Nouellis Iuſtiniani eſt ſublatum: ſed non eſt ſublatum vt heres patroni non poſſit vocari ſine venia: ſimiliter vxor patroni non poteſt vo-

B cari ſine venia. quam reuerentiam debemus marito, eandem debemus vxori: ergo maritum patronæ dico non poſſe vocari in ius ſine venia, vt quem colit patrona, colat & libertus. Accur. tamen opinio diuerſa eſt propter *l. liberti inf. de oper. liber.* in qua dicit libertum non debere operas marito patronæ, non etiam heredi extraneo patronæ: ſed loquitur tantum de operis non de reuerentia & obſequio: & ſi illa l. porrigitur ad honorem, eadem via heredi extraneo patroni, nulla erit habenda reuerentia, quod tamen eſt falſum: ſed non licet argumentari ab operis ad obſequium: atque ita hac in re interuenit differentia inter heredem liberti & patroni: nam heredi patroni etiam extraneo debetur reuerentia. heres liberti extraneus non debet reuerentiam, *l. heres, de obſ. lib. præſt.* inter patronum etiam & libertum eſt differen-

C tia: nam patrono interueniente alieno nomine debetur reuerentia, vt ſi patronus meus ſit procurator, *l. 10.* §. *vlt. de in ius voc.* libertus agens alieno nomine non debet reuerentiam, puta tutoris nomine, *l. quæſitum, de in ius voc.* Quibus puto me comprehendiſſe omnia ea quæ pertinebant ad has *ll. 4. huius tit.* Sed adnotandum eſt in libris editis ad calcem huius tit. deeſſe Conſtit. Græcam, quam Baſilica patefaciunt: cuius ſententia hæc eſt: vt cauſa cadat qui aliquem vocauit in ius, etiam ſi iuſtam habuerit cauſam, ſi poſteaquam vocauit in ius, & dedit libellum conuentionis, eundem eodem nomine in aliud iudicium vocet, & præterea vt damnetur reo in id quod intereſt non deluſum fuiſſe. Et hæc eſt ſententia huius Conſtit. quæ non debet videri dura, cum actor

D qui vocauit in ius, ſi non occurrat ad condictum diem, cauſa cadat, non tamen bonis, vt docet *Nou.* 112. ſed cadit inſtantia & obſeruatione illius iudicij.



AD TITVLVM TERTIVM DE PACTIS.

HIc quæri ſolet, quid hic tit. affine & propinquum habeat cum ſuperioribus tit. de edendo & in ius vocando, vel cum poſterioribus de poſtulando: & reſpondendum, in ipſis plerumque initiis actionum inſtituendarum, (è quibus ſunt editio

E actionis, & inſtrumenti litis, in ius vocatio, cautio iudicio ſiſti) eos qui inter ſe controuerſantur, de re, de qua agitur, interdum paciſci & tranſigere: Itaque de pactis & tranſactionibus inter ipſa iudiciorum initia conuenienter tractatur. quod ſi latius explicabo, forſitan effecero vt verum videatur. De tranſactionibus certe tractatur aptiſſime poſt tit. de in ius vocando; ea nimirum ratione qua & de cautionibus iudicio ſiſti in Digeſtis, quia ſcilicet in ius vocati non dimittuntur, niſi vel cauerint iudicio ſiſti, vel de re tranſegerint, *l. neque, D. de in ius voc. l. 6.* §. *vlt. D. qui ſatiſd. cog.* qui ad iudicium vocatus eſt, non eſt dimittendus, niſi quis etiam eius perſonam defendat, ideſt,

idest, caueat iudicio sisti, *d. l.* 5. §. *vlt.* quæ cautio est personalis siue de persona, *Nou.* 53. *&* §. *sed hodie*, *Instit. de satisdat.* Nam & sistere significat præsentiam personæ, *l.* 2. §. *si quis municipalis*, *D. si quis caution.* Ergo qui in ius vocatus est, non aliter dimittitur: quin immo rapitur, ducitur, trahitur inuitus, nisi vel cauerit iudicio sisti, vel de re transegerit; & ob id post *tit. de in ius voc.* tractatur recte de cautionibus iudicio sisti, atque etiam de transactionibus. quæ duo remedia efficiunt, ne quis ducatur in ius. & ideo qui caue-runt iudicio sisti, non aliter ea obligatione liberantur, quam si vel ad diem condictum venerint, vel ante eum diem de re transegerint, *l.* 2. *si quis caution.* ad quam coaptari debere *l.* 2. *de transact.* inscriptionis similitudo argumentum præbet. Et præterea non alia ratione post editionem actionis, vel hodie post vocationem in ius, petitur, daturque tempus deliberandi, olim 10. dierum, hodie 20. Nou. 53. quam vt deliberet vtrum contendere & congredi debeat, vel de re transigere *Nou.* 53. *cap.* 1. & ob id in *l.* 1. *D. de eden.* Græci non male accipiunt cedere pro transigere, cum cedere vertant διαλύεσθαι: nam qui transigit de iure suo cedit partem, vel totum, & ob id de edendo, & de in ius vocando tractatui, recte adiungitur is, qui est de cautionibus iudicio sisti, & de transactionibus, cuius rei rationem constare arbitror apud omnes. Porro transactioni inest pactio quasi genus, vt genus dicimus inesse formæ, dat enim pactio transactioni nomen & definitionem. ergo genus est transactionis: quid enim est transactio? Pactum quod fit inter duos pluresve, negotij vel litis decidendæ causa, *l.* 1. *&* 2. *D. de transact.* & ita in oratione pro Roscio Comœdo cum Fannius significaret, se pendente lite transegisse, cum Roscio ne condemnaretur. *Pactum*, inquit, *mecum fecerat ne condemnaretur*, idest transactionem. Hæ autem pactionum species quæ transactiones dicuntur, quemadmodum dixi, iudiciorum primordiis incidunt sæpe, quæ quasi sementem litis fieri prohibeant. Itaque de iudiciorum primordiis disputationi inseruntur recte, sed sunt aliæ pactiones quæ iudiciorum primordiis incidunt nonnunquam, etiam si fiant sicut transactiones remittendi animo, modo non fiant transigendi animo: nec enim omnis remissio est transactio, nec omnis pactio remissionis est transactio: vt si quid pactione remittant donandi animo, donatio est, non transactio: cuius inspectio nihil pertinet ad iudicia instituenda, informanda vel inchoanda: proinde duo sunt remissionis genera; vnum donationem dicimus, alterum transactionem, *l. cum donationis*, *tit. seq.* Si remisero sciens actionem tutelæ, frustra inquit, queror de dolo, cum scienti non inferatur dolus, siue remisero donationis, siue transactionis causa, quo dicto docentur duo remissionum genera, & ita *l. ex conducto* §. *Papinianus*, *D. loc.* Si dominus colono remiserit pensionem omnis anni, ob sterilitatem illius anni, & sequentibus annis contigerit vbertas, Papinianus ait, domino remissionem nihil obesse, & eum integram pensionem petere posse eius anni, quo remiserit, etiam si in ea remissione vsus fuerit donationis verbo: quia non quibus verbis vsus sit, sed quid egerit spectandum est, id est, eius anni pensionem intermissam propter sterilitatem non donauit, etsi eo verbo vsus sit; transactio est hæc potius remissio, quam donatio. Ita in *l. quidam*, *D. de donatio.* quæ ratio est satis difficilis, sed pendet ex eo omnis, quod eo iure donatio non perficiatur nudo consensu, nisi inter parentes & liberos ex constitutione Diui Pij: sed necessaria erat traditio rerum corporalium, incorporalium mancipatio vel cessio in iure solemnis, alias non habebatur perfecta donatio. Qua de causa si cum donare volo, in rationes meas retulero, me tibi debere centum, quæ tibi donare volebam, nulla est donatio, *l. nuda*, *eo. tit.* quia neque traditio, neque mancipatio, neque cessio intercessit, sed nuda voluntas. & existit inde quæstio in d. *l. quidam*, si quis in iure interrogatus, dixerit sibi nihil deberi, & hoc dixerit non transigendi causa, sed donandi animo, an donatio valeat. remisit obligationem cum dixit, nihil sibi deberi, amisit actionem si transegit omnino, si donare voluerit, non vtique: quia non perficitur donatio solo verbo, sola confessione; sed tamen quia hoc fassus est in iure, id est ad Prætoris tribunal, non poterit infirmare suam confessionem, quæ est sententia *l. quidam.* In qua possunt notari duo remissionum genera, donatio & transactio, & hæc est ratio huius l. Eadem est *l. tutores qui post* §. *ab eo D. de admin. tutor.* in qua notantur duo illi remissionum modi. Si is cuius tutela gesta est, sit maior 25. annis, & ideo non possit restitui in integrum: lex ait, ab eo conuentione remitti posse quæstionem culpæ tutorum, quia transactio videtur, non donatio. Nam si fuerit donandi mens, nulla est donatio, quia nuda voluntate donatio non perficitur. Transactio tamen nuda voluntate perficitur: duo igitur sunt remissionum genera, donatio & transactio. Transactio est remissio litis præsentis, vel impendentis, id est eius quæ cœpit iam per contestationem, vel eius quam veremur propter controuersiam, quæ nobis fieri cœpit vel editione actionis, vel vocatione in ius, vel quo alio modo, *l.* 1. *D. de transact. l.* 2. *inf. tit. seq.* Donatio autem vel pactio, quæ fit donandi animo hoc tit. est remissio rei certæ, non litigiosæ, non controuersæ: vt si cum debitore meo, quem certum est mihi debere centum, paciscar de non petenda pecunia, cuiusmodi pactum a Græcis dicitur συγχωρητικόν, quod congruit cum verbo, *remittit*, quod est in *l.* 1 *D. de transact.* & verbo, *permitti*, *l. imperatores*, *D. de pact.* Ergo vt hæc quæ dixi colligam, ad iudicia quidem instituenda, inchoanda, informanda pertinent pactiones, quæ fiunt transigendi animo; at pactiones quæ fiunt donandi causa, nihil ad iudicia instituenda formanda & inchoanda pertinent. Item pactiones aliæ quæ non fiunt donandi causa, aut transigendi, sed vel retinendi, vel adipiscendi causa, eas, inquam, nihil attinet admiscere his, quæ ad iudicia constituenda & inchoanda pertinent. denique hæ pactiones huic tantum ordini conueniunt, quæ transactionum speciale nomen habent: sed non ideo tamen incongruum est, & de genere ipso tractare prius, id est, de pactis, priusquam de transactionibus, vel vno titulo coniunctim, vt in Codice Theodosij, vt in Gregoriano & Hermogeniano, vel duobus separatim, nihil enim refert. Pactio genus est, transactio species: a genere facilius peruenitur ad speciem. Et hoc cognito quo ad titulorum inter se commissuram videtur satis, inde tractemus de definitione pacti. Auctores nostri dicunt promiscue pactum & pactionem, sicut & donum & donationem, & quemadmodum donationem deducunt a dono, *l. Senatus* §. 1. *D. de mor. cau. donat.* possis similiter & pactionem a pacto, & contra, sicut in *l.* 1. *D. de pact.* pactum deducunt a pactione, possis & donum a donatione. Sunt Iurisconsulti, & simus nos qui eos sequimur, in originibus verborum licentiores, & quodammodo στωικώτεροι, id est, licentiam Stoicorum imitantes: & M. Tullius lib. 1. de gloria apud Festum cum scriberet, *oppidum dici quod opem præstet*, subiicit, *vt imiter ineptias Stoicorum.* Adiicitur etiam in *d. l.* 1. *D. de pact.* inde quoque pacis nomen venire, id est, pacem a pactione venire, a cōditionum scilicet pactione quæ inter populos obseruantur, Capito apud Festum, pactionem a pacto. Et nostri auctores vtuntur promiscue his verbis pacti, pactionis, pacis, pro publica conuentione. Lex *in*

bello D. de captiu. & postlim. reuer. ait, in bello esse postliminium, in pace autem his qui bello capti sunt, id est, belli tempore, si nihil de his in pactis comprehensum sit. in qua ratione defectio est supplenda interpretatione: in pace non est postliminium, quia spem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt: igitur qui pacis redit tempore, postliminio non redit, si nihil in pactis comprehensum est; id est, nisi conuentum vt captiui restituerentur. hi enim captiui de quibus in pactis conuenit, redibunt postliminio pacis tempore. ita promiscue vtitur pacti & pacis verbo. Sed verum est, pactum vel pactionem esse genus, pacem speciem: nec enim omne pactum pacem vocamus, sicut nec omnem pactionem legem dicimus: & similiter non omnem pactionem transactionem appellamus; species hæ sunt pactionis. Transactio est species pacti, quæ inter duos pluresve de re dubia & lite incerta, neque finita componitur. Lex est species pacti, quod ex continenti adiicitur contractibus, vt lex commissoria. Pax est species pacti quam inter se duces paciscuntur finiendi belli causa, *l. 5. D. de pact.* non omnis pactio est pax, lex, transactio. Est igitur pactum genus, sed ita tamen pactum, vel pactio, est genus, vt & occupare possint speciei locum, non respectu eiusdem, sed alterius, quæ genera Philosophi dicunt ὑπάλληλα. Est etiam species pactum, est enim conuentionis species. Nam ex conuentionibus aliæ sunt contractus, aliæ pactiones, *l. 1. §. conuentionis, D. de pact.* quæ vocabula non sunt confundenda: nec enim contractus vsquam appellantur pactiones, nec pactiones contractus: licet possint coalescere in vnam conuentionem: vt cum contractibus additur pactum, id enim est frequentissimum, quæ pacta, si ex continenti adiiciantur, proprie leges appellantur: Sic constituimus pactum siue pactionem esse genus, & esse speciem, genus transactionis, pacis, legis, speciem etiam conuentionis, quia conuentionum duo sunt genera, contractus, & pactiones, & contractus sunt conuentiones, quæ propemodum nomen vel causam habent, & causam dicimus, cum intercessit datio vel factum. Pactiones autem, sunt conuentiones quæ nomine proprio, & causa vacant, causa, id est, quibus non intercessit neque datio, neque factum; sed consensus & conuentio sola vt daretur aliquid, vel fieret: Est certa hæc definitio contractus, conuentio quæ nomen proprium vel causam habet. Potest & varie pactum definiri, potest aliter, eodem tamen sensu. Pactum est conuentio quæ placiti fine stetit; id est, quæ neque stipulatione, neque traditione sumpsit effectum, neque aliud quam placiti vel pacti nomen habet, quæ vsque ad pactum stetit, *l. si diuisione, famil. ercisc. l. si tibi inf. loc.* Vel Pactum, est conuentio quæ nudo pacti nomine stetit, nec assumpsit aliud proprium. vel pactio, est duorum consensus atque conuentio, *l. pactum, D. de poll.* & Tullius: pactum est quod inter aliquos conuenit, & Vlpianus *l. 1. D. de pact.* Pactum est duorum pluriumve in idem placitũ & consensus, sic Flor. id est, nihil nisi consensus. vt legatum donatio testamento relicta dicitur. i. non nisi testamento. Consensus ergo nudus sine nomine proprio, sine causa. & idem placitum quum obstringitur fides vtriusque paciscentium; alioquin si me docente, verbi gratia, ex pacto non nasci actionem, assentiamini omnes, erit vnius vel plurium in idem placitum & consensus, sed quod versabitur in veritate ipsa, non in fide aliqua, quam demus inuicem: ergo non erit pactum. Pactum ergo duorum est vel plurium in idem placitum, quod fidem etiam obstringat, consensus: nam si nomen vel aliquam causam attuleris, contractum effeceris. Hoc ergo distat conuentio à pactione, quod conuentio est genus, pactum species:

A Pactum igitur conuentum; siue pactum nudum dixeris, an simpliciter pactum nihil refert. Omne pactum est nudum, & definitio pacti, definitio nudi: nudum est pacti accidens inseparabile, nec dicitur pactum nudum, vt dolus malus, quod sit quidam bonus per διαστολήν: sed dicis qualitatem quæ perpetuo inhæret pacto, nam pactum quod lege confirmatur, ex quo nascitur actio, vel tollitur, dicitur nudum, *l. legitima, D. de pact.* Et ita nuda pollicitatio dotis, ex qua lex vult dari actionem, *tit. de dot. promiss. & nuda pollicitatione* ℸ. & pactum quod cohæret contractui, nudum dicitur, *l. iuris gentium §. quinimo, D. de pact.* nam cum dixisset ex pacto nudo actionem non nasci, subiicit, quinimo interdum format ipsam actionem, si adiiciatur pactum nudum ex

B continenti, ergo si adiiciatur pactum ex continenti, nudum pactum dices, Nec ab ea sententia distat *l. legem, infra hic,* nec *l. vlt. infra, de rer. permut.* quæ quidem significare videntur, non omne pactum esse nudum. hæc est species: Quidam dedit dotem, & adiecit legem aliquam dationi dotis ex ea pactione dabitur actio. Idem erit si permutationi rerum, quæ traditione sumat effectum, adiecerit pactionem aliquam. Atqui, inquies, ex pacto non datur actio. hoc ita procedit si sit pactum nudum, alioqui si causa intercederet, dabitur actio. specie prima, nudis verbis si proponantur illæ leges, videtur inde colligi recte, non omne pactum esse nudum, sed retractemus speciem. Dedi dotem, & legem aliquam inieci, seu pactum aliquod. an ex ea conuentione da-

C bitur actio? certe: at ex pacto non datur actio. sed illud ita obtinet, si fuerit tantum nudum, hoc est, si tantummodo pactum nudum interuenerit, sed si interuenerit contractus & pactum, ex eo dabitur actio. non quia pactum nudum est, sed quia contractus est, *l. diuisionis, D. de pact.* diuisionis placitum cum sit pactum nudum non parit actionem, nisi applicitum contractui fuerit, nec ex stipulatione vel traditione sumpserit effectum, *l. 3. infra, de rer. permut.* Ergo res ita est distinguenda: aut est pactum tantummodo, & ex eo non datur actio: aut est pactum ex continenti contractui appositum, & ex eo datur actio; quia non pactum est tantum, sed & contractus, nec ideo minus est pactum nudum: nam & ea pacta, quæ ex continenti adiiciuntur, appellantur

D nuda, *d. §. quinimo.* Igitur pactum nudum est. eodemque modo arrarum datio, quod omiseram, contractus dicitur vno in loco *l. contractus,* ℸ. *de fid. instrum. & pactum arrale l. 3.* ℸ. *de actio. emp.* & ex eo pacto datur actio cum dantur arræ, & conuenit, vt illis, vel illis conditionibus reddantur. Est igitur pactum contractui appositum, & pactum nudum semper: nec enim cohærentia illa mutat qualitatem pacti, & ideo quod generaliter definiunt interpretes pactum vestiri his modis, verbis, re, literis, consensu, cohærentia contractus, re interueniente, falsum est: Primum non vestitur re, verbis, consensu; nam quæ ita geruntur sunt contractus, non pacta. non vestitur etiam pactum cohærentia contractus;

E nam retinet appellationem pacti nudi. non etiam rei interuentu, vt cum res datur certa lege; nam & retinet nomen pacti nudi. Conclusio igitur hæc sit, omne pactum esse nudum.

Ad. l. 1.

Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum est. Cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo profitearis, vt si vita sine liberis decederet, hereditatem Licinio Frontoni restitueret: pactum eo tempore de sextante Licinio Frontoni dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum, non

non idcirco potest iniquum videri quod facta (sicut placuit) diuisione diem suum, te filio eius superstite functus est. PP. VII. Kal. *Dec. Seuero A. & Victorio Coss.*

QVi habebat duos filios Philinum & Licinium; ambos heredes scripsit ex æquis partibus: Licinio erant liberi, Philino non erant, & ideo soli Philino substituit verbis precariis, hoc modo, vt si sine liberis vita decederet, hereditatem & partem suam superstiti fratri Licinio restitueret. pendebat fideicommissum ex conditione, cuius erat incertissimus euentus Philino viuo adhuc & orbo. quapropter ne duo incerti penderent Licinius & Philinus fratres, Philinus ne mors sua expectaretur, aut captaretur, ne ve spe fratris quotidie moreretur, Licinius etiam ne diutius expectaret euentum conditionis, maluit Licinius ex fideicommisso præsentem portionem accipere, sextantem videlicet, & reliquum trientem Philino remittere, quam diutius expectata conditione fideicommissi, aut nihil, aut totum auferre. Itaque conuenit, vt spes omnis fideicommissi infringeretur, vt incertum conditionis adscriptæ fideicommisso finiretur & excluderetur hac pactione, vt præsentem sextantem acciperet Licinius, & reliquum trientem remitteret Philino, nec fine placiti pactio stetit, sed diuisione etiam sumpsit effectum. Licinius sextantem accepit, Philinus trientem retinuit sine onere fideicommissi. Post diuisionem, Philino natus est filius Philinus, ac deinde mortuus est Philinus pater, superstite filio Philino. mortuo patre filius consulit Impp. an ea conuentio quæ intercessit inter patrem suum & patruum valeat, sibi videri iniquam esse conuentionem, quod fuerit præmature facta, & contra voluntatem testatoris, & & ideo cum defecerit conditio fideicommissi se nato perinde, ac si ea conuentio non intercessisset sextantem, quem non iure abstulit patruus, sibi reddi oportere. Atque ita sentit Paulus lib. 4. sentent. tit. 1. loquens de mutuo fideicommisso. *rogati*, inquit, *inuicem sibi, si sine liberis decesserint, hereditatem restituere, altero decedente sine liberis, hereditas ad eum peruenit qui superuixit, nec ex eo pacisci contra voluntatem testatoris possunt.* At Impp. rescribunt, nec iniquam conuentionem illam, nec a filio postea edito conuelli posse, iustam conuentionem esse; idemque cauetur in *l.* 16. *inf. hic & l.* 11. *inf. de transact.* de mutuo fideicommisso scilicet si sit inuicem substitutus frater, fratri verbis fideicommissi si sine liberis decesserint, vt remittant inuicem recte alter alteri fideicommissi persecutionem, nec nisi quid aliud fit, etiam si sint minores 25. annis cum scientes quid ageretur fideicommissum remiserunt, & ob id solum quod inter se fideicommissum remiserunt, circunscriptos videri, nec auxilium restitutionis implorare posse *d. l.* 11. nulla est enim hic iniuria: ergo nec circunscriptio. ea est enim circumscriptionis vis quæ definitur a Seneca, *circumscriptio semper crimen sub specie legis inuoluit, semper circumscriptio per ius ad iniuriam venit.* In hac igitur mutui fideicommissi remissione mutua inter fratres nulla est circumscriptio, quia nec iniuria, nec fraus vlla igitur, & cessat, licet sunt minores annis 25. restitutio in integrum. l. 16. loquitur de pacto. l. 11. de transactione, *l.* 16. docet mutuum fideicommissum inter fratres posse remitti pactione, *l.* 11. transactione, nec vnum satis erit demonstrasse: nam qua de re licet pacisci, non continuo licet etiam transigere, vt de re iudicata licet pacisci, non etiam transigere, sed vice versa qua de re licet transigere, & pacisci, & qua de re non licet pacisci, nec transigere. At de mutuo fideicommisso fratres inter se

Cod.

A antequam existat conditio fideicommissi & pacisci & transigere possunt. Cum ergo liceat pacisci de simplici fideicommisso, puta si vnus tantum ex fratribus rogatus sit restituere hereditatem, si sine liberis decesserit altero superstite, vt scilicet is cui relicta est hereditas fideicommissaria, vel in totum remittat, vel pro parte. cur remissio etiam hæc non valebit? si mutuum fideic. remittunt fratres, & vnus remittet alteri quod sibi relictum est fideicommissum recte. conuentio enim est honesta & iusta, quæ conseruat gratiam inter fratres remoto captandæ mortis alterius voto improbabili, *d. l.* 11. & quia conditionis incertum sub quo pendebat verque frater, paciscendi causa iusta est. & hoc est quod ait initio huius legis, *conditionis incertum inter*

B *fratres &c.* Id est suspensa & incerta conditionis fideicommisso adscriptæ causa, & quasi alea. conflatur incertum ex spe vnius, & metu alterius, quæ duo sunt inter se contraria, spes expectatio boni, metus expectatio mali: ex contrariis autem conflatur incertum, ne diu sub hoc incerto penderent fratres, ideo ait recte eos dirimere inter se incertum illud & ambiguũ conditionis. Et sequitur in hac lege, *cum igitur verbis fideicommissi petitum a patre tuo.* Philino scilicet profitearis, vt si vita sine liberis decederet, Licinio Patruo tuo cum liberos non haberet, id est quo tempore liberos non sustulerat Philinius (sic leg. non sustulerit) *facta diuisione*, sextantis scilicet & trientis. Sed oppugnatur hæc constitutio multifariam mul-

C tisque modis. primum enim dicitur, præmaturam esse hanc remissionem fideicommissariæ hereditatis. præmaturæ conuentiones insimulantur festinationis nimiæ, quæ festinationis ratio facit, vt plerisque in locis caueatur non licere pacisci de aliena successione; cuius forte spem quis animo suo concipiat. Hac in re primum sic statuo, spem fideicommissariæ hereditatis pacto vel transactione remitti posse, & generaliter spem quamlibet futuræ perceptionis deteriorem fieri. *l. pactum, D. de pact.* an igitur spes successionis pacto remitti potest? sic spes hereditatis *l. vlt. inf.* sic spes successionis appellatur *l. nec ei.* 17. §. *vlt. D. adopt. l.* 2. *inf. vbi pupill. educ. deb.* non quidem eo viuo de cuius bonis agitur, hoc est certum, *l. vlt. inf. frat. l.* 1. §. *si impubes, D. de colla. bono. l.* 2. §. *interdum D. de vulg.*

D *substit. l. quidam* §. *vlt. D. de donat.* est enim hoc pactum nefariæ spei, & eleganter ait Seneca 6. declamat. cum fratri exheredato viuo patre frater promisisset chirographo suo dimidium hereditatis daturum: *Chirographum*, inquit, *est parricidarum fœdus, nefariæ spei pactum.* Igitur spes successionis pacto non potest remitti viuo eo de cuius bonis agitur. mortuo vero eo, spes successionis pacto remitti potest, vel transactione: nec enim proprie spes est ante mortem eius de cuius bonis agitur: nam spes est quæ iam propinqua est, & ita propinqua, vt pendeat, & paulo post euenturum sit quod expectatur. sic metus est eorum tantum quæ imminent, impendent, τῶν ἐγγὺς ὄντων ὥστε μέλλειν, Arist. in Rhetoricis, qui & ea ratione ait eum esse fortem vi-

E rum, quem non deterrent ea quæ mortem afferunt ὑπόγυια ὄντα, quæ imminent, in Ethicis. Igitur non est spes nisi quæ propinqua est: porro non est propinqua spes successionis viuo eo de cuius bonis agitur: nam si filius sum, possum exheredari, si extraneus sum, potest testamentum infringi. at propinqua est spes successionis, nempe eo de cuius bonis agitur mortuo: si ea mihi successio sub conditione per fideicommissum relicta sit, vt in specie proposita, quia amplius testamentum illud mutari non potest. Igitur præmatura est spes & remissio ante mortem eius de cuius bonis agitur; post mortem eius nec spes, nec remissio præmatura

est, etiam si non post aditam hereditatem; nec enim vt exigo mortem eius de cuius bonis agitur, ita exigo aditionem hereditatis: nam *l. in quantitate, D. ad leg. Falc.* aperte demonstrat ante aditam hereditatem post mortem testatoris pacisci licere, de legato legatarios pacisci in portionem legatorum posse, & hoc sæpe cogi facere, ne destituto testamento, id est non adita hereditate, nihil consequantur, legata & libertates intercidant. Sed pugnat *l. 1. §. quod ait Prætor, D. quod legator.* quæ lex ait, nihil nocere voluntatem heredi, quo minus habeat interdictum quod legatorũ, eam scilicet voluntatem quã accommodauit legatario ante aditam hereditatem, vt rem legatam possideret: ergo ante aditam hereditatem videtur voluntas & quasi remissio heredis, qui facile passus est legatarium ingredi possessionem rei legatæ, nihil egisse. Sed separanda est voluntas a pactione. Pactio obstringit fidem in perpetuum, voluntas quam accommodauit heres legatario in præsens, cum nondum adiisset hereditatem, non obstringit heredem in perpetuum. postquam adierit mutare poterit voluntatem, & si non recesserit legatarius a possessione rei legatæ, aget ex causa interdicti quod legatorum, sicut si precario vtare re mea voluntate mea, hæc voluntas mea quã tibi in præsens accommodo, non me obstringit in perpetuum: nam licebit mihi voluntatem mutare, & rem repetere. si tantisper dum deliberat heres de adeunda hereditate permiserit legatario ingredi possessionem rei legatæ, non ideo sicut pacto fidem suam obstrinxisse intelligitur in perpetuum. & ita separanda est pactio a voluntate: nec dicendum est ad eam legem cum Bartolo, heredem qui hereditatem non adiisset rem non habuisse, nec spem. rem non habuisse fateor, spem non habuisse nego: Spes enim matura adeundæ hereditatis post mortem testatoris: spes etiam capiendi ex testamento satis matura est heredi & legatario, & omnibus statim à morte testatoris. Nec cum Accursio dicendum est, in ea specie inuitari legatarium ad delinquendũ cui datur facultas adipiscendæ rei legatæ: nec enim adipisci possessionem rei legatæ delictum est, & multo minus si eam adipiscamur heredis voluntate. Non est etiam probandum quod ait Accursius in *eo §. quod ait Prætor*, heredis voluntatem repudiationi accedere, nec hoc quisquam dixerit, cum heredis non sit repudiare legatum, sed legatarij. repudiationi igitur iuris, quod habuit in retinenda re legata, sed hoc ius nunquã seorsum repudiatur, vniuersa hereditate repudiata omnia iura repudiantur, nec possunt iura hereditaria scindi, id est non potest heres partim amplecti, partim repudiare: sed vel vniuersum amplecti, vel vniuersum repudiare debet. Igitur nõ potest eo loco accommodari quod de repudiatione verecunde comminiscitur Accursius, sed vt dixi, distinguenda est pactio a voluntate: pactione si me obstrinxero ante aditam hereditatem, non mutabo factum post aditam hereditatem. velle me si dixero vt ingrediatur legatarius possessionẽ rei legatæ, non ideo videor fidem meam obstrinxisse in perpetuum. Et aduersus decisionẽ huius legis id etiam opponitur: conuentionem de qua tractatur in hac lege esse contra voluntatem testatoris, qui voluit vt Licinio non aliter restitueret hereditatẽ Philinus, quã si decederet sine liberis, quod cũ non contigerit, videntur fratres fecisse contra voluntatem testatoris. Respondendum, nihil factum videri contra voluntatem testatoris patris; nam etiã si pater id cauit, non tamen interdixit remissione fideicommissi. Qua de causa licet testator vetet fundum alienari extra familiam, ex qua scriptura agnatis qui sunt eiusdem familiæ comparatur fideicommissi persecutio, tamen non videtur agnatis interdixisse fideicommissi remissionem; *No. 159. l. quoties, C. de fideicom. l. cum pater §. libertis, de leg. 2.* ergo non facit contra volunta-

A tem testatoris, qui non expectata conditione fideicommissi, remittit fratri fideicommissum, modico præsenti accepto gratiæ conciliandæ inter fratres, & renouandæ amplioris causa. Et opponitur etiam aduersus constitutionem hanc quod dicitur, conditionale fideicommissum non posse repudiari, hoc fideicommissum erat conditionale, ergo non poterat repudiari. Retentis iisdem terminis verissima erit conclusio: sed de repudiatione hic nihil agitur, & de remissione tantum agitur, & aliud est repudiatio, aliud longe remissio. quam etiam differentiam agnouit Accursius noster: aliud inquam remissio, aliud repudiatio. remittere possum spem, repudiare non possum: repudio ea quæ sunt delata: remitto etiam ea quæ nondum sunt delata, *l. partem l. & heredi §. filiusfamilia, D. de pact.* repudiatio est motus animi vnius, remissio motus animi duorum vel plurium, repudiatio fit sine pacto, remissio fit pacto, & consequenter repudiatio fit in iure *l. 3. de repud. hered.* remissio fit quoquo loco. homine legato, priusquã elegerit legatarius, non repudiat recte Stichum: paciscitur tamen recte de Sticho non petendo, *l. homine, de opt. leg. l. si vnus §. sed si generaliter, D. de pact.* & postremo quæ est summa differentia, repudiatio est iuris, remissio facti, id est, qui repudiat aspernatur & repellit a se ius quod offertur, nihil igitur agit nullo iure oblato: porro nullum ius defertur ante conditionem, ergo nihil agit repudiando ante conditionem: at qui paciscitur, ius a se non repellit, & ideo in pactis nihil attinet spectare ius delatum fuerit nec ne. denique repudiatio iuris est remissio facti, & versatur & consistit pactio omnis in facto, *l. pen.* id est, qui verbi gratia ius suum remittit pacto, id iuris a se non repellit, & est ei integrum de eodem iure experiri, sed si experiatur, exceptione doli mali aut pacti summoueri poterit, quæ est vis pacti, nõ vt ius repellat, sed vt ex eo iure agentem postea exceptione submoueat. Et postremo opponitur aduersus definitionem huius legis *l. si vnquam, C. de reuoc. donat.* quæ dicit, donationem liberis postea editis reuocari. donauit Philinus in hac specie cum non haberet liberos, fratri Licinio sextantem hereditatis fideicommissariæ, cuius conditio defecit postea sublato filio: ergo filius eum sextantem reuocare potest. fallacia est in propositione: nec enim est absolute hoc verum, donationem filium postea susceptum reuocare. sed ita distinguendum est: aut immensa est donatio, aut non, & aut mera est donatio, aut non: immensam donationem liberi postea suscepti reuocant, hic non fuit immensa, sed sextantem tantum donauit, id est duas vncias, & retinuit quatuor. Præterea eã tantum donatio reuocatur a liberis postea susceptis, quæ mera est donatio: hic non fuit mera sed mixtum fuit negotium cum id est actum vt acciperet frater sextantem, & remitteret trientem. Non est transactio, qua de re dubitarunt interpretes. est transactio in *l. 11. De transact.* sed hic non est transactio, quia neque de fideicommisso erat lis, neque controuersia, & licet esset incerta fideicommissi conditio, tamen fuit certa causa fideicommissi. Igitur hic transactio non fuit. Et quod attinet ad *d. l. si vnquam*, quæcumque ad eam pertinent, his paucis absoluuntur. Aut donationis tempore superstites sunt liberi, aut non: si donationis tempore superstites sunt liberi, donatori, donationem immensam non reuocant nisi pro ratione Falcidiæ, id est pro modo portionis legitimæ *l. si mater, inf. de inoffic. donat. No. 92. l. Titia 2. §. imperator, D. de lega. 2.* aut post donationem immensam augetur natis liberis donator, & hoc casu videndum est, vtrum immense donauerit extraneo, an aliis suis liberis: nam si quis immensam donationem contulerit in extraneum, vt in *l. si vnquam* proponitur patronum dedisse omnia sua bona liberto, vel libertum patrono; nam hoc erat frequens

frequens vt libertus & patronus se mutuis donis afficerent. *l. si vero non remunerandi §. inde Papinianus, D. mand.* eam donationem collatam in extraneum & immensam liberi reuocabunt in totum, non pro ratione Falcidiæ, quia verisimile est donaturum patrem non fuisse, si sciret se habiturum liberos. Sed & ipse donator donationem reuocat in solidum, quod ius probant etiam leges Longobardorum *l. 4. de success. l. 1. de eo quod pat. test. nec hab. fil. relinq.* sed tamen non videtur obtinuisse hoc ius ante eam constitutioné quã D. Augustinus inseruit in libro *de vita & mor. cler.* Quidam, inquit, cum filios non haberet, res omnes suas Ecclesiæ donauit, nati sunt ei filij. reddidit Episcopus. fuit in eius potestate non reddere iure fori, non iure Ecclesiæ. Ergo iure ciuili potuit is cui donauerat omnia bona sua, ea retinere etiam editis postea liberis. Sed si forte donatio immensa sit collata in liberos a patre, & post eam donationem edantur alij, hi posteriores liberi non possunt donationem collatam in priores reuocare in totum, sed pro ratione Falcidiæ, *l. 5. c. de inoff. donat.* & ita *l. si vnquam* nihil pertinet ad donationem modicã, de qua hic tractatur: nihil ad eam quę permixta est negotio. nihil etiam pertinet ea constitutio ad liberos qui superstites erant donationis tempore: nam hi non reuocant donationem in solidum, sed pro ratione Falcidiæ tantum. Non pertinet etiam ad donationé collatam in liberos: nam liberi postea suscepti non reuocant donationem in solidum, sed pro ratione portionis legitimæ: sed pertinet ad donationem collatam in extraneũ, quam & donator & liberi postea editi reuocare in solidũ possunt. Ex his quæ heri diximus ad *l. 1.* vel animo vel scriptione cõprehendisse vos satis arbitror, de fideicommissariæ hereditatis spe, dum pendet conditio suscipiendorũ liberorũ sub qua fideicommissum relictum est, in portionem aliquam fideicommissario cum herede pacisci licere: nec conuelli pactionem illam susceptis postea liberis posse, nec tantum pacisci de fideicommisso, sed & transigere licere. Idque esse si inter fratres vice mutua facta fuerit mutua substitutio, posse inter fratres pactione aut trãsactione remitti eam substitutioné, antequam existat deficiatue conditio. harum conuentionum causam iustã, & honestam esse, discuti conuentionibus istis omne conditionis incertũ, id quod scilicet conflat partim spes eius cui relictum est, partim metus eius a quo relictum est fideicommissum. Denique spem fideicommissarię hereditatis, & generaliter spem quamlibet futuræ perceptionis pactione, vel transactione remitti posse, & eam vere ac demum spem esse, quæ sit in propinquo, non quæ sit in longinquo, ac proinde spem successionis directæ vel fideicõmissariæ viuo eo, de cuius bonis agitur, nullam, aut præmaturam esse, mortuo eo maturam, atque ideo quod opponitur aduersus hanc *l.* præmaturã spem esse falsum videri: cũ mortuus sit is cuius de bonis agitur. Frustra etiam opponi, remissionem hoc loco propositam contra voluntatem testatoris esse, frustra aduersus eam duci argumentum a repudiatione: aliud enim repudiatio, aliud remissio: ac similiter aliud est pactio remittendi animo facta, aliud voluntas heredis volentis legatarium rem legatam possidere: & ex ea voluntate interpretes male argumentari ad pactionem, permixtis confusisque his tribus, repudiatione, remissione, & voluntate; quæ nos separari & accurate distingui volumus. Et postremo huic constitutioni opponere eos male eam constitutionem, quæ reuocandæ donationis ius præbet liberis postea susceptis, & donatori. Modo ea tractabo, quæ superioribus non contenti interpretes aduersus hanc leg. obijciunt. Non potuit, inquiunt, Philinus rogatus Licinio hereditatem restituere si sine liberis decederet, de ea hereditate pacisci, atque ita pendente conditione non potuisse eum Licinio sextantem dare in fraudem filij postea suscepti, quod testator non minus videatur ei fideicommissum hereditatis reliquisse, quã Licinio: hoc enim dixisse videtur, si sine liberis decesserit. Denique liberos positos esse in conditione & dispositione: & ideo non posse Philinum de fideicommisso pacisci, antequam extiterit conditio in fraudem liberorum, qui sunt positi in cõditione & dispositione. Sed pernegandum est, liberos positos in cõditione, esse in dispositione: Nam his verbis, si sine liberis decesserit, Licinio restitutio, quod apparet est fideicommissum relictum Licinio. quod latet, non est fideicommissum, sed spes tantum, & votum testatoris aduersus liberos heredis: ex spe, aut voto solo, fideicõmissi persecutio non est: id est testator scribit, si sine liberis decesserit Licinio restituat, quia est ea spe vt putet ventura bona ad filios, nec tamen ideo adimit heredi ius eorum bonorum alienandorum, & liberis non conseruandorum, quia quod latet in his verbis fideicommissi vim non habet *l. Gallus §. idem credendum & §. in omnibus, D. de liber. & postum.* in hac specie. Institui filium, omisi nepotem, substitui pronepotem posthumum his verbis, *si filius & nepos me viuo moriantur, tunc qui mihi ex nepote meo post mortem meam nascetur pronepos heres esto.* Finge præmori filium viuo patre, lex ait testamentum rumpi successione nepotis, *ex 2. cap. l. Velleæ:* quod nepos inueniatur præteritus in eo testamento: nam commemoratio nepotis facta in conditione non habet vim institutionis, ergo præteritus est nepos cum eius successione rumpatur testamentum, quod vtique non rumperet, si haberetur nepos pro instituto: sed certe præteritus est; & ideo cum ex formula Galli instituitur nepos postumus hoc modo, *si filius me viuo moriatur, tunc qui mihi ex eo nascetur nepos heres esto.* Vt rata sit scriptura, necesse est filium institui ex parte aliqua, alioquin præteritio filij vitiabit testamentum, quia commemoratio filij sic facta nullius momenti est, nec vim institutionis habet. quapropter vt ait §. *in omnibus d. l. Gallus*, necesse est illum institui ex parte aliqua, deinde postumum nepotem institui. & eodem modo in *l. si quis eum §. vlt. D. de vulg. & pupill. subst.* si quis extraneum heredem instituit hoc modo: si filius me viuo moriatur, Lucius Titius heres esto, nec filium instituat aliter aut exheredet, ipso iure nullum est testamentum: commemoratio igitur filij facta in eo testamento, vim institutionis non habet. & idem in *l. ex facto. §. ex facto, D. ad Trebell.* sed in recte ponenda eius specie laborant interpretes. species hæc est. Mater vnum ex filiis heredem instituit, & rogauit restituere hereditatem fratri suo, si sine liberis decesserit. hic filius heres matris fideicõmisso oneratus in eam conditioné si excedat e viuis sine liberis, in insulam deportatus est: quia deportatione amisit ciuitatem, & ad peregrinitatem redactus est, pro mortuo habetur, vel alius homo videtur esse, quam qui fuit fideicommisso grauatus; ideoque fideicommisso locus est, ac si naturaliter obiisset sine liberis, cum scilicet nullis sublatis liberis in insulam deportatus est. Sed bona omnia occupabit fiscus: nam deportationem semper sequitur tacite publicatio. bonorum vero detracta quarta reliquum restituet fratri fideicommissario, quia videtur ille decessisse sine liberis qui excepit deportationis pœnam nullis sublatis liberis, & si forte post deportationé concepti & editi ei sint liberi, nihil officient fideicommissario, in quem iam cecidit fideicommissum optimo iure: sed si liberi sint concepti ante deportationem, editi post deportationem, hi repellent fideicommissarium: quia non videtur sine liberis ciuitatem amisisse, pœnam deportationis excepisse, atque ita quodammodo vita decessisse ciuili: cum tempore deportationis fuerint liberi in vtero vxoris. Ergo liberi concepti ante deportationé, & postea editi repellent fideicommissarium, neque tamen ipsi bona

vindicabunt, sed fiscus sine vllo onere fideicommissi. Igitur positi liberi in conditione non sunt in dispositione, nam si essent in dispositione, excluderent fiscum. Quibus aliud iudicium est, hi suæ opinionis arcem positã habent in *l. Lucius* 2. *D. de hered. instit.* quod ea lex eum qui substituit heredi his verbis, *si moriatur antequam adierit, aut liberos sustulerit*, dicat liberos prætulisse substituto vulgari: ex eo enim male colligunt, liberis sublatis, eos exclusuros substitutum, & venturos ex testamento; veniunt enim non ex testamento, sed ab intestato, & videtur legitimos prætulisse testamentarijs heredibus, *l. si quis ita heres instituatur, eo tit.* & eo modo potior est intestati quam testati causa, quod & ipse Accursius sensit recte in *d. l. Lucius.* videtur, inquit, prætulisse liberos tacite ab intestato cum sint ei proximiores. Igitur lex non dicit propalam eos liberos ita prælatos vt possint venire ex testamento, quasi commemoratio facta in conditione faciat institutionem: sed votum tantum commune parentum explicat, non institutionem facit. Ad hæc, tentant etiam interpretes in specie hic proposita, filio suscepto post diuisionem hereditatis, competere condictionem causa data, causa non secuta, cuius potestate possit reuocare a Licinio sextantem quem illi prorogauit Philinus: nam, inquiunt, dedit Philinus Licinio sextantem quod filios non haberet: habet iam filios, ergo dati condictio est causa non secuta. captio est in verbo causa. causa aut ratio est, aut finis. ratio τὸ οὗ ἕνεκα, vt Philosophi dicunt. finis τὸ διά τι. Ratio est, vt si dedi tibi quia negotia mea curasti. & hæc causa siue ratio si falsa sit, non parit condictionem; *l. in summa* §. *id quoque*, *D. de condict. indeb.* quoniam causa donandi non cohæret donationi. Igitur pro non scripta habetur, & siue vera sit, siue falsa, donatio valet. finis autem est, si donaui tibi vt negotia mea curares; & hæc causa si non sequatur, locus est condictioni ob causam dati re non secuta: quia fine optato non potior ego qui dedi, quia frustror fine propter quem dedi. In proposita autem specie, neque ratio, neque finis dandi sextantis alia est, quam vt Licinius remitteret fideicõmissum, & absolueret fratrem eo incerto & ambiguo conditionis. Non est igitur in hac specie ea causa quod filium non haberet. & in illo tit. *de condict. cau. da. cau. non seq.* ex qua volunt Philino in hac specie actionem dari, causa pro fine accipitur, & appellatur proprie res in *l. damus*, *D. de condict. indeb. l.* 1. *D. de condict. ob. tur. caus.* & dicitur condictio ob causam dati vel condictio causa data, causa non secuta, sub causa, & est sub causa cum datur aliquid sub ea causa vt faciat vicissim, aut detur aliquid, in *l. pen. de cond. causa da.* ἐπὶ τῆς συνθήκης. Igitur in eo titulo, in eave actione, causa finem significat. finis hic non fuit, quod non haberet liberos, sed finis fuit, vt absoluerentur fideicommisso: modicum præsens dedit, id est sextantem, hic finis consecutus est: nam diuisionem fecerunt, & finierunt omne incertum conditionis: igitur non est locus condictioni causa data, causa non secuta. Satis iam nequicquam oppugnata hac constitutione, interpretes præterea quærunt, an si conuentio de qua hic agitur, diuisione non sumpsisset effectum, si sextantem Licinius non accepisset, sextantis nomine, vlla obligatio competeret. Iterum dicam, si conuentionem non sequatur diuisio sextantis & trientis, an licebit Licinio petere sextantem ex conuentione? dicerem statim & verissime, pactum fuisse diuisionis, & ex pacto diuisionis nudo non dari actionem, *l. diuisionis*, *D. de pact.* Licinio ergo non dari actionem sextantis nomine, cum pactum diuisione non sumpsit effectum, cum pactio pacti fine stetit, neque vlterius progressa est. At illi dicunt, Licinio esse actionem, quia fuit, vt inquiunt, do vt facias, vel do vt des, id est do sextantem vt remittas fideicommissum, & Licinius remisit fidei com-

A missum per acceptilationem. Licinio igitur est actio sextantis. Primum non potest poni fuisse, do vt facias, vel do vt des, alioquin esset contractus, non pactum, & in quæstione ponitur initio solum interuenisse pactũ, ergo rem ita gestam, dabo sextantem, vt trientem remittas. ita concipitur pactum nudum. quod si dixerim do sextantem vt remittas trientem, iam res pacti fine non stat, sed transit in genus contractus. ergo proponitur quæstio male. deinde respondetur, fuisse do vt facias, aut do vt des. non consentit responsio cum quæstione. deinde Licinium remisisse fidei commissum per acceptilationem, poni non potest, quia nulla fuit obligatio, ergo nec acceptilatio interuenire potest: nam creditor conditionalis in legatis & fideicommissis ante conditionem, non est creditor: qua in re distat a

B stipulatore conditionali, quia stipulator conditionalis est creditor, *l. vsusfruct. D. de stipul. seru.* legatum aut fideicommissum conditionale vires statim non accipit, sed postquam extitit conditio: qua de causa legatarius, legatũ vel fideicommissũ ante conditionem decedens non transmittit ad heredem, stipulator conditionalis transmittit. & eodem modo quod debetur sub conditione ex stipulatu, acceptilatione tolli potest, sed nõ habet effectum acceptilatio nisi extiterit conditio: interim tamen stipulationis conditionalis acceptilatio valet, sed fideicommissi conditionalis acceptilatio nulla est, nec effectũ habet nisi post existentẽ conditionem, *l. & per iusiurandum* §. *si legatorum*, *D. de accept.* Male ergo ponitur, Licinium remisisse fideicommissum conditionale per acceptilationem, quia hoc modo

C nihil remissum intelligitur, nihil actum. Ergo in hac specie nulla suberat causa ex qua possis dicere pactum sumpsisse effectum; nam quæstio est, an si conuenerit tantum vt Licinius acciperet sextantem, & remitteret trientem, nec pactio diuisione sumpserit effectum, sextantem petere possit: & secundum ea quæ docui, respondendum est non posse cum fuerit pactum diuisionis, & ex pacto diuisionis non detur actio, nisi vel stipulatione, vel diuisione sumpserit effectum. Ad hæc quærunt, an Licinius remittere possit fideicommissum, aut remisisse videatur, data cautione Mutiana? inepta est quæstio: nam cautio Mutiana habet tantum locum in conditionibus quæ concipiuntur in non faciendo, quod hic non est. Cautio Mutiana locum habet cum ita legatur: lego Titio centum si non ierit Romam: Titius capiet centum si modo cauerit se non

D iturum Romam: & locum habet in legatis, hereditatibus, & fideicommissis, l. *is cui sub conditione* 18. *l. Mutianæ*, *D. de cond. & demonst.* & hæc cautio in omnibus negotijs tam viuorum, quam mortuorum locum habet. Si igitur dedi aliquid sub conditione si non ieris Romam, capies quod donatum est, si caueas te nũquam Romam iturum. Sed speciei propositæ aptari non potest, cum nulla fuerit conditio in non faciendo. debuissent quærere, an Licinius videatur remisisse fideicommissum, si dato fideiussore cauerit, se numquam petiturum fideicommissum, etiamsi existat conditio fideicommissi, id est, si Philinus mortuus sit sine liberis. hoc casu dicendum est, eum videri remisisse fideicommissum, & impleuisse conuentionem pro sua parte: nam fideiussor rei futuræ datur recte *l.* 4. *& 7. D. de fideiuss.* Itaque ea fideiussio rata esse videtur, cum sit rata

E fideiussio, Licinius implesse conuentionem pro sua parte: ergo eo casu non erit dubium quin possit Licinius petere sextantem, cum dato fideiussore pactio sumpserit effectum, nec iam sit pactio nuda, *l. cum mota inf. de transact.* Postremum hoc est, vt ex legibus quas vltimo loco annotauit Accursius facere ad hanc l. annotemus, nullas proprie facere præter *l. vlt. in fi. inf. de temp. app. & l.* 1. §. *vlt. D. a quib. app. non lic.* quibus locis ostenditur, inter litigatores ante sententiam conuenire posse, ne possint appellare, & rata est conuen-

tio, quanquam id videatur esse contra ius publicum. Igitur si sic est mens Accursij, vt sicut hæc l. demonstrat, ante côditionem fideicommissi recte remitti fideicommissum, sic etiam ostendat, ante sententiam recte remitti prouocationis ius, *d. l. vlt.* Igitur ante sententiam pacisci licet ne prouocetur: quinimo, vt ait *l.* 1. *D. a quib app. non lic.* si quis vel solus ante sententiam in iure profiteatur, se non appellaturum, indubitate prouocandi auxilium perdidit, id est non poterit appellare. vt pactio illum obligat, sic etiam professio illa facta in iure. Atque dum opponit *l. 1. §. quod ait D. quod legat.* nescit vti inde se expedire debeat, quæ loquitur non de professione facta in iure, non de pactione, sed de voluntate heredis quam ante aditam hered. accommodauit legatario, vt rem legatam possideret: sed hæc voluntas non obstringit fidem heredis in perpetuum, sed in tempus quo nondum adijt hereditatem. cæterum postquam adierit, recte quæretur de legatario, & si nolit recedere à possessione, recte aget interdicto quod legatorum: at pactione fides heredis obstringitur in perpetuum. professione etiam facta in iure fides obstringitur in perpetuum, *l. quidam D. de donat.* repudiatio etiam astringit in perpetuum. Itaque vt concludam quantum est errorum in ea quæstione, nascuntur omnes ex eo quod confuderunt hæc quatuor, repudiationem, remissionem quæ pactione fit, voluntatem, professionem factam in iure. Puto me omnia explicâsse quæ ad hanc *l.* 1. pertinerent, die proxima accedemus ad *l.* 2.

Ad l. 2.

Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas mouisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis. PP. Prid. id. Feb. Seuero 3. & Antonino AA. Coss. 203.

PRoponitur in hac l. exemplum taciti pacti. fiunt etiam pactiones tacito consensu: huius rei exempla sunt varia in *l.* 2. *&* 4. *D. de pact. l. Proculo, D. de probat. C. qui se misses, de vsur.* & alijs plerisque locis: & frustra ambigunt interpretes an etiam pactiones fiant tacito consensu inter absentes, cum fiant expresso consensu, veluti per nuntium, aut per epistolam, *d. l.* 2. ergo non est in eo hærendum diutius. fiunt pactiones vel expressim, vel tacite, tam inter præsentes quam absentes: fiunt enim nudo consensu, quæ nihil aliud sunt quam nudi consensus, & quæ nudo consensu peraguntur, inter absentes peraguntur recte. Quod autem hoc loco proponitur exemplum tacitę pactionis est huiusmodi. Heres sibi delatam hereditatem adijt primum, deinde vendidit extero: post venditionē hereditatis creditores hereditarij egerūt cum emptore hereditatis dimisso venditore. emptor hereditatis excepit libēter eas actiones, & ita cū emptore volente creditores hereditarij litem contestati sunt: definiunt interpretes, electo emptore, id est, lite cum emptore contestata, creditores hereditarios videri tacitę actiones suas remisisse heredi, eidemque vero debitori, id est, creditores hereditarios pacto egisse tacito cum venditore, ne ab eo pecuniam peterent: denique electio emptoris, est tacita liberatio venditoris. Si quis velit hanc legem comprehendere in pauca, sic dicat. electio emptoris hereditatis, tacita liberatio est venditoris, & electio quæ fiat contestatione litis: nam si in ius vocauerit creditor hereditarius emptorem hereditatis, si ediderit ei actionem, si denuntiauerit ei vt solueret, quod deberetur, non ideo tacite videtur liberatus venditor statim: itaque restat litem contestari. vbi creditor emptorem elegerit, quod fit contestatione litis, tum demum videtur liberatus venditor. Electio igitur ea emptoris quæ fit contestatione litis, id est iudicio accepto, tacita libe-

A ratio est venditoris hereditatis: liberatio, inquam, per exceptionem pacti, vt ait, vel per exceptionē doli mali, vel per exceptionē in factum: nam semper hæ tres exceptiones concurrūt: nam vbi est exceptio pacti, est exceptio in factū, vel doli. liberatio ergo contigit venditori per exceptionē, non ipso iure: nam pactum nudū ipso iure sicut non parit, ita nec tollit actionem: atque ita proditum est in *l.* 3. venditorem hereditariū liberari tacite per exceptionem taciti pacti, non ipso iure. & opponit Accursius vt doceat venditorem liberari ipso iure, *l. solutione, D. de solution.* lex dicit solutione ab alio facta pro nobis ipsis nos liberari posse. adijcit, iudicium pro
B nobis accipiendo nos liberari posse, i. si quis alius pro nobis accipiat nos liberari posse: in hac specie emptor accepit pro venditore, ergo liberatus est venditor. admitto argumentationem, & dico, liberatum esse venditorem, sed per exceptionem, non ipso iure: itaque inanis est argumentatio: lex enim non dicit nos liberari ipso iure. Sed vt explicem apertius, id ante omnia necesse est primum demonstrari, vulgo *ad d. l. solutione*, quasi omnimodo congruentem coniungi male *l. delegare D. de nouation.* ac si in vna comprehendatur quod in altera. Lex *solutione*, ait iudicium pro nobis accipiendo liberari nos. Lex *delegare*, ait delegationem fieri vel per per stipulationem, vel per litis contestationem, id est iudicium accipiendo, quod non accipitur nisi contestatione litis: delegationem fieri litis contestatione & nos liberari iudicium pro nobis accipiendo. hæc non sunt eadem, & in eo videndum est
C ne fallamur; quod sic demonstro. Delegare est alium vice sua, alium reum siue debitorem creditori dare: hæc delegatio fit dupliciter, per stipulationem, vt ait lex *delegare*. & per litis contestationem, per stipulationem, vt si creditor meus a debitore meo quem ei delegaui, stipuletur sibi dari, & delegatus promittat. qua delegatione ego ipso iure liberor, si creditor meus a meo debitore, quem delegaui, stipuletur sibi pecuniam deberi dariue, & debitor repromittat. Per litis contestationem fit, si ego concedam creditori meo actionem in debitorem meum, & vi cessionis, meus creditor cum eo agat, & litem contestetur: potest enim vi cessionis, siue mandati, quod idem est, cum eo experiri, & quidem directa actione: nam cessio dat directas actiones. eadem actione vtitur is cui cessa est actio, qua is qui cedit *l. 5. infra, de hered vend.* & ita
D hoc genere inuitus debitor delegatur. priori genere delegationis, quæ fit per stipulationem, volens debitor delegatur, cum scilicet creditor de eo stipulatur sibi dari, sed posteriori genere inuitus delegatur; nam ego cedo actionem meo creditori vt experiatur cum meo debitore inuito. ego vero liberabor ipso iure. i. post litem cum eo contestatam, quia delegatio illa pro solutione est, & nihil interest delegem inuitum aut volentem. & hoc est quod ait, delegationem fieri per litis contestationem, quod non ita proponitur in *l. solutione*, dum ait, *solutione vel iudicium pro nobis accipiendo & inuiti & ignorantes liberari possumus.* Fingenda est species, vt ego non mandauerim vel
E cesserim creditori meo actionem in meum debitorem, sed vltro meus creditor agat in debitorem meum, vel in alium quendam quasi debitorem, qui etiam quasi debitor se liti offerat & patiatur actionem, cum tamen nulla sit actio: nam actori huic nullum ius erat agendi, sed tamen agere possumus cum volente, etiam si nobis iure nulla suppetat actio, vt ex pacto nudo si quis velit pati actionem *l.* 5. *inf. de cont. empt.* igitur cum ita creditori meo non cessi actionem, sed is tantum agit cum alio quodam, qui actionem patitur, ego liberor, quæ sententia est *l. solutione*, sed an ipso iure? vt cū delegatio fit per stipulationē vel per litis contestationem? minime. ego liberor per exceptionem in factum, vel pacti, vel doli mali, non ipso

iure *l. qui seruum, D. de interrogat. in iu. fac.* si aliquis A pro debitore quasi defensor litem subierit, & causam pertulerit totam : atque ita condemnationem exceperit, & velit actor eadem actione rursus experiri cum vero debitore, repelletur exceptione in factum, quia defensor negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est quod præstitit. ergo ille alter verum debitorem iudicium pro eo accipiendo, non liberauit ipso iure, quia necessaria est exceptio vero debitori: & non est nouum vt loquuntur interpretes, eum liberari per exceptionem, non ipso iure, *l. qui hominem* §. *stipulatus sum, & l. qui res* §. *mihi Romæ, D. de solution.* Ego sic stipulatus sum mihi dari x. aut hominẽ Titio, qua in stipulatione videtur vitiũ subesse omnino B aliquod, quia aliud stipulor mihi dari, aliud Titio, qui adijcitur solutionis causa, non obligationis, alteri enim non stipulor recte, sed possum alterum addere cui soluatur id quod mihi promissum est, sed non vt aliud soluatur, sed tamen hic agitur vt mihi promittantur x. & Titio homo, quo fit vt stipulatio vitiosa videatur: vnde quæritur, an si secundum stipulationis fidem promissor soluerit hominem Titio, liberetur. ait *d. l. qui hominem, & l. qui res*, liberari promissorem, non ipso iure, quia vix admissa est ipsa stipulatio, in qua cauetur aliud dari adiecto, aliud stipulatori, sed per exceptionem liberari, *l. vlt.* §. *cum mihi, D. de verb. oblig.* sic etiam eodem sensu dicitur verbum illud liberari in *l. si quis seruo, de solut.* Idque liquet ex *l. cum quis* §. 1. *D. eod. tit.* Mandaui debitori meo vt soluere Titio: deinde re integra cùm nondum C debitor meus soluisset Titio, Titium vetui accipere. debitor tamen ignorans reuocatum esse mandatum, Titio simulanti se procuratorem esse, soluit, an liberatus est debitor? ait lex, debitorem non esse liberatum, & Titium furti teneri. debitor non est liberatus ipso iure, quia erat reuocatum mandatum, sed per exceptionem. ergo etiam si lex *solutione.*, quam opponit Accursius, dicat, iudicium pro nobis accipiendo liberari nos, non sequitur, ipso iure liberari, sed per exceptionem. vt si constitueris, pacto nudo liberationem non contingere, & pacto nudo liberationem contingere, vtrumque verum esse licet comprobare adhibita ista distinctione, vt ex pacto nudo non contingat liberatio ipso iure, sed per exceptionem, quum liberationis verbum vtramque interpretatio- D nem admittat, & ita cum aliquis pro nobis iudicium accepit, liberamur, non ipso iure; nam hic modus tollendæ obligationis non est legitimus. sic etiam dicimus tollendæ obligationis certi modi sunt constituti, hic non ponitur inter modos tollendæ obligationis, ergo non tollit obligationem ipso iure. Imitatur lex naturam, vt quot modis quidque fit, id vicissim vt intereat, §. *item, Instit. quib. mod. toll. oblig.* & ita responsum arbitror ad *d. l. solutione.* Nunc videamus vt respondeant interpretes, Accursius & cæteri. Ita respondent in *l. 2. huius tit.* emptor hereditatis quasi procurator iudicium accipit pro venditore, & ideo venditor non liberatur E ipso iure, sed per exceptionem. in *l. solutione.* is qui iudicium accepit pro alio nouandi animo accepit, & ideo is pro quo accepit, liberatur ipso iure. hoc primum est commentitium, quia l. *solutione* ait, pro nobis: ergo quasi defensor. deinde poni non potest nouationem fieri, si quis liti se offerat quasi debitor, vt accipiat iudicium vt debitor, cum non sit verus debitor: nam nouatio fit tantum per stipulationem. quod dicitur nouationem fieri per litis contestationem est falsum: prior quidem actio nouatur per actionem iudicati facta condemnatione: nam re iudicata rursus nõ ages priori actione, ne lis eadem hinc inde renascatur, sed ages actione iudicati, cuius executio est summaria: atque ita per actionem iudicati nouatur actio prior, sed nouatio non fit per litis contestationem. delegatio fit per litis contestationem: sed aliud est delegatio, aliud nouatio. Soleo explicare nouationem ex mutatione debitoris, vel causæ debendi: delegationem, ex mutatione creditoris, non debitoris: delegatione non nouatur debitor, sed manet idem qui fuit. nouatur creditor delegatione, qui erat creditor liberatur, & debitor qui delegatur, obligatur alteri, atque ita delegans qui etiam erat creditor, desijt esse creditor, & substituitur in locum eius alius creditor, sed idem manet debitor. Igitur delegatio est noui creditoris nouatio: nouatio debitoris. nihil egemus isto refugio quo vtuntur interpretes, cum liqueat ex *l. si quis & l. qui seruum, D. de interrog. in iu. faciend.* iudicium pro nobis accipiendo nos liberari per exceptionem, non ipso iure: quod congruit cum hac l. Regulariter tamen, nisi ita venditor hereditarius sit liberatus, cogitur prorsus respondere creditoribus hereditarijs. qui vendidit hereditatem nisi liberatus sit lite cum emptore contestata sponte emptoris, cogitur respondere creditoribus hereditarijs, quia etsi vendidit hereditatem, heres tamen est *l. 2. inf. de hered. vend.* emptor hereditatis tamen inuitus non cogitur respondere creditoribus hereditarijs, neque directa, neque vtili actione: est igitur similis Pegasiano fideicommissario, in quem non transeunt actiones: nec enim emptor hereditatis vllam inuitus excipit actionem, sed si venditor creditoribus hereditarijs aliquid soluerit, aut præstiterit, id repetet ab emptore hereditatis actione ex empto, quia venditione hereditatis id agitur, vt emolumenta omnia & incommoda transeant in emptorem: itaque creditores hereditarij venient ad venditorem. sed si venditor soluerit, mox recipiet ab emptore actione ex vendito, *l. 2. inf. de leg.* quæ loquitur de legatarijs qui sunt creditorum hereditariorum loco, *l. hereditariorum, D de obligat. & action.* vel etiam venditor hereditatis qui satisfecit creditoribus hereditarijs, quod soluit recipiet ab emptore non tantum actione ex vendito, sed ex stipulatu, quia inter emptorem & venditorẽ solent interponi stipulationes mutuæ; emptor stipulatur quanta pecunia ad venditorem hereditatis peruenerit tantam redditum iri: venditor restipulatur, quantam pecuniam hereditario nomine præstiterit, ab emptore tantum redditum iri, vt *l. 2.* §. *sicut, & l. si ex pluribus, D. de hered vend.* Si igitur interposita fuerit mutua stipulatio inter emptorem & venditorem hereditarium, non tantum erit venditori qui soluit creditoribus hereditarijs actio ex vendito, sed ex stipulatu: quoniam id actum est vt onera hereditaria subiret emptor, non minus quam emolumenta: & si venditor nondum soluerit creditoribus hereditarijs, sed conuentus fuerit, recte agit hac vel illa actione cum emptore, vt emptor venditorem defendat, vt litem pro eo subeat, *l. hereditatem D. de donat.* quæ loquitur de donatione hereditatis, non de venditione tantum, sed idem in vtraque iuris est: vt cum dono hereditatem, quæ donatio non est mera donatio, quia id ago vel tacito intellectu, vt donatarius subeat onera hereditaria, vt subeat legata, fideicommissa, æs alienum dissoluat. ergo huic donationi inest negotium. si inest negotium, & contractus igitur: nam contractus nihil aliud est quam negotium. dicimus contractum, & contrahere per defectionem: nam plena sententia est contrahere negotium. Igitur datio mera non est contractus, id est doni donatio, non enim loquor de donatione quæ fit pacto ex constitutione Iustiniani, sed de donatione quæ fit re ipsa. donatio non est contractus, nec pactum, quia non est conuentio vlla. Conuentio omnis aut est contractus, aut pactum, qualis mera donatio non est, sed donatio cui inest negotium, est contractus qui nomine vacat. vt cum dono tibi

tibi hereditatem ea lege vt creditoribus hereditariis A satisfacias, vt rem meam impleas; hoc casu donatio, est contractus, & vacat nomine, & nascitur actio præscriptis verbis, quæ vacat nomine: ideo si donauero tibi hereditatem ea lege vt subeas onera & soluas creditoribus hereditariis, & creditores hereditarij ad me veniant, agam tecum actione præscriptis verbis, vt me defendas aduersus creditores hereditarios. & similiter, si vendidero hereditatem, & veniant ad me, agam, quod nondum dixi, actione ex vendito, vel ex stipulatu, si stipulatio interuenerit, vt me defendas aduersus eos, vel vt eis satisfacias: quia id egisse intelligimur, vel vt caueas te eis satisfacturum: nam in omnibus iudicijs ex omnibus contractibus recte agetur ad perfectam illam cautionem: ergo actio erit vt caueat se satisfacturum, non vt satisdet *l. 2. inf. de her. vend.* nisi ita B conuenerit vt satisdaret, quia hæc est natura emptionis & venditionis vt vicissim satisdationes nullæ interponantur, *l. pacta, D. de cont. empt.* & ita emptor egit ex empto vt caueatur de euictione, non vt satisdetur, nisi ita conuenerit. Ergo vt concludam, emptor hereditatis similis est Pegasiano fideicommissario, quia non patitur inuitus actiones creditorum hereditariorum, ne vtiles quidem. at contra emptor hereditatis habet in debitores hereditarios actiones vtiles. in eum emptorem hereditarium non sunt actiones, ne vtiles quidem: & tamen sunt ei vtiles actiones in debitores hereditarios, ex constitutione Diui Pij suo nomine etiam sine cessione, *l. si cum emptore, D. de pact. l. 5. inf. de hered. vel act. vend.* ex cessione emptoribus heredita- C riis competent directæ, quia & heres idemque venditor cogitur cedere, sine cessione, competunt vtiles: nam cum in ea causa sit venditor, vt eas debeat cedere, ex constitut. Diui Pij & vltro dantur vtiles non expectata cessione: & fere vbi est directa actio ex cessione, sine cessione, est vtilis in his speciebus, si nomen emptum sit legatum, in solutionem datum, vel si absentis nomine credita sit pecunia, *l. 1. §. nunc tractemus, D. de tut. & ration. distrah. l. ex legato, inf. de leg. l. 4. inf. si cert. petat.* denique in emptorem hereditatis non sunt actiones in inuitum ne vtiles quidem, emptori tamen hereditatis sunt vtiles sine cessione, vel directæ ex cessione. cur tam varia ratio? dixit Accursius in *l. 2. D. de* D *her. vend.* quia nemo potest seipsum obligatione liberare sine consensu creditoris: heres idemque venditor hereditatis obligauit se creditoribus hereditariis adeundo hereditatem. ergo solus non potest se liberare: At obligationem quam habet, potest in alium transferre, cedere alteri; & licet nondum transtulerit, tamen quia cogi potest vt transferat, & cedat, non absurde dantur vtiles non expectata cessione. ab hoc excipitur fiscus: nam si fiscus hereditatem sibi delatam alteri vendiderit, non agitur cum fisco, sed cum emptore hereditatis creditores experientur vtili actione, *l. 1. inf. de hered. vend. l. eum qui, D. de iu. fis.* Id prima specie pugnat cum *l. 2. & 3. inf. de quad. præs.* quæ vult, vt ne interpellentur vllo modo qui quid emerunt a fisco? dat passim securitatem his qui emerunt a E fisco, vt non possint conueniri vlla alia actione. ergo is qui emit hominem a fisco non potest vlla alia actione interpellari. & hoc est quod ait *d. l. 3.* cesset omnis actio. non potest ergo qui emit a fisco conueniri a creditoribus hereditariis: quo modo etiam aduersus *dd. ll. de quad. præs.* opponunt *l. 5. inf. de liber. cau.* quæ vult vt ancilla, quam quis emit a fisco, aduersus emptorem agat de statu, ergo is qui emit a fisco non est omnino & plene securus. opponitur *l. nec vllam §. item si quis a fisco, D. de petit. hered.* quæ vult, vt is qui emit hereditatem a fisco teneatur petitione hereditatis. sed ad *l. nec vllam §. item si quis* recte Accursius, atque etiam Fulgosius in *l. 1. de her. vend.* affirmant correctum esse §. *item si quis* a *d. l. 2.* quæ est Zenonis, idque constare ex §. *vlt. Instit. de vsucap.* quo demonstratur, ante Zenonem eum qui quid emisset a fisco potuisse interpellari intra quinquennium, post quinquenniũ non item: erat illi præscriptio quinquennium, non item actio post quinquennium, de qua in *l. nec vllam, & l. vlt. inf. si aduer. fisc.* etiam ante Zenonem potuit conueniri; sed intra quinquennium, qui emerat hereditatem a fisco, post quinquennium non item, sed non ita dicetur de *l. 5. inf. de liber. cau.* vti Thalelæus notat βασιλικῶν 48. Zeno vult neminem posse conueniri actione in rem de dominio vel hypotheca si emerit a fisco: cognitio de statu est in rem, §. *præiudicialis, de action.* sed neque de dominio neque de hypotheca. ergo potest interpellari is qui emit a fisco actione in rem, non de dominio, vel hypotheca, sed de statu, vt ancilla quam emit potest proclamare ad libertatem. sic etiam constitutione Zenonis non continetur quæstio de emptore hereditatis: nam si quis emerit a fisco hereditatem, poterit etiam conueniri a creditoribus hereditariis ex *d. l. 1.* quia id actum intelligitur inter emptorem hereditatis & fiscum. hinc excipiemus casum a constitutione Zenonis cum ita conuentum sit, vt emptor onera subiret, qui iubetur inuitus ex constitutione *l. 1. inf. de hered. vend.* ac proinde venditor quasi fideicommissarius Trebellianus, in emptorem omnes actiones transferet.

Ad l. 3.

Seruus creditoris meliorem causam domini facere potest: in deterius autem reformare nouo pacto non potest obligationem recte constitutam. PP. VIII. Kalend. April. Seuero 3. & Antonino AA. Coss.

QVod proponitur in hac l. non est inutile: nam hoc etsi scriptum sit de seruo, tamen locum habet & in filiofamilias, vt patris creditoris meliorem conditionem facere filiusfamilias possit, in deterius autem mutare recte constitutam obligationem non possit, *l. 7. D. de pact. dot. & l. filius, inf. hoc. tit.* Idem obtinet in procuratore, *l. ignorantis domini, D. de procurat.* & in beneficiario siue vasallo, vt meliorem conditionem domini facere possit, non deteriorem, *lib. 2. feudor. tit. 9.* Ergo quæ dicuntur de seruis, eadem dicta putemus & de filiisfamilias, & de procuratoribus, aut beneficiariis, nisi secus admonuerimus. Seruus obligationem recte constitutam nouo pacto in deteriorem reformare non potest, in meliorem potest: nec interest ipse seruus eam obligationem contraxerit, an dominus: nam neque a se, neque a domino constitutam recte obligationem seruus in deteriorem mutare potest. Ergo si paciscatur seruus solui minores vsuras, cum initio essent promissæ maiores, inutilis est pactio, quia contractus in deterius reformatur. reformare contractum est partem aliquam contractus emendare, repetere, retractare, *l. iurisgentium §. adeo, D. de pact.* quo loco vtitur vtroque verbo & *repetendi* & *reformandi*: & repetere est quasi repetere tabulas emptionis, quod Græcis ἐπαναχωρεῖν, quod est cessim redire: nam tunc cessim itur cum pars aliqua contractus emendatur & remittitur, reformare μετατυποῦν, quo verbo vsus est Harmenopulus *lib. 7. Epit.* & alio loco, sed corrupte: nam pro μετατυποῦν scriptum est, μεταποιεῖν: ἀμείβειν τὴν φύσιν καὶ μεταποιεῖν corrupte μεταποιεῖν pro μετατυποῦν: μετατυποῦν non est transformare, quo verbo nusquam vsi sunt nostri Iurisconsulti, sed interpretes sine auctore, sed est reformare, quod est partem aliquam contractus emendare, & omnino cum de pactis agunt vtuntur formandi & reformandi verbo. pactio format contractum cum dat ei legem, modum, formam aliquam: vt cum vendo ea lege vt tu satisdes euictionis nomine, non repromittas tantum, pactiones efficiunt, vt qui

idem nomen habet contractus, videatur nonnunquam esse dissimilis a cæteris contractibus idem nomen habentibus, quia pactiones variant contractus. Sed non tantum formant contractum pactiones quæ fiunt ex continenti, sed etiam ex interuallo recte habitum contractum reformant; vt si post perfectam venditionem paciscamur, vt pars tantum rei venierit, pars altera inempta sit: hæc pactio quæ fit ex interuallo reformat contractum, cum quasi cessim & retro agit contractum, vt partis tantum fiat venditio, non totius rei. totum mutare contractum hoc certe est tollere, non reformare: & hoc tamen modo etiam non potest seruus tollere contractum, si ex eo fiat domini conditio deterior. ergo neque reformare in deterius contractum, neque totum immutare contractum seruus potest in fraudem domini. recte autem dixi, post obligationem constitutam pactum a seruo interpositum, si ius domini inutile & deterius faciat non seruari. & vt dicam iterum, post obligationem constitutam non recte seruus paciscitur pactione noua quæ rem domini peiorem faciat: nam si per seruum ipsum dominus contraxerit obligationem, contrahendi tempore in ipso negotio seruus recte paciscitur, etiam de leuissimis vsuris si velit; vt si per seruum suum creditor pecuniam crediderit, seruus ipso credendi tempore paciscetur leuissimas vsuras tantum stipulatione adhibita, cum in credita pecunia vsuræ non debeantur nisi adhibita stipulatione; ergo poterit conuenire in ipso contractu de leuissimis vsuris, aut pacisci etiam poterit in ipso credendi tempore ne pecunia petatur intra certum tempus, *l. sin autem, D. de pact. l. apud §. in hac exceptione, D. de dol. except.* ergo seruus, per quem contrahit dominus, potest in ipso contractu leges dicere peiores, id est, quibus fiat conditio domini peior: quia de se queri debet dominus, qui in eo voluit vti opera serui: alioqui si seruus sponte contrahat, neque ex continenti, vel interuallo paciscendo, neque iureiurando, conditio domini deterior fieri potest: sed fiet deterior, vt dixi, si contrahat iussu & voluntate domini, & in eo ipso contractu legem aliquam dicat deteriorem. hæc lex nocebit domino qui eum contractus sui administratorem esse voluit. facit etiam seruus conditionem domini deteriorem non acquirendo, *l. vlt. inf. de acq. poss.* cuius quæstio non explicatur dilucide. agitur de possessione quam possidemus per seruum nostrum, per procuratorem, colonum, aut inquilinum. Finge: possideo rem alienam animo meo, & corpore serui, aut procuratoris, coloni, aut inquilini. si seruus vel procurator decedat, de possessione, an amitto possessionem? distinguendum est: aut discedit non deserendæ possessionis animo, & hoc casu possessionem non amitto: possessio non acquiritur nisi corpore & animo, non amitto nisi corpore & animo. Sed si seruus per se possessionem animo deserendæ possessionis & aperiendæ alteri discesserit, quæritur an possessionem amittam. & Sabiniani existimabant me possessionem amittere, quasi seruus possessionem meam interuerterit. & idem in *l. si colonus, D. de acq. poss.* si colonus non animo deserendæ possessionis discesserit. ex quibus verbis licet ex ἀντιδιαστολῆς, id est, a contrario sensu colligere, quod si discesserit deserendæ possessionis animo damnum infligit possessionis domino suo, *l. si de eo §. 1. eod. tit.* Sed Proculianis aliud erat iudicium, quorum sententiam probat Iustinianus *l. vlt.* vt si seruus discesserit animo prodendæ possessionis alteri, tamen non amittam possessionem, & congruit cum lege *cum quis, de dol.* ne malignitas serui damnum possessionis domino afferat, ne domini conditio fiat deterior. Sed quid fiet si misero seruum meum vt possessionem adipisceretur, & is dolo malo noluit adipisci, & in eo quod iusseram perfide & negligenter se gessit, an nocet mihi malitia & negli-

A gentia serui quem miseram possessionis apprehendendæ causa? mihi nocebit negligentia, cum videar adeptus possessionem mihi per seruum quem miseram qui apprehenderet, quandoquidem acquirendi animo destricte miserim. Itaque videor possessionem adeptus cum miserim hominem. sed hoc casu definitur in ea *l. vlt.* me non videri adeptum possessionem, & negligentiam serui mihi nocere. nec obstare regulam illam, quæ dicit, seruum meliorem conditionem facere posse, deteriorem non posse: nam ea regula in acquirendis locum non habet, sed cum damno rei suæ dominus periclitatur, non cum lucrum acquirit per seruum. Ad summam, eo res abiit, vt facto serui mei possessionem quam per eum possidebam non amit-
B tam, facto tamen serui mei vt possessionem quam per eum acquirere parabam, non acquiram illo possessionem non apprehendente. Ergo potest conditio domini deterior fieri in non acquirendo, non in amittendo eo quod acquisitum sit semel, siue dominium sit, siue possessio, siue obligatio. Facit etiam seruus domini conditionem deteriorem delinquendo: quia dominus ex maleficij causa compellitur seruum noxæ dedere, id est seruo carere, si nolit sufferre æstimationem litis, *l. 1. §. quod igitur, D. de vi & vi arm.* Cum inquit, dominus maleficij causa seruum noxæ dederit, id in damno debet reputare, cum seruus hoc possit domini deteriorem conditionem facere. *cum seruus hoc*, id est *in hoc*, vt βασιλικά, ἐν τούτῳ, vertunt, id est, delinquendo fieri potest vt subeat iudicium noxæ, atque compellatur vel damnum præstare, id est noxam sarci-
C re, vel seruo carere. Sed idem dici non potest in filiofamil. qui delinquendo deteriorem conditionem patris non facit, nec procurator, colonus, aut inquilinus: quia filijfamil. nomine non est actio noxalis, *§. vlt. Inst. de action.* noxa olim fuit & filijfamil. vt liberi hominis nomine, ex 12. tab. cum liber homo qui furtum fecerat, dedebatur ei cui furtum fecerat. hodie nulla fit deditio, nullus nexus liberi hominis: & videtur *l. 3. §. proinde, D. de lib. hom. exhib.* significari etiam liberum hominem noxæ dedi: nam dicit interdicto de lib. hom. exhib. eum tantum teneri, qui dolo malo retinet hominem liberum: porro eum non retinere dolo malo liberum hominem qui retinet suum libertum, in quem est patronis propria quædam affectio, vel qui retinet suum alumnum, quem educatores vnice di-
D ligunt ac si filium. ergo qui retinet libertum vel alumnum suum, quamuis hominem liberum retineat, tamen non tenetur interdicto de liber. hom. exhib. quia caret dolo malo qui iustã causam habet retinendi hominem liberum. idem si quis noxæ deditum impuberem adhuc retineat: nam in hunc non est interdictum de hom. lib. exhib. quod tamen non accipiendum est, ac si liber homo posset noxæ dedi, puta filiusfamil. ex noxæ causa, sed ita est ponenda species, vt fuerit statuliber noxæ deditus: statuliber seruus est qui sperat libertatem. si statuliber noxæ deditus sit, & conditio libertatis existat, tunc incipit liber homo esse apud eum cui deditus fuit initio quasi seruus, ergo retinendi eius iustam causam non habet qui peruenit ad libertatem. vim inferre libertati ad quam peruenit statuliber non potest is cui deditus est. ergo tenetur interdicto de lib. hom. exhib. nisi impuberem
E non exhibeat & dimittat, nisi adhuc sit impubes: nam retinendi hominis liberi impuberis est iusta ratio, quia hæc ætas quæ est infirmissima, & vt Aristoteles ait, εὐεξαπάτητος: cui facile imponi potest, maxime indiget custodia. ergo si statuliber qui est noxæ deditus existente conditione peruenerit ad libertatem & sit impubes, non continuo debeo dimittere; quinimo si pietate moueor, si ætatis rationem habeo, debeo illum adhuc retinere quoad existat aliquis cui possim tuto dimittere. & impuberem noxæ dedi non est

nouum, si sit doli capax & proximus pubertati, §. *pen. Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* ergo impubes statuliber, qui doli capax erat & furtum fecerat, fuit noxæ deditus, & cum esset apud eum cui noxam fecerat, peruenit ad libertatem. itaque si eum non dimittat, non tenebitur interdicto de lib. hom. exhib. cum sit iusta retinendi ratio, & ita explicanda est hæc *l.* 3. Ego ostendi in eo differre seruum a filiofamilias, quod seruus facit deteriorem conditionem domini delinquendo, filiusfamilias non facit, *d. l.* 3. eiusdem rationis est filiusfam. in *l.* 23. hic, cuius interpretationem sic nos adgrediemur. Quæritur, an filius paciscẽdo, aut debitũ accipiendo, nihil detrahat patris obligationi? filius paciscẽdo non potest renouare obligationẽ recte constitutam, non potest in deterius reformare paciscendo, nec debitũ accipiendo. quid dicemus? eum qui soluit filiofamil. inuito patre non liberari, vt de seruis proditũ est in *l. si seruus legatus* §. 1. *D. de leg.* 1. seruo meo me inuito nõ soluitur recte. Item filio meo me inuito nõ soluitur recte, & qui soluit nihil detrahit meæ obligationi. sed potest ita res explicari. Acceptatio debiti, puta pecuniæ vel vsurarum, nonnumquã vim habet taciti pacti. Finge: filiusfamil. diu accepit minores vsuras, per multa tempora, puta per annos 10. cum tamen initio essent promissæ grauiores vsuræ. alias hæc acceptatio, quo verbo significamus acceptionem, habet vim taciti pacti, vt non petantur grauiores, sed leuiores, quæ diu exactæ sunt, *l. qui semisses, D. de vsur.* sed ita debitum accipiendo filius non reformabit recte institutam obligationem. ergo si filius meus leuiores diu accepit vsuras, vel ex suo, vel ex meo contractu, cum essent initio promissæ mihi grauiores: semper erit grauiorum exactio, quia non potuit filius vsuras accipiendo leuiores, deteriorem meam conditionem facere. Rursus hæc regula, vt seruus conditionem domini meliorem facere possit, deteriorem non item, locum habet in rebus dominicis. videamus an locum habeat, vel quatenus in rebus peculiaribus. Serui nihil proprium habent, sic iactatur vulgo. imo vero aliquid habent proprium conniuentibus dominis: nam & dominis plerunque soluunt pro capite pretium, feriunt muneribus dominos. conqueritur seruus ille, quod semper de demenso suo defraudetur, quod semper sit afficiendus dominus muneribus. & dato etiam peculio separantur bona domini, a bonis serui, *l.* 4. *D. de pecul.* & *l. per seruum* §. 1. *D. de acq. rer. dom.* separatur substantia domini a ratione serui, & peculium est quasi patrimonium serui *l.* 40. *D. de pecul.* & seruus vicarius, qui est peculiaris seruus, est quasi seruus ordinarij serui: ergo in rebus peculiaribus videntur serui omnia posse, quia vice dominorum funguntur, & in rebus peculiaribus omnia possunt serui & filijfamil. maxime si liberam habeant peculij administrationem, dum ne quid agant donandi causa, & ita scriptum est in *l. contra* §. *vlt. D. de pact. l.* 1. §. 1. *D. quæ res pig. oblig. poss.* possunt res peculiares vendere, permutare, nouare, exigere, transigere, soluere, suo arbitratu: sed donare & perdere res peculiares non possunt. ergo si paciscantur donandi animo, de non petenda pecunia quæ debetur ex causa peculiari, inutilis est pactio, etsi habeant liberam peculij administrationem: & idem in procuratore qui habet liberam omnium bonorum administrationem: nam huic omnia libera, præter donationem, *l. mandato, D. de procur.* vbi pro *decidendi* est legendum *deminuendi*, vt quodam loco probaui multis, dum dicit procuratores, qui habent generale mandatum, non posse transigere decidendi causa, quod est iniquum & falsum, quia procurator decidere de lite potest, transigere decidendæ litis causa, dirimendi ambigui causa, vt de tutore proditum est iisdem verbis in *l. Lucius* §.

A *vlt. D. de admin. tutor.* qui etiam habent omnium bonorum liberam administrationem: nam quod dicunt interesse inter procuratorem qui habet generale mandatum, ab eo qui habet liberam administrationem, nugatorium est, quia prorsus idem est. Ergo his omnibus procuratoribus, puta qui habent liberam administrationem omnium bonorum, & filiis, & seruis, qui habent peculij administrationem, omnia licent præter donationem rerum peculiarium: & eadem ratione etiam adiiciemus, præter votum: nam & votum species quædam donationis est: nam seruus, aut filiusfam. nihil possunt vouere sine auctoritate patris, aut domini, & si quid voueat, voti nuncupatio, sponsio illum non obligat, cum alias ex voto sit obligatio. si
B quid paterfamil. voueat pubes, sui iuris, obligatus est is qui vouit & heres eius, vt rem quam vouit soluat. Cæterum filijfamil. aut serui qui per patrem aut dominos ex voto quem serui vel filijfamil. ipsi fecerunt, non obligantur, *l.* 2. *D. de pollicit.* & hos duos casus voti, & donationis, etiam Accur. notauit hoc loco. sed præter hos duos casus annotat Accurs. alios, qui tantum ad seruum pertinent: si seruus se emi mandauerit, quem casum male scindit in duos, puta & si se vendiderit: nam hic secundus poni nullo modo potest: nam seruus se ipsum vendere non potest. Igitur si seruus se emi mandauerit, nullum est mandatum, *l. seruus, & l. cum seruus, D. mand.* seruus mandauit extero vt se emeret a domino, nullũ est mãdatum, *d. l. cum seruus* &
C ideo extraneus, qui mandatũ suscepit, quique fidẽ dedit seruo se empturum, contracto mandato non poterit cum domino agere act. mand. de peculio, vt scilicet eum seruum vendat. tenetur quidẽ de peculio ex contractu serui. seruus contraxit mandatum de seipso vendendo. videtur ergo posse dominus conueniri ex eo mandato, vt eum seruum vendat: sed quia nullum est mandatum, non conuenietur. & ita hic est vnus casus quo dominus non tenetur de peculio, & sequentes casus, quos notat Accurs. eo spectant, vt non teneatur dominus de peculio ex contractu serui. At finge: seruus se emendum curauit vt manumitteretur, & ita quidam, cui hoc mandauit seruus, promisit se empturum, & emptum manumissurum, eumque extraneus suis nummis emit: alioqui non libe-
D raretur iudicio venditi, nisi suis nummis emisset, quoniam cogitur emptor facere nummos accipientis, licet non teneatur venditor facere rem accipientis. Igitur si emerit seruum suis nummis, postea non poterit agere cum domino actione mand. de peculio, vt repetat pretium quod numerauit de suo: alioqui si verum esset mandatum, dominus confestim cogeretur reddere pecuniam actione mand. de peculio: & Prætor, qui dedit actionem de peculio ex negotio gesto cum seruo, non videtur cogitasse de his contractibus, quibus serui se dominis mala ratione auferunt. Igitur non dat mandati de peculio actionem, quia nullum est mandatum. Et e contrario etiam non aget dominus serui aduersus emptorem contraria actione mandati, vt seruus manumittatur nisi ex casu; hoc
E est, affectionis ratione. affectio pro necessitudine hic accipitur. quæ ratio facit, vt agam vltro necessariæ personæ nomine, *l. sed & hæ personæ, D. de procur.* quæ mihi actio non competit, ea aget is qui mihi necessitudine coniunctus est, etiam me inuito & ignorante, vt puta liberi licet sint in potestate, item parentes, & fratres & affines, & liberti. affectionis ratio facit vt agat hic venditor actione mand. non vt dominus, sed vt propinquus, atque ita affectio ponitur pro necessitudine. Finge aliter contractum mandatum inter seruum & extraneum, puta mandasse seruum extraneo vt se emeret ea lege vt redimeretur, sit quotidie in emptione pactio de reuendendo, sed est quædam pactio de redimendo, de qua *l. seruus, mand.* alia

de qua agitur in *l. cum seruus*, *D. mand.* quæ est quoque de redimendo seruo, nec vtriusque pactionis eadem ratio, distinguere vnum ab altero oportet. Finge ergo: mandauit seruus extraneo vt se emeret, ea lege vt redimeretur. mandati actio vltro citroque est, & is qui emit promisit se reuenditurum intra annum vnum aut alterum. an ergo ex mandato potest compelli venditor act. mand. vt eum seruum redimat? minime. vt redimat compelli non potest. ita venditor redimere compelli non potest, quia nullum est mandatum, quia titulus de peculio nihil pertinet ad eos contractus, quibus serui se dominis auferunt malo more. Ergo, vt ait *l. seruus.*, non erit ei actio vlla mandati in dominum de peculio. vbi vltro, est actio contraria quæ datur ex aduerso siue ex contrario, *l. 2. & vlt. D. de negot. gest.* huic autem articulo contra, videtur esse contrarius articulus *vltro*, sed tamen contra actio ei datur nonnumquam vltro, id est, etiam si non agatur directa actione, *l. in commodato §. 1. D. commod.* cum ergo agitur directa, contraria datur. contra, cum non agitur directa, contraria datur vltro, *l. sed an vltro, D. de neg. gest. & l. 29. in fi. D. famil. ercisc.* idem est contra, & vltro. sed illo casu non habebunt actionem mandati qua compellantur redimere eumdem seruum si se mandauerit emendum vt redimeretur. non habebit venditor actionem mandati qua compellat extraneum vt reuendat nisi affectus ratione, cum his quem vendidit est pater vel filius, quæ omnes species erant explicandæ vt intelligerentur ea quæ ponuntur in *l. cum seruus*, *D. mand.* alios casus Accursius refert quos nos explicabimus die crastina.

Heri diximus ex *l. 3.* seruum creditoris, obligationem recte constitutam noua pactione in melius, non in peius reformare posse, & quid esset reformare: pacta formare & reformare contractum, formare initio, reformare ex interuallo pactione noua. sic loquitur *l. 3.* & quodammodo nouum contractum fieri, & pertinere eam regulam etiam ad filiosfam. & procuratores, & omnino ad alios quoscunque vicarios, & perdere suum officium domino contrahente per seruum: nam in eo cotractu seruo licere pacisci etiam id quo domini conditio deterior fiat, vitiari seruo non acquirente, vbi exposui sententiam legis *vlt inf. de acq. poss.* vitiari seruo delinquente, propter noxalem actionem quam patitur dominus ex maleficio serui: sed id constitui non posse in liberis hominibus, quibus nulla competit actio noxalis, vbi satis difficilem enodaui locum *l. 3. §, proinde*, *D. de hom. lib exhib.* & adduxi interpretationem *l. 23. huius tit.* quæ idem in filiosfam. constituit quod *l. 3.* in seruo, & ne quid eorum quæ Accurs. tractauit prætermitterem, separaui rem dominicam a re peculiari. in re dominica nihil seruum posse in fraudem domini, in re vero peculiari omnia posse quasi dominum, dum ne quid agat donandi causa. Idem in filiosfam. & procuratore, donando nihil agere, etiam si habeant liberam bonorum administrationem. idem in votis obseruari: deinde alios casus explicauimus quos tradit hic Accurs. seruis proprios, non communes cum filijsfam. Primus hic fuit, si seruus se emi extero mandauerit vel simpliciter, vel addita lege vt manumitteretur, vel vt reuenderetur: vbi satis heri disserui quæ esset sententia *l. seruus meus*, & *l. cum seruus*, *D. mand.*

Nunc tractabo reliquos casus, & breuiter, quia huius loci non erant, traditos ab Accurs. quibus domini non tenentur de peculio. hi tres sunt casus seruis proprij: nam etiam his casib. pater tenetur de peculio, sed non dominus. Si seruus fideiusserit pro alio extra rem dominicam, vel peculiarem. debuit plenius dicere Accurs. si intercesserit pro alio, *l. in persona §. 1. D. de pact.* l. 3. §. *si filiusfam. D. de pecul.* si seruus compromiserit in arbitrum. hic est 2. casus, & 3. si iudicium susceperit & condemnatus fuerit, & iusiurandum de-

A tulerit. his casibus ex sententia Sabini, quæ obtinuit, quia seruus neque est intercessor, nec litigator idoneus, dominus de peculio iure prætorio non tenetur. & quemadmodum ex his casibus seruus ipse nec naturali quidem iure teneri videtur, qui alias ex contractu vel quasi contractu naturaliter obligatur, idque ex Sabinianorum disciplina, vt dicitur in *l. 3. §. si filiusfam. ex Sabini & Cassij sententia & duab. seqq. D. de pecul. l. depositi §. 1. l. quotiens §. 1. eo. tit. l. 19. & 20. D. de fideiuss.* contra tamen eam definitionem adducitur *l. quidam*, *D. d. iureiur.* quæ dicit, dominum teneri de peculio quosdam putare, si seruus actori detulerit iusiurandum
B in iudicio, & vt eam l. adducant in concordiam, frustra laborant, quandoquidem in *l. quidam* refertur sententia Proculeianorum, *quidam putant*, nempe Proculeiani. sed dicendum est, obtinuisse sententiam Sabinianorum, & supradictis casibus cum intercessit seruus pro alio, quia non idoneus est intercessor, nullus est intercessor: vel cum compromisit in arbitrum: vel cum iudicio sistit & accepit subijtque condemnationem; vel cum in iudicio actori iusiurandum detulit, quia seruus non est litigator idoneus, non est idonea persona quæ possit stare in iudicio. Ideo ex his casibus non obligat dominum de peculio, perinde ac si ipse nec censeatur naturaliter obligatus. His casibus exceptis, seruus obligatur ijs cum quibus contrahit, sed præterea ad causam peculiatem obligatur naturaliter, & consequenter dominus de peculio. & hæc sufficient ad *l. 3.*

C

Ad l. 4.

Postquam liti de prædio mota renuntiasti, causam finitam instaurari posse nulla ratio iuris permittit. PP. iiij. id. Feb. Albino & Æmiliano Coss.

AIt *l. 3. postquam liti de prædio mota renunciasti, &c.* Fuit igitur lis de prædio, rei vindicatio, puta. qui vindicabat prædium, renuntiauit liti. renuntiare liti videtur actor, qui postquam litem contestatus est, deserit eam in totum, quam contestatus est cum alio, cum agendi deponit animum, *l. Papinianus §. vlt. & l. seq. D. de minor. l. destitisse, D. de iudic.* quibus locis I.C. vtitur verbo renuntiandi. sed exempla esse necesse est, vt res sit dilucidior. finge; impugnat aliquis testam. per querelã, vel ex causa exheredationis, vel ex causa præteritionis,
D quasi in officiosum vel quasi iniustum testam. deinde mittit istã quæstionẽ omnino, & legatum ex testam. petit. videtur renuntiasse priori quæstioni, priori liti, quia quod ante impugnabat testamentum, id amplectitur modo, & ex eo legatum sibi deberi intendit: & aperte dicitur hunc videri renuntiasse liti, *l. si filius, D. de minor.* Et hoc quidem modo qui renunciat liti, tacite pactus videtur ne amplius eo genere actionis experiatur. deseritur lis, id est, si quis a lite desistat in vniuersum. actionis tacita remissio est, siue tacita pactio, ne amplius agatur: transactio non est, quia nihil datur, retinetur, promittitur, *l. transactio, tit seq.* & ob id recte hæc lex posita est sub *tit de pact.* quia renunciatio
E litis tacita pactio est, ne eadem lis redintegretur vnquam, *l. qui destiterit, ad SC. Turp. D.* qui destiterit, agere amplius & accusare prohibetur. qui destitit, id est, qui abstinuit lite in vniuersum, quæ pertinet ad SC. Turpillianum, sub quo est posita, quia qui destitit ab accusatione non tantum eam accusationem non potest repetere ex integro, sed plectitur quasi calumniator, & tergiuersator ex SC. Turp. nam nobis est tergiuersator, qui in vniuersum destitit a lite, & qui tergum vertit, qui omnino destitit a lite. sed alias tergiuersari dicimus eum qui in vniuersum a lite non desistit, sed in ea cunctatur, moratur, frustratur, moras nectit trahitque, vnde veteribus glossis tergiuersatio est φιλοδικία, & πέλκαμψις, μέλλησμός, & cunctatio hæc

non coercetur, qui etiam desistit in vniuersum ab actione ciuili: non coercetur, sed qui ab accusatione in totum desistit, coercetur: quia habetur pro calumniatore, id est calumniatus ab initio improbe videtur. ergo vt propius ea quæ pertinent ad legem explicemus: Si is qui destitit a lite ciuili, denuo eadem actione experiatur, repelletur exceptione pacti, quia tacite pactus videtur, ne amplius agat, vel exceptione doli, vel in factum. Ergo renuntiatione ipso iure non finitur, sed per exceptionem. & ita sunt accipienda verba *causam finitam instaurari non posse.* Causa vel lis finitur transactione, pactione, iudicato, longo silentio, nec quæ ex his aliquo modo finita est, eius litis instaurandæ ius est. vtuntur sæpe auctores nimirum his verbis, *instauranda litis, maxime in tit. seq.* quæ & veteres glossæ his verbis interpretantur παλινδικίας, quæ post rem iudicatam instituitur vno verbo reparatio appellatur. Nicetas in Alexio, ἀπῄτει παλινδικίαν, & Hesychius. παλινδικία ἡ ἐξ ἀρχῆς δίκη. sed & quælibet litis quoquomodo finitæ retractatio παλινδικία est. Ergo hæc lex.1 quæ vetat postquam liti de prædio motæ renuntiatum est, causam finitam instaurari posse, vetat παλινδικίαν. Porro hoc loco Bartolus instantiam confundit cum lite, ineptissime. differre ex eo liquet, quod litis bonæ mala esse instantia potest, *l. & post edictum D. de iudic.* Tertullianus *libro de patientia: quoties instantia, inquit, eius deterior inuenta est causis suis. instantia, inquit, deterior fuit lite,* id est, sæpe qui bonam causam habent, id est iustam litem, hi eam exequuntur male, id est instant male, vrgent male. id etiam ex eo liquet, quod etiam si is qui renuntiauit liti videatur renuntiare instantiæ, non continuo renuntiat liti. cui perit instantia, non continuo perit lis, *d. l. & post edictum.* si actor qui impetrauit tria edicta, & postremo peremptorium edictum, si die cognitionis non adsit, circumscribitur edictum, id est, reo qui venit eo die quo ius datur, paruitque edicto peremptorio, abeundi ius datur: quia ex circumductione edicti sequitur peremptio instantiæ, lis salua manet, quia licebit ex integro litigare, cui perit instantia, non perit etiam lis: & ita etiam ex *l. properandum, D. de iudic. & l. vlt. vt int. cer. tem. crimin. quæst. term.* si non peragatur causa ciuilis intra biennium, causa criminalis intra triennium, lapsu biennij aut triennij perimetur instantia, id est relaxabitur reus obseruatione iudicij, non perimitur actio, lis: nam contestatione lis perpetuatur, tantum ab est vt a contestatione intra biennium duntaxat perduret, *l. aliam, D. de nouat.* id est, si sit actio temporaria, contestatione fit perpetua, & si sit perpetua, per contestationem prorogatur in annos 40. cum tamen non soleat perpetua actio durare vltra annos 30. *l. vlt. inf. de præs. 30 anno,* & ita Accur. hic annotat recte, cuius omnia quæ in hac lege annotauit mihi magnopere probantur, non minori studio quam quæcunque post Accur. aut contra Accurs. dicta sunt a me improbantur. Instantia ergo quid sit liquet ex his quæ supra dixi: quid est instantia? est obseruatio eiusdem iudicis iudiciique, est in eodem iudicio constans permansio, & perseueratio, lis plus quiddam est, lis complectitur actionem, sed, vt dixi, Bartol. male confundit litem & instantiam, docet ita agi: conuentio facta in vna re, non nocet in alia re, propositio est vera, falsa assumptio hæc. conuentio de qua agitur in hac l. est de instantia, quia est de lite, & lis nihil aliud est quam instantia, ergo hæc conuentio de qua agitur in hac l. non debet nocere in actione, id est, is qui renunciauit liti, non videtur renuntiare actioni. Resp. falsam esse assumptionem, litis nomine significari non tantum instantiam, sed & actionem, *l. litis, D de verb. signif.* quam interpretatur *l. lis nulla D. de iudic* coniuncta cũ *l. cum seruo, D. de reg. iur.* coniungenda est alia alij, nam

& vtraque est ex eodem libro Caij primo ad edictum prouinciale, vna ait, litem nullam esse cum filiofam. alia ait, nullam actionem esse cum seruo. Ergo litis nomen complectitur non instantiam tantum, sed & actionem, & cum liti renuntiamus, actioni renuntiamus: litis ergo renuntiatio actionis remissio est, si non ipso iure, saltem, per exceptionem. Nam quod ait Bartol. respondens eum qui renuntiat instantiæ videri renuntiare falsum esse docuimus supra: nam cum perit instantia actionis, non perit actio, non est ergo verum eum qui renuntia instantiæ, renuntia re actioni, probat male arg. *l. illud, D. de adq. hered.* vbi ponitur testamento heres scriptus is, qui etiam poterat testatori ab intestato succedere, & eum repudiare hereditatem legitimam. per hereditatem legitimam quam repudiat, inquit lex, videtur etiam repudiare testamentariam, quia necesse est repudiari prius hereditatem ex testamento, quam deferri ab intestato: vnde eodem modo quo repudiat hereditatem legitimam ab intestato, quæ posterior est, videtur ex testamento repudiare. vnde ita colligit: prior est actio instantia, hoc est certum: ergo qui repudiat instantiam, statim repudiat actionem, quæ instantia prior est: atque ita a scriptione *d. l. illud* vel sibi, vel nobis imponit: sed considerandum est in *l. illum* duos esse iure repudiandæ hereditatis modos: vnũ ex testamento, alterum ab intestato. posteriori iure repudiato consequenter repudiari prius. sed in specie quam tractamus vnum est ius, vna actio, quæ certe non remittitur, licet persequendi instantia remittatur: posterioris iuris remissio, est & remissio prioris, quoties consequitur aliud ex alio, quæ consequutio non est cum vnum ius tantum est. id ergo manet semper nisi remissum est nominatim, id est, actio salua est, etiam si ea agere non pergam, aut si ei exequendæ non instem. male & idem auctor ait, post litem contestam non posse remitti instantiam nisi primum remittatur actio, quod etiam falsum esse liquet ex superioribus, ex *d. l. & post edictũ & l. properandum,* quibus locis ostenditur perire instantiam etiam si prius non perierit actio, nec post peremptionem instantiæ perire etiam litem, ergo qui renuntiat instantiæ vt sit vtilis renuntiatio non necesse est, vt prius renuntiet actioni; sed accuratius separanda est lis & instantia, nec admittenda est differentia vtriusque vocabuli illa, quam introducit Bartol. qui etiam vt probet non posse renuntiari instantiæ, nisi renuntietur actioni, male adducit. *l. edita 3. de eden.* quæ dicit actionem editam mutari posse vel emendari. mutatur actio cuius nomen mutatur. emendatur actio cuius nomine retento quædam aliæ partes mutantur. ex eo male colligas te non posse instantiam remittere nisi prius remiseris actionem. Idem male probat, ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ, futuræ scilicet, licet non renuntietur actioni. id probat ex *l. & post edictum, D. de iudic.* ante litem contestatam renuntiari posse instantiæ futuræ, licet non renuntietur actioni, ac si ea quæ dicuntur in *l. & post edictum* referantur ad tempus, quo lis contestata non est, cum longe aliter se res habeat. nam quæcumque habentur illo titulo de tribus edictis & peremptorio, post litem contestatam locum habent, cum actor aut reus deserit litem contestatam, quod significat *l. & tertium, eod. tit.* cum vtitur verbo tergiuersati: nam numquam dicitur tergiuersari nisi post litem, *l. 1. ad Turpill.* quæ loquitur de eadem re, dum ait, si litem inchoatam deserit, & Harmenopulus *lib. 1. epit tit. 4.* qui addit post litis contestationem, μετὰ προκατάρξιν, atque etiã Eustathius lib. περὶ χρόνων, περὶ δέκα ἡμερῶν. Ergo ex *l. & post edictum* id potius colligam, eum qui post litem contestatam renuntiat instantiæ, non videri renuntiasse actioni, & cui post litem contestatam perit instantia, non perire etiam actionem. eum qui post litem

contestatam renunciat instantiæ, non videri renunciare actioni. idem ait male, hodie etiam post actionem dictatam, editam & aduersarium vocatum in ius, non posse actorem discedere a lite, ex *Nou. de litigio.* 112. Bartol. ex ea Nou. definit eum qui vocauit aduersarium in ius non posse pœnitere & abstinere improba lite, sed in ea perseuerare debere vsque ad finem, cum hæc Nou. vetet tantum differri litem. non desistit a lite qui differt, *l. destitisse, D. de iudic.* eum qui semel egerit, actionem dictauerit, debere litem exequi vsque ad finem, non inde vero affirmo cum non posse in vniuersum desistere. illa Nou. vetat tantum differre litem: ergo dum vult vt agere perseueret, hoc vult, vt ne cunctetur, moretur, frustretur, differat negotium, vt vno tenore rem peragat, non etiam vt si hoc satius esse aduerterit, lite abstineat in vniuersum, & bonam fidem agnoscat. ea verba huius Nou. effecerunt vt plerique putarint hodie actionem semel editam non posse mutari vel emendari, cum dicat Nou. esse perseuerandum vsque ad finem. sed nihil eis verbis permoueri debemus: nam facile admittetur vt debeat quis perseueranter exequi eandem litem, sine interruptione, aut mora vlla, is qui dictauit actionem aptam negotio proposito. ergo si ea actio quam elegi fuerit congrua, debeo eam constanter exequi. sed si non fuerit congrua, integrum mihi erit mutare vel emendare ex *l. edita.* Sed sunt in eo auctore permulta quæ quia sunt facilia, vobis legenda relinquemus: die crastina veniemus ad *l.* 5.

Ad l. 5.

Creditori tuo si partem pecuniæ exoluisti, de parte vero non petenda inter te & eum non conuenit ob causas negotiaque eius tuo patrocinio fideque defensas, ea obligatione partim ciuili iure, partim honorario liberatus es. Nam exceptio perpetua pacti conuenti, vel doli, residui petitionem repellit: cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset. PP. VIII. Kalend. Aug. Romæ Ant. A. 4. & Balbino Coss.

Lex 5. scripta est ad Demagoram, qui vt nomine, ita re erat Demagoras, id est, patronus causarum, vt verba huius rescripti demonstrant *ob causas tuo patrocinio defensas,* & species hæc est. Aduocatus quidam debuit Titio centum. soluit ei L. & de reliquis L. cum Titio pepigit ne peterentur, vt scilicet, vt lex ait, hanc sui patrocinij quo Titij causas defendendas susceperat, veluti mercedem retineret. quæritur an aduocatus omnino liberatus sit? & aiunt Impp. eum esse liberatum partim iure ciuili, partim prætorio: liberatus est iure ciuili, pro parte quam soluit, iure prætorio pro parte de qua non petenda pepigit. Solutione iure ciuili liberamur, ergo ipso iure. pacto iure ciuili non liberamur, §. *præterea, Instit. de except.* nam integra est creditori actio etiam si cum eo pepigerim ne peteretur: iure tamen prætorio per pactum liberamur, id est, per exceptionem pacti conuenti, vel doli, vel in factum; nam hæ tres exceptiones concurrunt semper: & ita in hac *l.* verbum *liberatus* bifariam accipitur, vt solutione liberatus sit ipso iure: pacto per exceptionem. cur non etiam pacto liberatur ipso iure? quia vt certi sunt modi cōstituendæ, ita & tollendæ obligationis, & vero certos etiam modos esse tam constituendæ quam tollendæ obligationis necesse fuit. qua de causa quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi, *l. obligationum* §. *placet D. de oblig. & action.* Et hi modi sunt solutio, delegatio, nouatio, acceptilatio, cōtrarius actus: vnde ita colligamus vt M. Tullius in orat. pro Cæcinna, si per has rationes liberari maiores voluerunt, intelligemus alio modo noluisse nos liberari pacto, ipso iure scilicet, sed Prætor liberationē introduxit per modum viamque exceptionis. & hoc est quod dicitur, pacta iure non contineri, sed facto, in pacto ius non contineri, sed factum, pacta facti esse non iuris, *l. si vnus* §. *pactus, D. de pact.* eadē ratione qua dicitur in *l. inter, D. de adm. tut.* diuisionem tutelæ non esse iuris, sed iurisdictionis. diuisio nominum est iuris, quia fit iure inter heredes ex 12. tab. pro portionibus hereditarijs, diuisio tutelæ non est iuris, sed per Prætorem fit. & ita pacta non sunt iuris, id est, vim suam non exercent ipso iure, siue αὐτομάτως, id est, sua sponte, sua vi, nullo intrinsecus adhibito adminiculo. deniquepacta vim suam non exercent sponte sua per se vel ipso iure, sed Prætoris auxilio, id est, facto, nimirum exceptione opposita & allegata postquam postulata fuerit: nam si mihi debeantur C. & pepigerim de non petenda pecunia, erit efficax actio in C. si debitor non petierit exceptionem pacti, vel si non opposuerit, omnino enim exceptiones factum exigunt, *l. Papinianus, D. de Publ. in rem act* cum non opponitur exceptio, qua tutus est reus, redditur actio efficax. ergo facto opus est vt vis pacto supersit aliqua: nam ipso iure pacta vim suam neque exerunt neque exercent. qua de causa necesse erit petita actione vel data creditori in iure, debitorem postulare exceptionem adiungi actioni: nam is erat mos vt actioni statim adiungeretur exceptio in iure, id est, apud Prætorem, non in iudicio, *l. 7. de cond. instit. in ipsa actione,* inquit, *exceptione tuendus esset promissor.* quæ verba sunt notanda, quia. actioni mox additur exceptio quæ postulata est. & vt ait Cornificius 1. ad Herenn. in priuata actione prætoriæ exceptiones sunt. & ita accipitur *l. ex contractu, D. de re ind.* dum dicit, ita dari actionem iudicati nisi culpa tutorum pupilla condemnata est, id est, dari actionem iudicati addita illa exceptione, quæ addebatur in iure, vt dixi, quia in iure dabatur actio, non in iudicio. nam in iudicio raro quæritur an sit actio vel exceptio, cuiusmodi quæstiones Rhetores vocant translationes, & docent rectè huiusmodi quæstiones incidere plerumque in iure, vt idem Cornificius eodem loco, & M. Tullius 2. *de inuent.* cum quæritur an sit actio, an is agat quem oportet agere, an agat cum quo oportet, an quo tempore, quo loco, hæc omnia disceptantur in iure, id est, apud Prætorem: nam & ibi, inquit Tullius, postulantur exceptiones, & agendi potestas datur, & conceptio priuatorum iudiciorum constituitur. Itaque est quodammodo duplex actio: nam apud Prætorem *cui, quo, quando,* & de loco omni disputatur, postulatur actio & exceptio: deinde coram iudice dato eadem de re quęritur diligentius, de qua tamen quæsitum apud Prætorem fuerat. in iure, inquit, postulantur actiones, & quodammodo agendi potestas datur. Ergo actio vim suam exercet, creditæ pecuniæ scilicet, etsi cum debitore pactum esset de non petenda pecunia, nisi postulauerit in iure debitam exceptionem pacti conuenti, quia pactum vim suam non exercet ipso iure, sed per Prætoris interuentum, & dare Prætor pollicetur exceptionem: & ideo ait, in edicto se pacta iusta seruaturum, quę conta leges, constitutiones, bonos mores, non fiant, & alias exceptiones se seruaturum. & lex 3. *D. comm. diuid.* pacta quæ inter se pepigerant coheredes sine dolo malo iudicem seruare debere. ergo pacta valent quæ seruantur per Prætorem vel per iudicem, non per se, ipso iure. ex eo liquet, in pactis ius non contineri, sed factum, id est, facta indigere Prætoris auxilio. est ergo hæc vis pacti, vt pariat exceptionem. Est alia vis pacti in hac *l.* vt pariat condictionem indebiti, quæ hic notatur his verbis, *cum & solutum per ignorantiam repeti potuisset,* si is qui tutus est exceptione pacti conuenti per errorem facti soluerit (nam error iuris non dat condictionem indebiti, sed tantum facti) ergo si is qui tutus est exceptione pacti conuenti soluerit,

uerit, per errorem ſcilicet facti, habet condictionem indebiti, *l. qui exceptionem* §. *vlt. D. de cond. indeb.* Si libertus qui debet operas officiales patrono, pactus ſit ne peteret operas patronus, quicquid ab eo liberto ſolutum poſtea erit, condici poterit, *d.* §. *vlt.* & hæc condictio indebiti argumento eſt ſublatæ naturalis obligationis: nam ſi maneret naturalis obligatio, ſicut ciuilis, non daretur condictio indebiti *l. ſi non ſortem.* §. *libertus l. Iulianus* & *l. ſi quis iuraſſet D. de cond. indeb. l. vlt. D. de iureiur.* Quod ergo dicimus dari condictionem indebiti ei qui ſoluit pecuniam debitam per errorem facti cum poſſet ſe defendere exceptione pacti, hoc præſtat argumentum ſublatæ naturalis obligationis per pactum. ex quo liquet etiam quanta ſit vis pacti: nec enim parit tantum exceptionem debitori, ſed & ſi ignorans ſoluerit non oppoſita exceptione pacti, parit condictionem indebiti: vt inde ita concludamus, pacto ciuilem obligationem ipſo iure non tolli, per exceptionem tolli, naturalem obligationem ipſo iure tolli, nec mirum cum & ex pacto naturalis obligatio naſcatur, cum & pariat naturalem obligationem, *l. in his* §. *Imperator, D. de ſolut. & liber.* quæ dicit vſuras debitas ex ſtipulatione deberi ciuiliter, ex pacto deberi naturaliter. vt finge: pactus ſum de non petenda pecunia, deinde paciſcor de petenda eadem pecunia, hoc pactũ poſterius reſtituit naturalem obligationem, quam ſuſtulerat prius. eiuſdem eſt tollere & parere obligationem. ſi ergo parit naturalem obligationem, & tollit, neceſſaria conſequentia. Porro duplex eſt naturalis obligatio, vna eſt nuda & ſola ſine auxilio iuris ciuilis, quæ ſola æquitate nititur naturali, non ciuilis iuris præſidio. vt ecce ſi pupillus mutuam pecuniam acceperit ex qua ſit factus locupletior, non obligatur iure ciuili, ſolum naturali iure obligatur, cui obligationi accedere poteſt fideiuſſor, qui tamen obligabitur etiam ciuiliter per ſtipulationem. hæc ergo obligatio pupilli eſt naturalis nuda, & hanc nemo ambigit tolli pacto *l. Stichum* §. *naturalis, D. de ſolut.* quæ loquitur de obligatione hac naturali, qua tenetur pupillus: & ait lex obligationem hanc tolli numeratione pecuniæ, hoc eſt certum, tolli iureiurando, vt ſi iurauerit pupillus dari non oportere: nam & iuſiurandum expungit naturalem obligationem. Igitur naturalis obligatio tollitur non tantum ſolutione, ſed & iureiurando, & iuſta pactione: pactione quæ non ſit contra bonos mores, contra leges, conſuetudines, ex qua ſit iuſta exceptio, vt noſtri auctores loquuntur. ſi pactio eſt iuſta, erit & exceptio iuſta, *l. non videtur, de reg. iur. l. 1. D. quod vi. aut. clam.* iuſta exceptio eſt quæ nititur æquitate defenſionis, iuſtum pactum eſt quod nititur æquitate conuentionis probæ & legitimæ. Ergo naturalis obligatio pacto iuſto tollitur: nam inquit, vinculum æquitatis quo ſolo ſuſtinebatur naturalis obligatio (vt inde definire quis poſſit naturalem obligationem vinculum æquitatis) ſublatum eſt æquitate conuentionis & vinculo æquitatis. æquitas æquitatem tollit & elidit, quod æquitate naturali continetur, æquitate naturali eliditur. Ideoque ſi pupillus fuerit liberatus his modis numeratione pecuniæ, pacto vel iureiurando, liberabitur fideiuſſor & his caſibus ipſo iure. ſed fideiuſſor ipſe pupilli per has rationes non liberatur omnimodo, quia fideiuſſor pupilli obligatur ciuiliter: ciuilis autem obligatio non tollitur pacto, nec iureiurando. Igitur ſic liberato pupillo liberabitur fideiuſſor, ſed ſi fideiuſſor aget, non liberabitur. loquitur. etiam ille §. naturali de mera naturalis obligatione, & palam docet, eam tolli pacto ipſo iure, id eſt, αὐτομάτως Eſt alia quædam naturali obligatio quæ mixta eſt & implicita ciuili obligationi. vt ecce obligatio ex empto eſt ciuilis, quod mihi concedent omnes: nam emptio eſt ciuile negotium. ſic erit & ciuilis obligatio & naturalis, quia dicitur eſſe iuris gentium, *l. iu-*

Cod.

A *ris gentium, D. de pact.* §. *ius autem gentium, Inſtit. de iu. nat.* ius autem gentium & naturale idem eſt, & naturalis æquitas & naturalis ratio. Eſt ergo obligatio ex empto tam ciuilis quam naturalis, & hanc etiam tolli pactione, naturalem ſcilicet, quę mixta eſt ciuili. arg. hoc probant: condictio indebiti quæ datur ei qui cum tutus eſſet exceptione ſoluit ignorans, non datur niſi cum quis iure naturali liberatus eſt, & cum nactus eſt exceptionem congruentem cum iure naturali, cuiuſmodi ſunt hæ exceptiones, pacti exceptio, iuriſiurandi exceptio ex SC. Velleiano, exceptio non numeratæ pecuniæ. his exceptionibus qui munitus eſt, liberatus eſt exceptione naturali, & ſi ſoluerit per ignorantiam, condicet quod ſoluerit, hoc eſt certum. Sed quædam ſunt aliæ exceptiones quæ non conſentiunt B cum iure naturali, imo abhorrẽt a iure naturali, vt exceptio SC. Macedoniani, veluti ſi filiusfam. mutuam pecuniam acceperit, tam filio quam patri eius datur exceptio ex SC. aduerſus creditorem non tam ipſa naturali æquitate, quod ſit æquum non teneri filiumfam. qui mutuam pecuniam accepit: nec enim hoc æquum, ſed odio creditoris & pœnæ cauſa, quia, vt ſæpe fit, filiofam. creditur incertis nominibus, id eſt, ita vt ſoluat morte patris, quod eſt ominoſum, quæ ſpes dicitur incerta Liuio 40. & ita qui credit pecuniam, incerta ſpe, incerto nomine credit: & ideo is qui nactus eſt exceptionem SC. Macedoniani, non liberatus eſt obligatione naturali, & ſi ſoluerit etiam per errorem, non repetit quod ſoluit, *l. qui exceptionem in pr. l. ſi pœna, D. de cond ind. l. quia naturalis, D. ad* C *Maced.* Eadem eſt ratio exceptionis rei iudicatæ: nam iudicato non expungitur naturalis obligatio, *l. Iulianus l. iudex D. de cond. indeb.* & ideo ſi qui erat abſolutus ſententia iudicis ſoluerit, non condicet quod ſoluerit, quia erat obligatus naturaliter: nec enim ſententia iudicis auocat naturalem obligationem. eadem eſt ratio exceptionis eius quæ datur marito, ſocio, parenti, patrono, patruo, aliiſque perſonis, ne ſupra quam facere poſſint conueniantur, in hæc verba: *ſi non in ſolidum facere poſſum:* hæc exceptio non parit condictionem indebiti, quia & qui eam habet non liberatus cenſetur naturali obligatione, *l. nam & maritus, D. de cond. indeb.* eadem ratio eſt exceptionis, quæ datur ex edicto quod quiſq; iuris in alium ſtatuerit, aduerſus eum qui iniquum ius impetrauit, id eſt, non datur hæc exceptio, D quod ſit æquum liberari debitorem, ſed quod ſit æquum plecti creditorem, *l. 3. in fi. quod quiſ. iu.* Et hæ exceptiones quæ ita dantur, quod ſit æquum vlciſci creditorem, non expungunt naturalem obligationem; verum pacti exceptio hanc tollit, quia æquum eſt liberari eum qui pepigit ne ea teneretur cum voluerit creditor eum liberari. vnde concludendum eſt, pacto tolli naturalem obligationem. Sed qui ſecus arbitrantur argumentantur male ex *l. ſi vnus* §. *pactus, D. de pact.* ſatis inconſulte colligunt, pacto non tolli naturalem obligationem. Quidam pactus erat non petere, deinde pactus eſt vt peteret. lex ait, prius pactum per poſterius ipſo iure non tolli. exinde colligunt, pacto naturalem obligationẽ ipſo iure non tolli. ratio conſtituenda eſt hoc modo. prius pactũ per poſterius nõ tollitur ipſo iu- E re, prius pactum peperit obligationem naturalem, ergo hæc naturalis obligatio per pactum nõ tolletur ipſo iure: probanda aſſumptio. prius pactum per poſterius nõ tollitur, quale fuit pactum de non petenda pecunia, de liberando ergo debitore quid? an potuit liberare debitorẽ & parere obligationem naturalem? ſic ſane: quia liberat vnũ, alterum obligat ad liberandũ. poteſt idem liberare vnũ, & obligare alium, non aliud, ſed ad idquod pepigit. ergo qui pepigit ne petat, naturaliter obligatus eſt ne petat, ergo pactum de non petenda pecunia peperit naturalem obligationem. Igitur, quia prius pactum per poſterius non tollitur ipſo iure, naturalis

obligatio quàm prius pactum peperit, pacto non tollitur ipso iure. sed circumscribimur nisi subuenerimus: nam respondendum est, in eo §. *pactus*, non esse referenda eius verba ad ius naturale, sed ad ius prætorium: nam in hoc tractatu inspicienda sunt tria iura, ius naturale, ius prætorium, ius ciuile. pacto non tollitur ciuilis obligatio ipso iure, pacto tollitur per exceptionem iure prætorio. iure naturali tollitur obligatio naturalis ipso iure, & in eo §. *pactus*, tractatur de iure prætorio, nō de iure naturali. & hic est sensus: Prius pactum non tolli per posterius ipso iure, sed replicatione, facto opus esse. ne confundamus ius naturale cum iure prætorio, & ne accipiamus vnquam promiscue. in eo §. IC. vtitur verbis tollendi, elidendi, & exceptiones seu replicationes dicuntur non tantum elidere, sed & perimere, excludere, infirmare, tollere. & sane elidere nihil aliud est, quam consumere, vt cum dicis *poplum* pro *populum*, elidis & consumis literam: & sic cum pacto pactum elidi dicis, pacto pactum absumi dicis, sed hoc fit facto, id est, adhibita replicatione, non ipso iure. ergo habemus ex *l.* 5. obligationem pacto tolli non ipso iure, sed per exceptionem: & ideo Demagoram pro ea parte pecuniæ, de qua non petenda pepigit, non esse liberatum iure ciuili, sed prætorio, id est, prius pactum per posterius elidi non iure ipso, sed facto. Sed hic tamen aduertendum est huic definitioni opponi posse, liberationem ipso iure fieri per compensationem *l. posteaquam*, *D. de compens.* Olim erat controuersum, sed hodie est certum, compensationem fieri in omnibus iudicijs ipso iure. Demagoras debebat pecuniam Titio, sed illi debebatur merces ob defensa Titij negotia. erat compensationi locus, quæ cum procedat ipso iure, videtur Demagoras liberatus ipso iure. possumus respondere, eaque ratio cuilibet occurrit, compensationem non fieri nisi debitum sit liquidum, quod est certum & confessum *l. si debeas. D. de compens. l. vlt. C. de comp.* merces quæ debebatur patrono non adeo erat liquida aut confessa, sed nolo, quanquam possum sane, hac ratione vti, sed vtar ista, quia cum pepigit Demagoras de non petenda pecunia, & adijcit rationem ob negotia quæ meo patrocinio defendi, hæc ratio demonstrat Demagoram omisisse ius compensationis, & elegisse conuentionis. die crastina explicabimus *l.* 6. & 7.

Ad l. 6.

Pacta quæ contra leges constitutionesque fiūt, nullam vim habere indubitati iuris est. PP. Kal. Aug. ijsdem Conss.

EXplicaturus sum *l.* 6. in qua ita scriptum est. *Pacta quæ*, &c. hæc dicitur vetus regula iuris, *l. vlt. infra hic*, & sumitur ex edicto Prætoris, *l. iuris gentium* §. *ait Prætor*, *D. de pact. l. pen. infra hic*. pacta ergo quæ contra leges, consuetudines, vel bonos mores fiunt, nullā vim habent, id est, neque iure ciuili, neque prætorio, neque naturali iure. ergo nec actionem vel obligationem vllam pariunt, nec exceptionem, nullam vim habent, quam sumunt vel ex naturali vel ciuili, vel Prætorio: ex ciuili actiones, ex iure prætorio exceptiones, sed nihil ex his suppeditatur his qui contra leges, vel bonos mores pacti sunt. de iure ciuili est certum, cum nec stipulatio contra leges aut bonos mores interposita vllam vim habeat, *l. iuris gentium* §. *si paciscar*, *D. de pact.* & pacta etiam iusta actionem iure ciuili non pariunt, obligationem iure naturali pariunt, & prætorio exceptionem. Iusta pacta dicimus quę non abhorrent a iure naturali, *l. Stichum* §. *naturalis*, *D. de solut. l. epistola* §. *1. l. tale* §. *1. D. de pact.* Quidam iusta pacta aduersa faciunt nudis, ac si quæ iusta sunt non sint nuda, quod falsum est: omnia enim pacta tam iusta quam iniusta, nuda sunt, & pactis nudis opposuimus contractus quasi contrarios, vtrumq; enim est conuentio, hæc obligato-

A ria, illa non obligatoria: at cum nuditate pacti simul esse iustum potest. denique pacta alia sunt iusta, alia iniusta. Iusta lex non tuetur, Prætor tuetur, & natura probat: iniusta pacta nec lex, nec natura, nec Prætor, nec iudex tuetur: & quod dicitur sæpe, Prætorem pacta seruare, custodire, sequi, id de iustis tantum dicitur, *d. l. iuris gentium* §. *Prætor ait*, *l. epistola.* §. *pen.* & *l. tale* §. *1. D. de pact. l. 3. D. comm. diuid.* iniusta aut turpia ne apud Prætorem quidem, vel iudicem vllam vim habent. rursus alia sunt pacta legitima, alia non legitima, & omnia nuda. quia nullum esse potest pactum quod non sit nudum, qualitatem nudi a pacto separari non posse, aut nunquam separari. vnde pacta nuda alia facimus iusta, alia non iusta: illa non tueri Prætorem,

B hæc tueri. rursus facimus alia legitima, alia non legitima, nec idem est iustum & legitimum. iustum pactum est quod congruit cum æquitate naturali, vt si accepto pignore creditor paciscatur cum debitore, vt quæ tributa soluerit prædij pignerati nomine, ea a debitore repetat, iustum est pactum, quia congruit æquitati, *d. l. epist.* §. *pen.* iustum ergo est quod æquitati conueniens est & accommodatum. legitimum est de quo lex scripsit, aut lex scripta nominatim confirmat, vt pactum de iniurijs, quod confirmatur *lege 12. tab.* & ideo perimit actionem ipso iure, *l. si tibi* §. *1. D. de pact. l. legitima*, *D. de pact.* Legitimi pacti hæc est vis, vt vel pariat ipso iure vel perimat actionem: cum tamen iusti pacti hæc non sit vis. Si quis ergo paciscatur de iniurijs, id est, si condonet iniurias, pactū

C hoc legitimum est: & ideo actionem iniuriarum ipso iure perimit sine auxilio exceptionis, sine tuitione Prætoris: nam ita erat scriptum in veteri iure: *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* si membrum ruperit, actio iniuriarum esto, ni cum eo pepigerit, quibus verbis significat lex, nolle agi iniuriarum si pacto perdonatā, vt ait Quintil. fuisset iniuria: nam si donare est rectum, cur non & perdonare, & condonare? Quintilianus auus non nepos. & sic etiam pactum de furto legitimum est, nimirum ex eadem lege 12. tab. *l. iuris gentium* §. *si paciscar*, *D. de pact.* de furtis pacisci lex non vetat, id est, lex 12. tab. nam cum legem dicimus, legem 12. tab. intelligimus. & sic existimo hæc verba quę occurrunt, *pro fure damnum decidere*, quę significāt pacisci de furto, & redolent antiquam dicendi rationem: ea, inquam, ver-

D ba existimo esse ex lege 12. tab. quæ de furto pacisci permittit: & vti liberi homines manifesto furto prehensi addicantur his, quibus furtum factum esset, & videtur fuisse adiecta exceptio, nisi quis pro fure damnum decidisset: nam pactione volebat lex 12. tab. perimi furti actionem. & ita *l. si ex causa* §. *sed si cum*, *D. de minor. l. inter omnes* §. *hæc actio*, *D. de furt.* & *l. si pro fure*, *D. de cond. furt.* quæ est ex libris Vlpiani ad Sabinum. & quod proponitur initio est ex Sabino, *si pro fure damnū decisum sit condictionem non impediri, verissimum est*, ea verba sunt Sabini. sequuntur verba Vlpiani: *decisione enim furti quidem actio, non autem cōdictio tollitur*, id est, pacto tollitur furti actio ipso iure, non condictio furtiua. quod sequitur, *furti actio pœnam petit legitimā, condictio rem ipsam*, est ex Sabino, ad quod subijcit Vl-

E pianus: *ea res efficit, vt neque furti actio per condictionē, neque condictio per furti actionem cōsumatur.* Ergo quod scriptum est in libris nostris, *pro fure decidere*, est ex 12. tab. quæ de furto pacisci permittebant, & palā perimi actionem furti volebant decisione damni pro fure, id est, ipso iure tolli actionem furti, integra manente condictione furti. Intelligimus quid sit iustum pactū, quid legitimum pactum. quodcunque pactum, etiam si non sit legitimū, modo cum æquitate naturali congruat, iustum esse. Legitimum dico quod lex scripta nominatim confirmat. & ita Hermogenes, Aphtonius, & cæteri rhetores differentiam faciunt inter iustum & legitimum. Legitimū esse dicūt, vt liberatores patrię pręmio afficiantur

tur

tur, & proditores pœna: quia lex ita scripta est. iustum esse dicunt, vt quæ parasset proditor aduersus patriam, ea patiatur ipse. & ita Græci differentiam faciunt inter νόμιμον seu νόμον & δίκαιον. νόμιμον est legitimum, δίκαιον æquum: & ita oportet interpretari δίκαιον. numquam dicitur de lege scripta, sed de æquitate: & sic etiam Apuleius 2. Apolog. differentiam facit inter legitimum & iustum heredem: nam lege fit vt ab intestato nobis legitimus heres sit is quem forte propter ingratitudinem iustum erat non esse. *sciebat*, inquit, *intestati pueri legitimum magis quam iustum heredem se futurum.* Prætor tuetur pacta tam legitima quam non legitima si modo iusta sunt; iniusta Prætor non tuetur, id est, quæ abhorrent a iure & æquitate, vt scilicet quæ pacta fiunt, inquit hic, contra leges, consuetudines, vel contra bonos mores. Boni mores alij sunt naturales, alij ciuiles, id est, ciuitatis vnius, populi vnius *l. item apud* §. *idem ait*, *D. de iniur.* naturales omnium gentium. & proprie mores cum dicimus, ius gentium, ius naturale, pudorem, honestatem, intelligimus, *l. libertinus*, *& l. sororis D. de ri. nupt.* dum ait, libertinum libertinam matrem aut sororem ducere vxorem non posse, quia hoc ius moribus, non legibus introductum sit. & *l. sororis*, dum ait, incestum committi si quis vxorem ducat ex his quas moribus prohibemur vxores ducere. incestum dicitur committere & iure gentium, quod & ius naturale dicitur, *l. adoptiuus* §. 1. *D. de ri. nup.* iure gentium est cognatio inter seruos & libertinos, licet iure ciuili non sit. Ergo libertinam matrem prohibemur iure gentium ducere, quo iure reguntur nuptiæ: hoc ius quod est de nuptijs, moribus introductum est, non legibus. moribus scilicet, omnium gentium. & specialiter pacta quæ fiunt contra leges, constitutiones, aut bonos mores, fiunt tribus aut quatuor modis. Vno si turpem aut iniustam causam continent, vt si quis paciscatur ne furti secum agatur si furtum fecerit, hoc est vt impune sibi furari liceat, quod est contra bonos mores naturales, si quis paciscatur cum Titio, ne agatur cum eo de furto quod est contra bonos mores naturales, *l. si vnus* §. *pacta*, *D. de pact.* nam furtum probrum est, quia iure naturali definita sunt dominia rerum: quam distinctionem euertit qui furtum facit. Item si maritus paciscatur accipiendo dotē, vt non in id quod facere potest condemnetur, sed in solidum, (credo vos scire hoc datum esse beneficium marito ne conueniatur vltra quam facere potest dotis nomine:) an, inquam, ratum erit pactum si contra paciscatur maritus vt condemnetur in solidum, non pro viribus patrimonij? & est proditum in *l. alia* §. *eleganter*, *D. sol. matrim.* pactum non esse seruandum: quia est contra bonos mores ciuiles, id est, contra receptam reuerentiam quæ maritis exhibenda est, quod est notandū: nam ex eo loco vere probare quis potest, maritum non posse in ius vocari sine venia Prætoris: quia generaliter statuendum est, eas personas quibus reuerentia debetur non posse in ius vocari sine venia Prætoris, *l. generaliter*, *D. de in ius voc.* Et quia qui vocabatur, aut sequebatur, aut trahebatur inuitus: satis erat inciuile, maritum inuitum duci a muliere, in ius trahi, rapi: nam qui vocabatur in ius, vel re ipsa vocantem sequebatur, aut trahebatur in ius, si copiam sui faciebat in publico, vel si latitabat, mittebatur aduersarius in eius bona, *l. satisque*, *D. de in ius voc.* nec enim erat locus tribus edictis ante litem contestatam eo latitante quem vocauerat in ius, sed erant ea edicta proposita post litem contestatam. Sicut *d. l. alia* §. *eleganter*, ait, nullum esse pactum si paciscatur maritus ne in id quod facere possit cōdemnetur, sed in solidum, quod pactum sit contra bonos mores ciuiles: ita pactum nullum est si inter se coheredes paciscantur ne teneantur pro hereditarijs portionibus, quod est contra leges 12. tab. quibus inter heredes diuiduntur

A bona pro hereditarijs portionibus. Igitur nulla est vis pacti, quia singuli tenentur creditoribus hereditarijs, *l. licet*, *ʃ. famil. ercisc.* Item si pater paciscatur, vt vicino liceat per fundum filijfam. castrensem ire agere, quod est contra constitutiones, quæ in rebus castrensibus patriam potestatem obseruari noluerunt, *l. ex castrensi* §. 1. *D. de cast. pec.* Ergo hoc pactum seruandum non est. Reddidi singulis quæ ponuntur in hac l. exempla eius pacti quod est contra leges, veluti si paciscantur heredes vt vnus subeat onera hereditaria. posui exemplum contra constitutiones de castrensi peculio, & contra bonos mores tam ciuiles quam naturales. Sed alio modo pacta dicuntur esse contra leges, vel constitutiones, vel bonos mores, quia etsi iustam causam

B contineant, tamen non fiunt ciuili more & legitimo modo. contra leges dicuntur fieri pacta non tantum ea quæ continent iniustam causam, aut turpem, aut superiora, sed etiam ea quæ continent iustam causam & iniustam, si non fiant more ciuili & legitimo: vt si pupillus paciscatur de non petenda pecunia sine tutoris auctoritate. causa pacti iusta est, si iusta causa fuerit remittendi debiti: sed mos paciscendi est contra leges, quia leges nolunt impuberem pacisci sine tutoris auctoritate, *l. contra D. de pact.* Item si pacta facta sunt vi aut metu, etsi causam iustam contineant, tamen quia mos est hic inciuilis, ideo pacta hæc obseruanda non sunt. & hoc vel illo sensu potes dicere nullam vim habere pacta quæ fiunt contra leges, consuetudines, & bonos mores, vt quæ fiunt vi adhibita, aut dolo, quod edicto erat expressum, pacta conuenta quæ neque dolo

C malo, neque aduersus leges, plebiscita, SC. &c. quæ neque dolo malo & adhibita vi, vt M. Tullius testatur, & in *C. Gregor.* id habetur: *Pacta quæ non obvim contra leges constitutionesque sunt*, vi nempe adhibita. hæc nullius sunt momenti, etiam si iustam causam contineant: & ob id tam in edicto Prætoris quam in hac *l.* non male supletAccurs. nulla esse pacta, quæ fiant contra partes iuris, vel contra plebiscita, SC. vt puta si heres paciscatur cum alijs quam cum legatarijs ne Falcidia vtatur viuo volenteque testatore *l. quod de bonis* §. 1. *D. ad leg. Fal.* pactus est heres viuo & volente testatore cum alio qui non erat legatarius ne Falcidia vteretur. prima ratione hoc pactū est nullius momenti: is enim qui nō est legatarius paciscitur cum herede, ne legatarijs detrahat Falcidiam: sed tamen quia subijcit pœnam, stipulatio videtur valere: quia stipulamur recte alteri sub pœna;

D quoniam exitus stipulationis ad nos spectat: Et ita etiā in hac specie, qui non erat legatarius stipulabatur ab herede ne Falcidia vteretur, & si vteretur, pœnæ nomine tot daret: & respondetur in ea l. inutilem esse stipulationem pœnæ. alteri igitur non stipulamur recte sub pœna, quod est contra communem definitionem iuris. verum id omne ita explicandū est: quoties alteri stipulamur contra ius publicum, vel quoties stipulatio quæ fit alteri est contraria iuri publico, vt hæc quæ est cōtra legēFalcidiam, nec pœnalis stipulatio valet: sed quoties stipulamur alteri, quod non sit contra ius publicum, cui & subijcitur stipulatio pœnalis, valet. at ille qui stipulatur ne Falcidia vteretur, oppugnat plebiscita, & id agebat præmature nimis, viuēte testatore. vitiū est in prima stipulatione, ergo id permanere debet ad eam stipulationem quæ sequitur: denique si sit vitium in stipula-

E tione quæ fit alteri, & vitium erit in stipulatione pœnali, & contra. Contra etiam SC. & edicta non seruantur pacta a Prætore, *l. 1.* §. *si inter*, *D. de mag. conuen.* Magistratus municipales qui dederunt tutores, vel qui cauere pupillo non curauerunt, singuli tenentur in solidum actione in factum si tutores non sint soluendo, quæ actio est introducta SC. facto temporibus Traiani. nunc finge: Magistratus a quibus sunt tutores dati, pacti sunt inter se vt vnius periculo tutores darentur, id est, vt vnus teneretur tantū actione illa subsidiaria,

ſubſidiaria. hæc pactio eſt contra SC. ideo vim nullam habet. In Pand. Flor. *d. l. iuris gentium* §. *Prætor*, non ennumerantur omnes partes iuris, omittuntur edicta Prætorum, & forſitan rectius legitur in alijs libris, *edicta*, *&* ſequitur, *decreta principum*,& ita numerantur omnes pates iuris in ſpecie *l. Neratius*,*D. de religioſ.* Actio funeraria eſt ex edicto Prætoris, quæ eſt priuilegiaria, & ex eodem edicto maritus, qui ex dote aliquid lucratur, debet ſuis ſumptibus funerare vxorem. Nunc finge: quidam dedit doté marito ea lege vt maritus poſt mortem vxoris lucraretur tertiam partem dotis, duas redderet: & ita aliquid retineret: & adiecit pactum, ne maritus vxorem funeraret ſuis ſumptibus, id eſt, ne ageretur funeraria aduerſus maritum. deinde mortua vxore, alius funerauit: an contra maritum agere poſſit funeraria actione? ſic ſane, nam ea pactio non eſt ſeruanda, cum ſit contra edictum Prætoris, *l. Neratius*, *D. de relig.* pactio inter duos facta leges in vniuerſum abolere non poteſt, priuatorum pactiones legum auctoritate non cenſetur, *l. vlt. D. de ſu. & legit. her.* ergo leges abolere nõ poſſunt, leges legibus publicis abolentur, non priuatis tolluntur. tollitur eodem edicto Prætoris fraus: nam ait, *neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, ſeruabo.* quo genere videtur obligationem fieri contra legem, vt hic ſit quodammodo tertius modus paciſcendi contra legem. in fraudem is facit qui facit quod lex non prohibuit palam, ſed quod fieri intellexit etiam ſi non dixerit. palam contra legem facit, qui offendit ſcriptum legis: in fraudem, qui offendit ſententiam legis. ergo qui in fraudem facit, contra legem facit. Ergo & hic eſt tertius modus paciſcendi contra leges. ſumatur exemplum ex lege Cincia, ad quam ſcripta eſt *l. contra D. de legib.* lex Cincia erat de donationibus, & ideo dicta eſt lex muneralis, id eſt, modum imponebat donationibus. dicit lex Cincia, ne liceat donare vltra certum modũ. qui donat vltra 500. aur. facit contra ſcriptum legis. at qui non donat, ſed vendit contra eum modum titulo donationis ſuppreſſo, vt ſi vendat ſupra eum modum nummo vno, hic non facit contra ſcriptum, quia non donat, ſed contra ſententiam legis Cinciæ: quia lex Cincia id fieri vetuit. Ergo etiam hic erit tertius modus paciſcendi contra leges, ſi id fiat oblique, non palam, contra legis verba. & eſt hic vltimus modus paciſcendi contra leges, videlicet, ſi quis paciſcatur contra beneficium ſibi lege conceſſum. & huius generis pacta obſeruantur, cætera non obſeruantur quæ retuli: ſed ſi quis beneficium ſibi lege datum pactione omittat, rata eſt pactio, quanquam & is dicatur facere contra legem, *l. paciſci*, *D. de pact.* paciſcitur contra edictum ædilium, qui beneficium edicto conceſſum remittit, id eſt, qui paciſcitur ne redhibitoria agat: vt ſi in emendo mancipio paciſcatur vt ſi ſit morboſum ne redhibeat, rata eſt pactio, quia quid aliud hic agit quam quod remittit beneficium ſibi edicto conceſſum? nec exceptio hæc tantum pertinet ad edictum ædilium, cum idem dici poſſit de edicto Prætoris, vel legis, vt ſi paciſcatur quis ne depoſiti vel iudicati agat *l. iuris gentium* §. *ſi paciſcar*, *& l. vlt. inf. ad leg. Fal. l. vlt.* §. *vlt. inf. de temp. app.* & ita generaliter, licet pacta in vniuerſum non poſſunt tollere ius publicum, tamen inter paciſcentes rata ſunt, vt ſi coheredes inter ſe paciſcantur vt non pro hereditarijs portionibus ſinguli teneantur, ſed vt vnus ſubeat in ſolidum omnia onera hereditaria. hæc pactio rata eſt inter contrahentes, licet non obſeruanda ſit a cæteris qui idem pacti non ſunt. & ita in ſpecie *l. Neratius*, licet pactum, ne maritus funeraria teneatur in vniuerſum, non valeat, inter paciſcentes tamen valet, atque ita ſunt diſtinguendę hæ tres regulæ quæ videntur inter ſe conflictari. Pacta contra leges & conſtitutiones non valent. ius publicum pactis priuatorum non poteſt mutari. vnicuique licet renuntiare iuri ſuo.

RECITATIO ALTERA.

Ad l. 6.

HEri docui, pacta iuſta ab iniuſtis differre. iuſta pacta propter naturalem æquitatem Prætorem tueri, iniuſtorum nullam eſſe vim, & rurſus quomodo etiam eſſent pacta iuſta a legitimis ſeparanda expoſui, & quam varie pacta dicantur eſſe contra leges, conſtitutiones, edicta, SC. plebiſcita, bonos mores, qui ſunt alij naturales, alij ciuiles: deinde contra leges nullam vim habere pacta, niſi quæ iuſtam & honeſtam cauſam contineant, vel quæ ciuili more fiant, vt puta ſi cum pupillo ſine tutoris auctoritate fiant. & hæc omnia nullius eſſe momenti: ſed alio modo contra leges, & edicta eſſe videri etiam ea pacta quibus paciſcimur contra beneficium nobis lege aut edicto conceſſum, hæc vero pacta vtilia eſſe & iudicem obſeruare. proinde ab regula, pacta contra leges non valere, cui congruit illa, ius publicum priuatorum pactionibus non immutari, excipiendam eſſe hanc regulam, vnumquenque iuri ſuo renunciare poſſe. Nam etſi contra leges dicatur facere qui contra leges paciſcitur, vt qui paciſcitur ne depoſiti agat, tamen hunc non contineri priori regula, quæ pacta contra leges fieri vetat, eos tantum contineri qui rem iniuſtam vel inhoneſtam in pactum deducunt, vel qui inciuili more paciſcũtur. & ita male opponitur *l. paciſci D. de pact.* nã hæc *l. 6.* loquitur de his quæ ſunt contra leges, id eſt, quę non fiunt ciuili receptoque more, vel continent iniuſtam aut inhoneſtam cauſam. *l. paciſci* loquitur de his quibus remittimus actiones noſtras, vel beneficijs cõceſſis lege aut edicto renunciamus. paciſci licet contra edictum curulium. id eſt, contra beneficium quod nobis largitur edictũ curuliũ. hęc multis exemplis illuſtrata ſunt, ſed non tam multis quin ſuperſint plura quæ nos remittimus ad *l. pen & vlt. huius tit.*

Nunc videamus quædam quæ ad hæc annotauit Accurſ. de vi pacti: nam quia lex ait, pacta iniuſta vel turpia nullã vim habere, vt intelligeretur his verbis quibus viribus pacta iniuſta deſtituerentur, ideo exiſtimauit Accurſ. explicandas eſſe vires pacti, quas complectitur verbis quatuor, parere, perimere, informare, & elidere. nec tot verbis opus fuit: nam elidere, abundat: cum vt dixi ſuperioribus lectionibus idem ſit elidere & perimere, & noſtri auctores promiſcue his verbis vtantur, perimere exceptionem, elidere actionem, & perimere actionem, elidere exceptionem, *l. quacunque D. de compenſ.* nec tamen etiam tot ſunt verba quot deſiderarem, vnde alia mox ſupplebimus. At quid eſt parere? Parere eſt parere exceptionem & obligationem naturalem. hæ ſunt vires pacti iuſti, itemque nonnunquam parere obligationem & actionem ciuilem, ſi pactum ſit legitimum: & hodie ex placito donationis eſt actio ex conſtitutione Iuſtiniani. perimere autem dicitur dupliciter, per exceptionem, vel ipſo iure. vulgo pacta iuſta actionem perimunt per exceptionem: ſed & quædam actionem perimunt ipſo iure, videlicet ſi & iuſta fuerint & legitima, vt ſi quis paciſcatur de iniuria, vel furto, quæ pacta ipſo iure lege 12. tab. perimunt actionem iniuriarum, & furti. & hæc verba. *pro fure damnum decidere*, ſunt verba *12. tab.* Id quanto magis magiſque cogito, veriſſimum eſſe animaduerto, & maxime notandum cenſeo: nam vt in eo capite legis 12. tab. quod eſt de iudicatis addicendis, id eſt, de condemnatis addicendis eis quibus qui condemnati ſunt, niſi iudicatum faciãt, additur exceptio: *niſi quiſ endo eo in iure vindex ſit*, id eſt, niſi quis exiſtat condemnati vindex, defenſor, fideiuſſor. Ita in eo capite de furibus addicendis ei cui furtum factum eſſet, vt eſt apud Gellium lib. 20. verũ eſſe videtur, *ni quis pro fure damnum deciderit*, pręter quam ea verba redolent antiquũ ſermonem, vt probat

illud caput 12.tab. *duplione damnum decidito*, & pro fure damnum decidere, cum posset dici apertius de furto pacisci, & non alio loco vsurpatur, quam in titulo de furtis. quod satis idem argumentum præbet esse verum, ea verba esse ex lege ea quæ introduxit actionem furti, eaque est lex 12. tab. proinde hæc est sententia legis 12. tab. vt liber homo qui furtum fecisset, & manifesto prehensus fuisset, nam nec manifesti pœna in duplum erat introducta, ei addiceretur cui furtum fecisset: nisi quis pro fure damnum decidisset. quibus verbis significatur, decisione, pactione, perimi actionem furti ipso iure. Ergo inter vires pactorum hæc etiam est vis & necessitas pacti vna, vt perimat actionem modo per exceptionem, modo ipso iure. Male Accurs. ad verbum *parere*, notat pacta vestita actionem parere: nullum enim est pactum vestitum, omnia sunt nuda. nudum est inseparabilis qualitas pacti. & vestitum appellat ex *l. legem inf. hic*, quod additur contractui. vt cum dono tibi hac lege vt mihi insulam ædifices. hæc lex, hoc pactum vestitum est Accursio, & cooperitur contractu ipso scilicet, aut velamento contractus. denique vestitum pactum Accurs. est, quod cohæret contractui. hoc vero pactum non parit actionem. ergo falsum est, pactum vestitum parere actionem. non parit actionem, sed format ipsam actionem, vt non abs re ait *l. iuris gentium* §. *quin imo, D. de pact.* significat enim aperte actionem quæ nascitur ex eo contractu cui pactum adiicitur. pacta ergo actionem non pariunt, sed formant ipsam actionem. male etiam Accurs. hic, pacta parere actionem demonstrat adductis in exemplum acceptilationibus & stipulationibus factis nouandi causa. Quis non videt statim hoc falsissimum esse? nam contractus sunt non pactiones, & separantur stipulationes quæ fiunt nouandi causa à pactis, quod in his factũ, in illis ius contineatur, *l. si vnus* §. *pactus, D. de pact.* Male vtitur Accurs. tertio verbo *informare*: nam pactum quod cohæret contractui nusquam dicitur informare. quæ esset ratio huius vocabuli? sed dicitur formare tam actionem ex contractu cui adiicitur, quam contractum ipsum. formare ergo actionem ex contractu, est formam & legem ei dare, & quodammodo iudicij eius quod est ex eo contractu conceptionem conficere & præparare. modo dicitur pactum quod incontinenti adiicitur actionem præparare, modo formare, *l. 3. inf. de action. emp.* & *d.* §. *quinimo*, & *l. cum dotem inf. de iur. dot.* Et quod plus est, pactum mutat etiam & reformat siue renouat contractum *in* §. *adeo l. iuris gentium* nouum pactum nouum quodammo contractum efficit, *l. pacta, D. de cont. empt. l. si tibi decem* §. *quædam actiones, D. de pact. & l. 3. sup. hic*, illo loco, *nouo pacto*: vt si conuenerit vt satisdet venditor euictionis nomine, vel ne teneatur duplæ nomine, vel vt pro parte discedat ab emptione. Igitur cum dixisset Accurs. parere, perimere, & formare, nos possumus addere quartum, reformare, & quasi renouare. Male etiam Accurs. pactum ex continenti factum, & contractui additum scribit, ita formare actionem ex contractu ipso, quod potius est transformare vt Accurs. explicat, vt scilicet quæ fuerit actio bonæ fidei, puta ex vendito, fiat stricta propter pactum: vt puta vendidi rem aliquam tibi. emisti tu eo pacto vt tibi satisdarem de euictione, & cum ages ex empto, non ages ex fide bona, inquit Accurs. sed stricto iure. denique vult Accur. pactum ita formare actionem, vt actio quæ fuit natura bonæ fidei, fiat stricta propter pactum: qua in re merito reprehenditur a Bartolo, argumento ducto a fructibus qui non veniunt in actionem strictam, *l. videamus* §. *si actionem, D. de vsur.* veniunt tamen in actionem empti venditi, etiam si agatur ex lege venditionis, id est, ex pacto in continenti facto, *l. 2. inf. de pact. int. empt. & vend.* pactum ergo non reddidit actio-

A nem empti venditi strictam, nec in eo persequendo quod pacto continetur ages stricto iure. Denique probari potest hoc argumento, pactum partem esse contractus, absurdumque esse vt pars quæ potius totum sequi debeat, totum ad se trahat, imbuatque iure suo totum, non totius iure ipsa imbuatur. proinde multo æquius est, vt si agas ex vendito eius rei nomine quæ pacto continetur, perinde agas ex fide bona, ac si principaliter in id ageres quod in contractum venit. Igitur merito Accurs. reprehensus est a Bartolo.

Ad l. 7.

B *Debitori tuo si heres extitisti, actio quam contra eum habuisti, adita hereditate confusa est. Sed si eam hereditatem, postquam in iudicio obtinuisti, ei tradidisti, quem sententia superaueras, ea conditione pactoque, vt tam cæteris creditoribus, quam tibi in eo, quod tibi deberetur, si eam hereditatem non adisses, satisfaceret: pacti conuentionisque fides seruanda est: quæ si non seruatur, ex stipulatu, si modo pacto subiecta est, dabitur actio, vel præscriptis verbis, si stipulatio non interuenit. PP. III. Kalend. Aug. Antonino A. 4. & Balbino Coss.*

Legis 7. explicatio perfacilis est. Species est de confusione obligationis seu actionis. Id primum neminem ignorare arbitror, confundi actionem aditione hereditatis, videlicet si creditor debitori succedat, sicut confunditur vsusfructus si ad proprietatem reuer-
C tatur, si proprietati accedat. confunditur ita vsusfructus: quia nemini res sua seruire potest, confunditur & ita actio: quia nemo sibi ipsi obligatus esse potest. confusione sese perimunt debitor creditorque, sed & præter confusionem personarum & iurium, subest etiam solutionis vis & potestas quædam, quia is, qui successit debitori, videtur sibi ipsi soluere quod debuit defunctus, & ita dicitur solutione perimi obligatio, quæ dicitur perimi confusione. ergo non tam videtur sublata obligatio confusione personarum debitoris & creditoris, quam quod videtur creditor adeundo hereditatem sibi soluere, quod debuit: qua de causa etiamsi non sit quod confundas, vt si nulla sit actio, quod accidit cum inanis obligatio est: tamen adeundo hereditatem pro solutione cedit, *l. Stichum* §. *aditio, D. de solut.* Igitur vel ratione confusionis
D personarum vel solutionis effectu & potestate extinguitur actio si creditor debitoris hereditatem adeat, extinguitur inquam obligatio & actio, non cætera quæ habet creditor iure suo: nam in ponenda ratione legis Falcidiæ heres idemque creditor, qui debitoris adiit hereditatem, prius deducit quod sibi defunctus debuit, & ex reliquis bonis deducit Falcidiam: sicut è contrario si debitor adierit hereditatem creditoris, contribuet quod debuit defuncto & detrahet Falcidiam, *l. 1.* §. *si debitor, D. ad leg. Fal.* In ponenda ratione legis Falcidiæ alia deducuntur bonis, alia contribuuntur priusquam deducatur Falcidia: & sunt omnes
E hæ deductiones ex lege Falcidia: nam neque erat vnum tantum caput legis Falcidiæ, vt detraheret heres quadrantem, sed erat permissum, vt ante omnia deduceret res eas quas defunctus debuisset heredi: vt quis possit affirmare, in testamentis militum locum habere legem Falcidiam, quod est ἄδοξον, cum in testamentis militum non habeat locum deductio quartæ: sed quia habet locũ deductio æris alieni quæ introducta est lege Falcidia, ideo vere posses dicere, in testamentis militum locum habere Falcidiam. Ergo, sicut disserui, quanquam aditione hereditatis sublata sit actio & obligatio, tamen non est sublata deductio, quia in ponenda ratione legis Falcidiæ heres deducit quod sibi defunctus debuit. ergo si non tollitur deductio, non etiam contributio debiti. quin etiam obligatio natura-

lis omnino non tollitur: nam pignus manet, quod non fieret si tolleretur naturalis obligatio, *l. debitor, D. ad Trebell.* cuius rei differentia aut differentiæ ratio satis in obscuro est. Igitur hoc arg. dico, obligationem naturalem manere quod pignus maneat: nam ita est proditum aperte in *l. debitor, D. ad Trebell.* quo arg. vere defendi potest, aditionem hereditatis siue confusionem non per omnia haberi pro solutione: Solutione enim tollitur naturalis obligatio, *l. Stichum §. naturalis, D. de solut.* item quia si fideiussor stipulatori heres extiterit, reus non liberatur, fideiussor liberatur, *l. heres §. vlt. D. de fideiussor.* qui tamen liberaretur, si videretur fideiussor soluisse. Ergo ea confusio quæ fit in personam, non omnino pro solutione cedit, *d. l. heres §. vlt. D. de fideiussor.* Item ex constitutione Iustiniani hodie si creditor debitori heres extiterit, facto inuentario bonorum omnium, hoc solo quod fecit repertorium omnium bonorum heres non tenetur creditoribus hereditariis supra vires hereditarias, & in ponenda ratione legis Falcidiæ legatariis imponit æs alienum, etiam id quod sibi defunctus debuit, & non interueniente lege Falcidia, creditoribus hereditariis in venditione bonorum reputat suum debitum, vel ante, vel post aditionem hereditatis, *l. vlt. §. in computatione, inf. de iure delib.* quo iure omnino vtimur. si heres idemque creditor non fecerit inuentarium in venditione bonorum, non reputat suum debitum cæteris creditoribus, si fecit inuentarium, reputat suum debitum & deducit ex bonis: quod præstat beneficium separationis, vt separemus quod seruo defunctus debuit, *l. 1. §. vlt. D. de separ.* & ita aperte scribitur in hac *l.* 7. Species hæc est. Creditor adiuit hereditatem debitoris sui. eam hereditatem possidebat pro herede, ea bona possidebat pro herede. qua de causa quidam aduersus eum egit petitione hereditatis. lis data est secundum possessorem, vicit creditor idemque heres. deinde victo eam hereditatem tradidit. non dicit qua ex causa tradiderit: finge ex causa donationis, permutationis, vt sit creditor idemque heres post aditam hereditatem conuentus petitione hereditatis. vicit actorem, deinde vendidit, forte & tradidit hoc pacto, vt satisfaceret creditoribus hereditariis, & sibi quod defunctus debebat, quod pactum est vulgare: nam si non fuisset appositum, ita res se haberet, quia qui vendidit hereditatem, etsi non paciscatur, tamen hoc videtur intelligi, vt omnia onera subeat emptor hereditatis, etiam quod venditori defunctus debuit, *l. 2. §. pen. D. de hered. vend. l. hereditatem, D. de donat.* erat ergo pactum vulgare, quia si fuisset omissum, ipso iure res ita processisset: pacto huic subiecta est stipulatio, aget ex stipulatu vt emptor hereditatis satisfaciat, vt soluat & sibi, & cæteris creditoribus, quod defunctus debuit: omissa stipulatione qua actione aget? hoc non explicatur in ea lege: nam in aliis libris hæc omnia verba desunt. *ex stipulatu si modo pacto subiecta est dabitur actio vel præscriptis verbis si stipulatio non interuenit*: & suppleta videntur fuisse ab Azone, vel irrepsisse in contextum. Ergo similiter competit actio ex vendito, vt pacto stetur, si vendiderit hereditatem eo pacto, vt emptor hereditatis satisfaceret, sibi, & cæteris creditoribus hereditariis: sed si non vendiderit, sed dederit, aut permutauerit, ex eo pacto dabitur actio præscriptis verbis, *l. rebus, D. de rer. perm. l. hereditatem, D. de donation. l. vlt. inf. de reb. permut. & pr. act.* pactum ergo iustum est: nam est vulgare, & tacite pactus videtur, quicunque tradit hereditatem venditori vt fides impleatur, vt agat ex stipulatu, vel ex vendito, cum venditor adiit, vel præscriptis verbis. nec dicendum est, hanc pactionem improbandam esse, quod is qui tradidit hereditatem, pactus sit alteri, puta creditoribus hereditariis. Sed hæc pactio etiam si fiat alteri, non ideo est improbanda. paciscor alteri inutiliter, cum nihil mea intersit dari alteri. sed hic mea interest vt satisfiat creditoribus hereditariis, quia heres sum, & maneo post venditionem hereditatis, & me conuenient creditores hereditatis, non emptorem: ergo mea interest liberari me a solutione. Et ita recte paciscor & consulo non mihi tantum, sed & cæteris creditoribus hereditariis, quibus inuitus respondere cogor: Non est dicendum, esse actionem iudicati vt impleatur pactum: nam quæ post iudicatum in pactum venerunt qui ad iudicatum spectant? qui adierat hereditatem vicit cum conueniretur petitione hereditatis, id est, pronuntiatum est, eum heredem esse. iudicato satisfactum est, satisfactione extinguitur actio iudicati. ergo amplius esse illo nomine non potest & superesse iudicati actio. Et postremo non est actio ex pristino contractu, puta creditæ pecuniæ, cum in hac specie creditor successit debitori. Cui competebat actio creditæ pecuniæ, vendidit hereditatem, & tradidit ea lege vt credita pecunia sibi redderetur. non redditur: an agi possit actione creditæ pecuniæ? minime. nam hæc sublata est confusione, & semel sublatæ actiones spontanea aditione creditoris non restituuntur. hic sponte adiit, & sponte tradidit alteri, ergo non potest agere pristina actione, quæ consumpta est semel: ergo aget actione ex stipulatu, vel ex vendito, vel præscriptis verbis. verba legis hæc sunt: *Si eam hereditatem postea quam quam in iudicio obnuisti, ei tradidisti in iudicio*, petitione hereditatis intellige. *ei tradidisti*, puta ex causa venditi: nam ita verba traditionis accipiuntur in libris nostris. Die crastina explicabimus *l.* 8.

Ad l. 8.

Si pascenda pecora partiaria, id est, vt fœtus eorum portionibus quibus placuit, inter dominum & pastorem diuidantur, Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto præstare per iudicem compelletur. PP. 4. Kal. Octob. Alexandro A. 2. & Marcello Coss.

HOdie explicabimus *l.* 8. ait: *Si pascenda pecora partiaria* &c. *per iudicem* sic interpretor, per iudicium pro socio, vel actionem pro socio: nam ita speciem & rem omnem explicandam censeo. Dedit quidam pastori pecora sua pascenda eo pacto vt fœtus pecorum essent communes inter dominum & pastorem certis portionibus, puta vt fœtuum partem nonam vel decimam dominus ferret, reliquum pastor. iusta conuentio est, nec pactum hoc nudum est, sed contractus, quia subest causa, interuenit res: data enim sunt pecora pastori ea lege vt fœtus qui nascerentur essent communes: igitur conuentio fine placiti non stetit, sed datione pecorum sumpsit effectum. contractum est ergo negotium, sed quale? societas nempe. pastor enim confert operam suam, dominus pecora, & id agitur vt communes sint fœtus pecorum. hoc ergo genere societas contrahitur. quid est societas? communio pro indiuiso certarum rerum contracta, aut verbis, aut consensu nudo. aut breuius: est conuentio pro indiuiso quæ contrahitur tractatu habito: nam est quædam quæ contrahitur sine tractatu, vt cum duobus legatur res eadem coniunctim. hæc societas non est contractus. Est vero huius conuentionis iusta causa: nam constat ita coiri posse societatem, vt vnus pecuniam conferat, alter non conferat, & lucrum communicetur, quia sæpe opera & industria alicuius pro pecunia valet, *§. nam & ita, Instit. de societ.* & *l. 1. inf. pro soc.* opera supplet quod deest, vt qui pro sua parte pecuniæ nihil confert, opera suppleat. lex 6. *D. pro soc.* ait, posse coiri societatem inter duos, etsi non sint æquis facultatibus: nam sane pauperior opera supplet quantum ei per comparationem patrimonij deest. opera est supplementum. qua de causa opera dicitur esse velamentum

mentum ita contractæ societatis, supplet opera inæqualitatem quæ subesse videtur inter socios, cum vnus pecuniam confert, alter non confert. & hoc est quod dicitur, *pretium operæ artis esse velamentum*, *l. cum duobus* §. *in coeunda*, *D. pro soc.* operam vel artem eius qui nihil confert explere lacunam, id est, id quod deest. Ita M. Tullius pro Roscio Comœdo, non esse captiosam aut iniquam societatem, vbi alter copias, alter disciplinam in societatem affert. & huic similis est ea societas quæ contrahitur cum politore agrorum, qui scilicet agrum domini poliendum, colendum, arandum suscepit, ea lege eoque pacto vt fructus sint cōmunes, *d.* §. *in coeunda*. Ergo si dederis pecora pascenda vt fœtus sint communes, siue politori vt fructus sint communes, societas contrahitur. quo genere, vt Cato scribit libris de re rustica, dominus & politor paciscuntur inter se vt politor ferat tritici partem, modo 9. modo 6. aut 7. & modo, vt triticum quod mundum, tritum non sit, diuidatur inter dominum & politorem corbe messoria: modo si tritum sit, vel pistum, vt diuidatur modio. denique leges addunt huic societati & pactiones quas volunt. Est polire agros, polire segetes, nihil aliud quam purgare rastris, quod locis quampluribus probari potest, & maxime ex Festo: *Polimenta*, inquit, *dicebant testiculos porcorum cum eos castrabant, a politione segetum ac vestimentorum, quod ita expurgarentur.* Et ita Ennius in 9. annali: *rastros dente fabres capsit, causa poliendi agri.* ita recte ait §. *si in coeunda*, & cum pastore cui datur pecus pascendum in cōmune quærendis fœtibus, & cum politore cui datur ager poliendus in commune quærendis fructibus contrahi societatem. Fuit & in specie huius legis ita contracta societas: & ideo diuisionem fœtuum de qua conuentum est obseruandam esse per iudicem pro socio, & hoc ait *l.* 8. Dixerit aliquis: non esse societatem si quis dederit pastori pascenda pecora ea lege vt fœtus eorum inter se diuidantur, esse potius locationem & conductionem, quasi videatur pars statim pro mercede pastori cedere: & ita etiam hic pastor aut politor, qui suscepit agrum poliendum in commune quærendis fructibus dicitur a Catone redemptor partiarius, id est, conductor: nam redemptor & conductor in libris nostris ferme idem est, vt & emptor & conductor, *l. veteres*, *D. de action. emp.* nam nostri auctores verbis emptionis & venditionis promiscue vtuntur etiam in locatione & conductione. conductio, dicitur, venditio, locatio, emptio. Festus in verbo *venditionis*, venditionem ait fieri a Censoribus cum locantur vectigalia. & ita promiscue dicimus pretium tam in emptione, quam in conductione. & sic merces pretium appellatur in *tit. locat.* & in summa locatio & cōductio affinis est emptioni & venditioni, & iisdem regulis iuris consistit, *l.* 2. *D. loc.* quare non male conductor dicitur redemptor. videtur ergo cum politore vel pastore contrahi locatio, cum dicatur redemptor partiarius. Et ita etiam Plinius loquitur 9. *Epist. medendi vna ratio est, vt non nummo, sed partibus locent.* vtitur locandi verbo. partibus locare, est cum colono ita pacisci vt agrum colat, & in commune fructus diuidat cum domino agri. sed ne abutamur his vocabulis; nam potest esse locatio cum dantur pecora pastori ea lege vt fœtus sint communes, vel cum datur ager colendus colono ea lege vt fructus sint cōmunes: quia locatio non consistit sine pretio, exemplo venditionis & emptionis. pretium autem non est nisi confestim sit pecunia numerata, §. *item pretium*, *Instit. de emp. & vend.* quid ergo est? certe societas, & ita definitur in *l. si merces* §. *vis maior*, *in fi. D. loc. Colonus*, inquit, *partiarius cum domino suo quasi iure societatis damnum & lucrum partitur.* vbi, quasi, veritatem exprimit. nam re vera inter dominum fundi & colonum partiarium societas contrahitur. & id plerunque, vt Cato scribit, in ea societate agitur vt omnino sint communia pro indiui-

A so, quæ percipiuntur ex agro inter colonum partiarium & dominum, præter fœnum, & pabulum quod satis bobus sit, quod dominus semper colono exhibet, & dat de suo. cætera sunt communia pro indiuiso, quod nihil est aliud quam societas. Male existimarunt quidam hunc colonum partiarium, quem similem facimus pastori partiario, appellari a Iustiniano (non eo qui hos composuit libros quibus vtimur, sed Iustiniano iuniori, in legibus rusticis quæ extant apud Harmenopulum) μορτίτην. Et sane fit in legibus rusticis mentio μορτίτου, & est tit. περὶ μορτίτου & interpretantur omnes partiarium colonum. qua in re errant: nam etsi dicatur
B a parte, ἀπὸ τοῦ μέρους, vt Hesychius scribit, tamen genus est clientis, siue censuarii, vt nunc loquimur, non coloni: genus inquam clientis, qui accipit fundum forte a domino sterilem aut desertum, aut squalidum, quem Iustinianus eleganter appellat χωροδότην, id est, qui dat prædium, Galli vocant, fundarium. Excidit initium cœptæ orationis, non tamen sententia. Hic ergo qui accipit ita fundum a domino, quique appellatur μορτίτης, domino tenetur inferre dimidium fructuum tantum. sunt huiusmodi negotia multa hodie, vt quod dicitur feudum, quod libellaria, quod precaria, quod emphyteusis, quod census censuariusve contractus, cum possessio aliqua a domino datur colenda alteri, perpetuo fruenda, ita vt modicam partem inferat perceptorum, non quasi socius aut conductor, sed quasi beneficiarius aut cliens; qui ita prædium accepit, vt inferret quotannis decimam; is dice-
C batur μορίτης, & ita est accipiendus locus Iustiniani, vt ex lectione colligi facile poterit, sicut Athenis olim erant clientes qui prædia accipiebant ea conditione, vt οἱ ἐκτῷ μέρει τὴν γῆν γεωργοῦντες, Hesychio, qui inferebant sextam partem, & dicuntur ἑκτημόριοι in Solone Plutarchi. Sed de his hominibus non agitur qui pendunt vectigal dominis, agitur tantum de sociis, puta de his quibus ad tempus agros colendos damus, in commune percipiendis fructibus, quibus comparamus pastores quibus ad tempus pecora pascenda damus in commune quærendis fœtibus. dicimus cum his contrahi societatem, non locationem, conductionem, non censuarium contractum, aut huic similem alium: & ideo sane in hac l. constat, contractam esse societatem, quia dominium pecorum quæ dominus de-
D dit pastori non transtulit in pastorem. ergo pecora quæ pascenda dedit, in solidum eius manent. idem esset si pro parte eius manerent, id est, si communicaret pecora, si dominium pro parte transferret in pastorem, & pro patre retineret: sed hic dominium pecorum in solidum retinuit. nihil refert vtrum rerum dominium totum transtulit, an pro parte adiiciendo vt fœtus pecorum sint communes. cum dominium habet in totum vel pro parte, societatem contrahit, quæ non contraheretur si dominium pecorum transferret in pastorem, ea lege vt fœtus essent communes. hoc casu non esset societas, quia contrahendo societatem nemo amittit dominium rei suæ in totum, sed pro parte retinet. hic cum amittat dominium peco-
E rum in totum, id est, pecora in totum transferat in pastorem iure dominij, non erit societas, sed erit contractus do vt facias, do tibi pecora ea lege vt tu mihi communices fœtus, vt tu me fœtuum participem facias, quo casu datur actio præscriptis verbis *l. si rem tibi* §. *Iulianus*, *D. de præs. verb.* sed in hac specie dominus non transtulit dominium pecorum in pastorem, sed retinuit dominium in totum, ergo non amittit dominium rei suæ ita contrahendo: qua de causa cum conueniat inter dominum & pastorem, vt pastor pascat pecora & fœtus sint communes, statuimus, contractam videri societatem, & id quod pacto comprehenditur, impleri interuentu iudicis, id est curante & satagente iudice pro socio. & ita est distinguendum

quod ait Accur. hic, aliud esse societatem, aliud do vt facias, hic est societas, quia dominus dominium retinuit paciscendo, non esse societatem si dominium transtulit in totum, si transtulisset pro parte, esse societatem.

Ad l. 9,

Cum posteaquam aduersarius matris tuæ victus esset, matrem tuam circumvenerit, vt ei caueret nullam se controuersiam de seruis moturam: id pactum mala fide factum, irritum est: & cum ex ea conuentione cum matre tua agi cœperit, iudex eam liberabit. PP. prid. id. Sept. Alexandro 2. & Marcello Coss.

CVm posteaquam aduersarius matris tuæ victus esset, &c. hæc sententia videtur obscura & dubia, explicabitur autem facile si ponatur ita species. Erat inter matrem & Titium lis de seruis quibusdam. Titius possidebat eos seruos & mater vindicauit, & vicit: sed cum nesciret se vicisse, quia forte iudex statuerat quidem de re tota, sed nondum pronuntiauerat, & sciret tamen Titius quid de ea re statuisset iudex, id est, decreuisse iudicem pronuntiare secundum matrem meam insciam, matrem meam dolo malo, quæ fraus est frequentissima, circumuenit, vt paciscceretur, & caueret nullam se controuersiam amplius de seruis moturam. hanc ab ea conuentionem extorsit, quæ conuentio iniusta existit, quia fraus est manifesta, cui occurrit hæc lex, & hoc nescitur vulgo huic frequenti fraudi occurrere hanc constitutionem: nam si forte aduersarius nesciuerit quid statuerit iudex, adoriretur forte & quodammodo transigeret cum illo. Sed si intelligat, aliquid eum statuisse, huic conuentioni nullo modo standum esse hæc constitutio ait: vt puta, cum decreuisset iudex pronunciare pro matre mea, & hæc nesciret, sciret aduersarius, aduersarius eam circumuenit, vt pacisceretur mater, nullam se de seruis controuersiam moturam. pacto subiecta fuit stipulatio: nam hoc necessario ponendum est, cum dicat, ex hac conuentione actionem esse, ex pacto nudo actio non est, nisi subiecta sit stipulatio, *l. 3* ȷ. *de rer. permut. l. diuisionis, D. de pact.* & ob id hoc loco & in Cod. Gregoriano cum scriptum esset, *vt pacisceretur*, Tribonianus maluit scribere, *vt ei caueret* pro illis verbis, *vt pacisceretur*, reposuit, *vt ei caueret*, vt pacto subiectam fuisse stipulationem intelligeremus: cautionis enim verbum stipulationem significat non pactionem. Pacto ergo superiori subiecta stipulatio pœnalis, si non vt conuenisset omni controuersia abstineret mater. at cognita fraude Titij, & sententia dicta secundum matrem, mox mater egit actione iudicati aduersus Titium, cum quo conuenisse videbatur stipulatione pœnali, & de stipulatione cum matre agebat Titius: consulit filius Imperatorem, an vtilis sit actio ex stipulatione pœnali: rescribit Imperator, esse quidem actionem ex stipulatu pœnali, sed tamen iudicem matrem liberaturum, id est matrem absoluturum, si opposuerit eam exceptionem doli, id est si allegauerit in iudicio mater rationem eam quam principi allegauit filius: nam pactum huiusmodi dolo malo factum seruandum non esse, cum edicto ita scriptum sit, se pacta seruaturum si dolo careant. Pactum igitur dolo factum irritum est: ergo & irrita subiecta stipulatio: nam non valente pacto non valet stipulatio pœnalis quæ pacto seruando subjicitur, *l. 69. D. de verb. oblig. l. quod bonis §. 1. D. ad leg. Falc.* Nec obstat quod dicitur, stipulationem factam alteri valere si contractui subiecta sit stipulatio pœnalis: nam hoc verum est si stipulatio quæ facta sit alteri, vitio omni careat, si nullum ei præterea vitium insit quam quod facta sit alteri. hæc confirmabitur, addito pœnæ vinculo. sed si stipulationi vel pactioni principali vitiũ aliquod insit, puta vis, metus, dolus, inerit & subsequenti stipulationi pœnali: qua de causa pactio si ratione doli irrita sit, irrita erit stipulatio pacto subiecta. dolus vero interuenit in paciscendo, quia Titius sciebat decreuisse iudicem pronuntiare secundum matrem, & cum hoc sciret extorsit hanc a matre conuentionem, quæ huius rei erat ignara. manifesta est fraus Titij qui cum sciuerit decreuisse iudicem pronunciare secundum matrem, hac circumuentione vsus sit, quippe cum pactus est quasi de re dubia cum matre, quæ iam erat statuta, de re autem iudicata pacisci nemo potest, quæ ratio subjicitur in Cod. Gregoriano: de re enim iudicata nemo potest pacisci. Est regula, de re iudicata nos transigere inutiliter, *l. & post rem, D. de transact.* & ideo de re iudicata quasi de re dubia paciscimur inutiliter. & licet res iudicata dicatur proprie quæ pronunciatione iudicis finem accepit, *l. vlt. D. de re iudic.* & quamuis Prætores, Iurisc̃osulti, promiscue vtantur his vocabulis, *pronuntiare & statuere, l. pronunciatum D. de verb signif.* tamen si quis subtilius animaduertat, aliud est statuere, aliud pronũciare. Nam statuit iudex de re iudicata quam pronunciat statim, statuit primum, deinde pronunciat, & in eo iure quo cauetur de re iudicata pacisci neminem aut transigere, rem iudicatam accipere opportet de ea re de qua statuit, nondum pronũtiauit. vnde si velis eruere ex hac lege quod in ea definitur, idque stringere summatim, ita possis commodissime. de re ea de qua iudex pronuntiauit, vel de qua statuit, nondum pronuntiauit, pacisci, & transigere inutiliter. qui aliter hanc l. explicant, ponunt rursus matrem agere in hac specie rei vindicatione, rursus seruos vindicare, & opponi exceptionem pacti. Contra replicari de dolo. hi errant: primum quia singulis controuersiis singulæ actiones vniusque iudicati finis sufficiunt, *l. 6. D. de excep. rei iudic.* quinimo expunguntur ipso iure etiam non opposita exceptione rei iudicatæ, cum scilicet non ambigitur, quin ita iudicatum sit, sicut cum constat iuratum esse, non est necessaria exceptio iurisiurandi, sed ipso iure tollitur actio, *l. nam posteaquam, de iureiur.* hic cum constat iudicatum esse, non indigeret exceptione rei iudicatæ: nam ipso iure non competit actio cum iudicatum sit. non potest ergo hic mater rursus agere rei vindicatione, quia sufficit vnus iudicati finis. deinde recedunt illi a verbis, qui ita rem explicant: nam agere in hac l. accipiunt pro excipere, & cauere pro pacisci. quidam alij ponunt matrem hic agere actione de dolo malo. & hi etiam recedunt a verbis legis, cum in hac l. non dicatur matrem agere sed cum matre agi, ex conuentione, & iudicem eam liberaturum. liberaturum igitur eo ipso iudicio quo cum matre agitur, admissa exceptione doli, non vt ponunt data actione de dolo. nam qui tutus est exceptione, ei non datur actio de dolo, *l. 1. §. ait Prætor, D. de dol.* mater quæ pœnam promisit si de seruis controuersiam faceret tuta est exceptione de dolo. ergo non potest ei dari actio.

Ad. l. 10.

Legem quam dixisti cum dotem pro alumna dares, seruari oportet. nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc iure vtimur, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur, & aliquid de reddenda ea conuenit, vtilis est condictio. PP. III. Kal. Mar. Albino & Maximo Coss.

LEgem 10. explicant male, aut certe non explicant. nam quod in ea præcipuum est, omittunt. verba sunt, *Legem quam dixisti cum dotem pro alumna dares, &c.* Pacta quæ contractibus adiiciuntur proprie appellantur leges, quia legem contractui dant, *l. contractus, D. de*

D. de reg. iur. & inde legis commissoriæ mentio, quæ est
non lex quædam P. R. stulte qui scripsit librum de le-
gibus P. R. inter eas posuit legem commissoriam, sed
est pactum adiectum venditioni & emptioni, vt scili-
cet si ad diem certum non solueretur, res sit inempta.
& ita in *l. quo tutela* §. *vlt, D. de reg. iur.* neque pacis-
cendo, neque legem dicendo, neque stipulando alteri
quis cauere potest. ergo aliud est pacisci, aliud legem
dicere, sed pacisci patet latius quam legem dicere. le-
gem dicere, est pacisci in ipso negotio, pacisci est etiã
pacisci intra contractũ, vel extra contractum: & ita hic
legem accipe pro pacto adiecto in conuentione dotis.
& hæc lex ponitur sub tit. *de pact. conu. sup. do.* & ait
seruari. seruare, est tueri: id fit duobus modis, data
actione, vel data exceptione, *l. inter* §. *1. fam. ercis.*
In edicto de pactis Prætor pollicetur se pacta seruatu-
rum, scilicet per exceptionem: sed hic seruari inter-
pretabimur actione data: nam pactio hæc fuit, vt pe-
cunia quam dabas pro alumna dotis nomine, soluto
matrimonio tibi redderetur, hoc vero non potes in-
terpretari vt tibi reddatur nisi per actionem. dum ergo
ait, hanc legem seruari oportere, ex lege dandam esse
dotis repetitionem, atque adeo actionem significat.
quod etiam in extremo legis ait, vtilem esse condictio-
nem (male scribunt quidam conditio) cum & in *l.* 1.
inf. de pact. conu. super dote, sit, *cõdictio*, vt in Basilicis quæ
ita vertunt, χρησίμη ἐστὶ τῆς ἀπαιτήσεως λόγος. Condictio
videtur nihil aliud esse quam repetitio dotis. pactus est
educator vt sibi dos redderetur soluto matrimonio. pa-
ctum iustum est. ex hac conuentione danda est reperi-
tio dotis: dotem repetit qui eam sibi ex conuentione
dari postulat. dirempto matrimonio igitur vtilis est
repetitio: nam condicere est repetere, & ei est vtilis
repetitio, etiam si pacto non sit subiecta stipulatio:
nam hæc differentia est inter patrem & extraneum do-
tem dantem, quia extraneus dotem quam dat potest
sibi recipere pacto solo, non addita stipulatione, in
casum soluti matrimonij, & is qui dotem dedit in hac
specie erat extraneus, nam erat educator. vtiliter pa-
ciscitur dotem item sibi reddi soluto matrimonio.
vtilis est condictio matri, quæ extranea est, cum po-
testatem nullam habeat, & ita potest dotem sibi re-
tinere soluto matrimonio etiam si non adiecta sit sti-
pulatio, sed pater non potest, ne initio quidem do-
tis, eam sibi recipere pacto: si recipiat pacto solo, nul-
la est conuentio, & ita pater non potest inter dan-
dum cauere eam sibi reddi soluto matrimonio nisi
per stipulationem, *l. auia, inf. de iur. dot.* & id non si-
ne ratione magna: nam patris officium est dotem fi-
liæ dare & conseruare constitutam semel, patri in-
cumbit onus dotis constituendæ filiæ & conseruan-
dæ, & ideo non potest eam in se transferre temere,
eamque sibi retinere, sed necessaria est solemnis sti-
pulatio. Ergo quam dat dotem si eam vult sibi reddi,
is debet de eo solemniter stipulari, nec enim temere
id effici debet, *d. l. auia*, sed hic fuit extraneus qui
dotem dabat, hic rei suæ legem dedit quam voluit,
l. ob res §. *1. D. de pact. dot.* etiam si pactus sit, non
stipulatus; & quia non est stipulatus, certe non ha-
bebit actionem ex stipulatu dotis repetendæ causa.
qua igitur actione repetet? an est actio dotis, qua so-
let dos repeti soluto matrimonio? minime: nam hæc
actio datur vxori tantum soluto matrimonio, quæ &
sola videtur dotem contraxisse. posset dici dandam
esse illi qui pro alumna dotem dedit soluto matrimo-
nio ex conuentione actionem dotis: quia dotis datio
est contractus vxorius, *l. contractus, D. de reg. iur. l.
exigere, D. de iudic.* huic contractui adiecit etiam le-
gem de dote reddenda soluto matrimonio. lex for-
mat contractum dotis, *l. cum dotem, inf. de iu. dot.* for-
mat ergo actionem de dote legem dicenti. hic ergo so-
luto matrimonio dotem repetet actione de dote, sed
A denegatur repetitio: quia actio de dote datur tantum
vxori: nam & ipsa sola videtur dotem contraxisse cum
& eius solius nomine data sit. ei ergo soli restat actio
de dote, id est, rei vxoriæ. ex parte autem eius qui
dotem dedit non videtur contractum negotium dotis,
sed aliud, vt do vti reddas, quod negotium nomine va-
cat, & ideo pro parte eius qui dotem dedit dabitur
dotis repetendæ causa actio præscriptis verbis, & ita
in *l. 7.* §. *accedit, inf. de rei vx. act. d. l. auia.* hoc ergo
loco condictio, est repetitio dotis per actionem
præscriptis verbis. & ita Thalelæus recte ad *l. 1. inf. de
pact. conu.* & ex Latinis interpretibus multi aiunt, repe-
ti dotem ex hac conuentione per actionem præscriptis
verbis. male quidã vtilem actionem interpretantur ef-
B ficacem, & vtilem non accipiunt quasi aduersam di-
rectæ. est enim hæc condictio non directa, sed vtilis,
quam efficacem vocant, quod vim & momentum af-
ferat, & ita videntur Græci accepisse, qui pro vtili re-
ponunt χρήσιμον. & ita sane hic affirmo, vtilem esse sic
accipiendam, quasi deficiat directa. vtilem non dicit
pro efficaci, sed ex aduerso directæ actionis, quia hæc
condictio dotis intenditur per actionem præscriptis
verbis, quæ vtilis est, non directa *l. quoties, D. de
præs. verb. l. 3. D. de donat.* Eusthathius & Dynus
accipiunt pro actione præscriptis verbis, nec abs
re: nam omnis præscriptis verbis datur exemplo ciui-
lis & directæ actionis, quæ datur ad exemplum alte-
rius, vtilis est: vt actio præscriptis verbis ex articulo
do vt des, ad exemplum actionis empti & venditi.
actio præscriptis verbis, ex articulo do vt facias, ad
C exemplum actionis locati. actio præs. verb. quæ datur
ex precario, datur ad exemplum commodati, quia pre-
carium simile est commodato: & ita hic actio præs.
verb. quæ datur educatori est exemplo actionis rei
vxoriæ. ergo vtilis. directa actio soli vxori competit,
soli mulieri consequendæ suæ dotis causa, vtilis edu-
catori qui eam sibi reddi postulat. ergo verum est hoc
casu ex conuentione quæ cohæret dationi dotis ei da-
ri condictionem dotis per actionem præscrip. verb.
ergo vtilem, non directam: nimirum ad instar vxoriæ
actionis. & hoc si explicassent, in l. quod erat præci-
puum, explicassent: sed trahuntur in alia omnia quæ
nihil ad rem pertinent: vt quum hic tractant qua ra-
tione vestiantur pacta: nam quæ dixi, recto ingenio
satisfacient satis, aut nescio quid sit satis, cum nihil
D est quod possit desiderari: Extremum hoc est vt res-
pondeam ad *l. si tibi inf. loc.* quæ huic opponitur. ex
hac l. is qui dotem pro alumna dedit & dando pactus
est eam sibi reddi soluto matrimonio, agit ex conuen-
tione legis: secus est in specie *l. si tibi*: nam ibi condu-
ctor prædij dat agricolis pecuniam aliquam & proro-
gat, id est, dat aliquid promutuo colonis. Deinde, non
addita stipulatione paciscitur cum domino prædij eam
pecuniam sibi reddi. lex ait, ex ea conuentione, quod sit
nuda, non dari actionem. cohærebat tamen pactioni
datio. respõdetur, quod non subiecerit stipulationem
de ea reddenda, agere non posse. cur tamen hic agit
educator de reddenda dote? res difficilis non est: nam
in hac *l. 10.* qui dedit dotem, cum eo pactus est in dan-
E da dote eam sibi reddi soluto matrimonio: at in specie
l. si tibi qui dedit pecuniam, cum eo non est pactus sibi
reddi, sed cum alio, dedit pecuniam in antecessum,
vel dedit pro mutuo, Galli dicunt *auancer*, Græcis est
πρόχρεια. Ergo hic conductor prædij agricolis proroga-
uit summã aliquam in antecessum, & huic dationi nul-
lam adiecit legem, Igitur non dedit illis pecuniã addita
certa lege: sed deinde cũ domino prædij pactus est eam
pecuniam sibi reddi, eoque modo est pactus tantum.
nam qui dedit cum eo non est pactus cui dedit, cũ alio
est pactus. restat ergo pactum esse nudum. non potest
ergo ex eo actio dari. sed hic, qui dedit pactus est cũ eo
cui dedit. & non obstat regula, quæ ait, ex pacto actio-

nem non dari:nam inquit,hoc iure vtimur cum pactum nudum est. vnde stulte abrepta occasione contendunt quidam. non igitur omne pactum est nudum, quoddam est non nudum seu vestitum: non ita oportet interpretari verba l. nam his verbis, *tunc enim hoc iure vtimur cum pactum nudum est*, aliquid aliud significatur, id est, cum conuentio pacti nudi nomine censetur, *l. vlt. inf. de rer. perm.* at hæc conuentio contractus potius quam pactum censetur, hæc de qua agitur contractus est, non pactum: & ideo non mirum si ex ea conuentione nascatur actio. & eodem sensu explicant *l. si dominus, D. de præs. verb.* pactum nudum non interuenisse cum certa lege datur aliquid. imo vero, quia lex illa certa est pactum nudum, omnis lex pactum nudum est: sed quia non lex tantum dicitur sola, sed datio interuenit, ex datione illa resumit nomen: & ideo misso nomine principalis negotij, non recte appellaueris pactum nudum quod est contractus. Vnus est doctrinæ & præcipuus modus vera inuenire, & iuuenta docere. secundus falsa conuincere. hic certe illo facilior est. Vtinam, inquit quidam ex veteribus, *tam facile vera inuenire possem, quam falsa conuincere.* quare quod erat difficile in explicatione eius *l. vlt.* omiserunt. Iam nos dissoluamus in eo quot & quanta peccauerit Bartolus vel potius Accurs. illius enim fere sunt quæ dicuntur a Barto. sumpta ex his quæ notat ex *l. iuris gentium §. quinimo, D. de pact.* Primum in eo peccat, quod vtilem condictionem quæ hac l. datur, scribit, non esse aduersam directæ, sed directam efficacem condictionem, quod satis perspicuum reddidi nudiustertius: & quia hæc condictio intenditur per actionem præscriptis verbis, omnis autem actio præs. verb. est vtilis, quia datur exemplo cuiusdam ciuilis & directæ, ergo condictio hæc quæ datur per actionem præs. verb. est vtilis, non directa. deinde error in eo est, quod vt conciliet *l. si tibi* ꝟ. *loc.* cum ista l. ait, in hac l. pactum quod dationi dotis cohæret vestiri fauore dantis dotem. in *l. si tibi*, non vestiri odio prorogantis pecuniam pro colonis conducti prædij: nam in *l. si tibi*, conductor qui prorogat pecuniam colonis conducti prædij cum domino paciscitur sibi hanc pecuniam reddi, sed accipiente alio quodam veluti conductore, vel accipientibus colonis pecuniam: nam quæro quo odio dignus est qui prorogat pecuniam alij? an pro beneficio promeretur odium. prorogatio est beneficij species. quare Barto. sibi hac in re non constat & aliter has ll. inter se conciliat in d. *l. si tibi*, & rectius meo quidem iudicio, in *l. si tibi*, quam hic hoc modo. Pactum nudum non vestiri inter alias personas, inter easdem personas vestiri: recte si modo abstinuisset vestiendi verbo, & si pactum nudum, pacto vestito vestiri aut non vestiri non dixisset: nam vel in illa *l.* duo non sunt pacta, vnum nudum, alterum vestitum, quod operimentum insternat alteri, sed vnum est tantum pactum de reddenda pecunia prorogata pro colonis in *l. si tibi*, & in hac l. de reddenda pecunia pro alumna data dotis nomine, ex quo pacto an sit actio quæritur. debuit dicere Barto. in hunc modum: ex pacto nudo, quod rei vel pecuniæ traditioni cohæret, esse actionem aduersus eum qui rem pecuniamve accepit, & cum quo pactum factum est, vt in hac l. ex pacto autem nudo non esse actionem quod quis fecit non cum eo qui rem vel pecuniam accepit, sed cum alio: nec enim hoc pactum rei cohæret. semper eodem errore is interpres fallitur: nam cum tractasset de concilianda *l. si tibi* cum ista l. deinde instituit tractare plene de pactis vestitis, & proponit initio hoc discrimen: pactorum alia esse nuda, alia vestita. perperam: quia omne pactum nudum est, nudum, inquam, a causa & nomine proprio: hæc est pacti qualitas inseparabilis. non possis mihi dare pactum vestitum, quod non doceam nudum esse, vel contractum. nullum est ergo

A pactum vestitum: nam in primis si dixeris, cum inter duos conuenit de re vendenda certo pretio nudo consensu, pactum esse vestitum, hoc pernegabo, & contendam esse contractum emptionis & venditionis. cum ergo nudo consensu agitur inter duos vt res vendatur certo pretio, est contractus, id est, emptio & venditio. non est etiam vestitum quod lex adiuuat, id est, ex quo lex vult actionem dari, vel tolli. nam id dicitur nudum, *l. legitima, D. de pact.* quæ lex ostendit in eo pacto legitimo vitiari regulam, quæ dicit ex pacto actionem non nasci, quæ est de pacto nudo. ab ea dum excipit pactum legitimum, innuit pactum legitimum esse
B nudum sed parit actionem, quia lex pactum nudum confirmat, id est, voluit vt ex eo nasceretur actio: atque ita pactum nudum nonnunquam parit actionem, *l. nuda, D. de contr. stipul.* ex pacto nudo non semper denegari actionem: nam interdum etiam ex pacto nudo datur actio, vt si lege adiuuetur, *d. l. legitima.* vestitum etiam non est pactum quod fit in ingressu contractus, vt in traditione rei, *l. iuris gentium §. quinimo, D. de pact.* nam cum ante dixisset IC. pactum nudum parere exceptionem, adiicit statim, quinimo format ipsam actionem. pactio ergo nuda, vt si fiat in ingressu contractus, & ex continenti. pactionem ergo quæ fiat in ingressu contractus, vel in medio contractus vt in mutuo, commodato, deposito vocat nudam. & tantum abest vt traditione rei vestiatur pactum, vel vestitum censeatur quod fit in traditione rei, vt etiam si concurrat traditio rei & auxilium legis, tamen dica-
C tur nudum, id est, si in danda pecunia mutua fiat pactum de vsuris: vt si pecuniam det ciuitas quædam aut Respublica, & in ea danda paciscatur de vsuris, ex eo pacto nascitur actio, quod vt lex aliqua efficeret necesse est, cum non soleat ex pacto nasci actio. ergo in ea specie pactum dationi pecuniæ cohæret, & præterea lege adiuuatur, quia parit actionem. & petitionem vsurarum, de quibus conuenit, & tamen pactum nudum dicitur in *l. etiam, D. de vsur.* etiam ex pacto nudo creditæ pecuniæ ciuitatis debentur vsuræ. & eodem modo si in dando frumento mutuo, id est, tempore dationis conueniat de vsuris, pactum est nudum, & cohæret tamen dationi rei vel frumenti & legitimũ est: nam placuit actionem nasci & petitionem vsurarum ex pacto in continenti apposito credito frumenti vel hordei, *l. 12. inf. de vsur.* vbi pactum dicitur nudum. Er-
D go quod vocant vestitum, puta quod fit traditione rei, vel in ingressu contractus, hoc nudum videtur, etsi lege adiuuetur, id est, etsi pariat actionem, *l. etiam, D. de vsur. l. 12. inf. eo. tit.* item pactum cui additur stipulatio, etiam nudum est: illi vestitum vocant, & nudum dicitur in *l. nuda, inf. de contr. stipul.* quod ex eo probari potest, quia etsi pacto sit adiecta stipulatio, ex eo non nascitur actio, sed ex stipulatione. Paulus *lib. 2. Sentent, omnibus pactis stipulatio subiici debet, vt ex stipulatu actio nasci possit.* quia ex pacto nudo non est actio, subiici stipulationem, vt quæ non potest esse ex pacto, sit ex stipulatu. item pactum quod stipulationi
E adiicitur, etiam nudum est, sicut quod adiicitur cæteris contractibus. & hoc potissimum quod adiicitur stipulationi, nec ipsam actionem ex stipulatu format: nam hoc tantum receptum est in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei*, ꝟ. & consequenter non est etiam dicendum literis vestiri pactum nudum siue literarum obligatione: nam literarum obligatio procedit ex alia obligatione: quum transfertur aut deducitur in literarum obligationem, id est transfertur ex alio debito, puta ex mutuo, vel fœnore, vel alio titulo, vt recte Theoph. *in tit. de liter. obligat.* quod non ante mihi potui persuadere verum esse, quam omnino id explicatum legi *l. 6. Theod. de denunt. rescrip.* quæ valde confirmat quod Theoph. tradit. igitur ex alia causa debet trãsferri obligatio in litterarum obligationem. In alio titulo pactum

fuit

fuit nudum, ergo & in literis erit nudum, nec ex his A operimentum accipiet. denique nullum pactum vestitum ponunt quod non possis probare esse nudum, vel contractum potius esse. Idem Barto. male scribit, aliud esse vestire contractum re, aliud rei interuentu. & vult esse separanda, vestiri re mutuũ, commodatum, depositum: vestiri rei interuentu contractum do vt des, do vt facias. Transit perperam a pactis ad contractus: tractabat enim ante de pactis vestitis, modò tractat de contractibus vestitis, & contractus ait vestiri re, aut rei interuentu. vnde is cum legisset in libris nostris pacta, nuda commentus est statim pacta vestita, sicut inter medicos quidam cum legisset morbos acutos, statim commentus est morbos obtusos. sic cur mihi, cum legam apud Barto. contractus vestitos, non B liceat ex aduerso facere contractus nudos? sed hoc vt faciam'ne ipse quidem Barto. feret, nec feram ipse pari iure, vt & appellatione nudi conficiat is nobis statim pacta vestita: & multo minus vt confundat pacta & contractus, quæ accurate semper auctores nostri separant, vt nusquam pactum contractum, vel contractum pactum appellauerint. idemque Græcis accidisse puto, qui nusquam σύμφωνον, συνάλλαγμα vel contra appellant. pacti & contractus vis non est vna. pactum vacat nomine & causa, contractus habet nomen & causam. pactum obligationem non parit, contractus obligationem parit: non feram pari iure separari rem a rei interuentu. mutuum re contrahitur: nam quid est aliud re contrahi quàm rei interuentu C contrahi? nihil ergo interest re dicas, an rei interuentu, sicut nihil interest, siue pretio contrahi emptionem dicas, siue pretij interuentu. ex quo efficitur, etiam falsum esse quod idem interpres tradit ex Iacobo quodam, rei interuentu vestituram fieri, quæ fit tantum in contractibus innominatis: nam mutuum, depositum, commodatum, pignus, nominati sunt contractus, & tamen rei interuentu, id est, datione aut traditione rei aut pecuniæ contrahuntur. ergo, vt ita loquar, rei interuentu vestitura fit in contractibus nominatis, vt in mutuo. at male dicam mutuum rei interuentu vestiri, & male dicam, in contractibus nominatis qui re contrahuntur, velut in mutuo, vel commodato, vel pignore, tacitam inesse conuentio- D nem de reddenda re vel pecunia, in contractibus innominatis exprimendam esse eam conuentionem, puta do vt des, do vt reddas, hoc est falsum: nam etiam in contractibus innominatis tacita inest conuentio, licet non exprimatur, vt in donatione hereditatis, *l. hereditatem, D. de donat.* cui inest tacita conuentio, vt qui accipit hereditatem, satisfaciat creditoribus hereditariis, & etiã donanti, si quid ei defunctus debuerit: & ideo ex ea donatione nascitur actio præscriptis verbis, & est contractus innominatus, cui tamen tacita inest conuentio vt soluat creditoribus: ergo falsum est conuentionem de reddendo, de, vicissim dando exprimendam esse in contractibus innominatis: nam id pro cauto habetur. Idem auctor acute pacta siue contractus dicit: non enim inter se confundit, ait, contractus vestitos recte dici, non vestiri: vestitos E contractus nasci, non fieri, vestiri nudos: nullos esse nudos contractus. ergo nullos vestiri. nasci contractus vestitos re, aut verbis, aut literis, aut consensu, sicut homo, vtitur enim hoc exemplo, nascitur veste carnis indutus, ita contractus nascuntur vestiti, nec vestimenta accipiunt. quid igitur si contractus ab initio vestitus sit puta credita pecunia, si vestitus re, quale est mutuum, & ex interuallo, non nouandi animo interponatur stipulatio creditæ pecuniæ, an non recte dicam vt minui stipulatione, contractum stipulatione vestiri? corroboratur enim addita stipulatione, & vestiri corroborari est, & vestitum vestire num est absurdum: exemplum sit homo quo vtitur, veste carnis

indutus, vestimentum est primum, deinde vestitur togis: sic igitur & mutuum quod ortu suo est re vestitum, vestitur postea rectè stipulatione adhibita, & licet si stipulatio addatur mutuo ex continenti vnus sit contractus, id est, stipulatio, si sit vtilis, & mutuum si stipulatio sit inutilis, *l. 6. §. vlt. & l. seq. d. de. nouat.* etsi, inquam, si mutuo ex continenti addatur stipulatio vnus sit contractus, id est, stipulatio, vel mutuum, tamen si ex interuallo non nouandi causâ addatur stipulatio, vel duo sunt contractus, & prior corroboratur posteriore, quanquam stipulatio vacet. M. Tullius in fine orationis pro Roscio Comœdo: *cum,* inquit, *sine cautione & repromißione illi debeatur qui nulla diligentia fuit vt diligenter stipularetur.* Idem hic tentat, ex contractibus qui consensu contrahuntur, non nasci ciuilem obligationem, nasci naturalem tantum, veluti emptione, mandato, locatione. sed si ex his contractibus nascatur tantum obligatio naturalis, ideo consequens est non nasci actionem obligatoriam, falsum est ex his contractibus non nasci actionem, ergo falsum est naturalem nasci, non ciuilem, & id tantum tentat Barto. non probat, & nititur hac ratione forti, pactum nudum non tollit obligationem ciuilem: pactum nudum tollit obligationem consensu contractam. ergo obligatio consensu contracta non est ciuilis. non est necessaria collectio: est propositio vera. assumptio probatur *l. iuris gentium §. adeo, D. de pact.* quæ dicit pacto resolui iure emptionem, cum placet inter contrahentes vt recedatur ab emptione, vel in totum, vel pro parte. pactum ergo tollit obligationem consensu contractam. & vt respondeamus huic quæstioni, nescit plane respondere. debuit hoc modo: emptionem pacto resolui ipso iure, atque ita obligationem consensu contractam non tam potestate pacti, quam iudicij bonæ fidei, cui tacita inest exceptio pacti, *l. 3. D. de rescind. vend.* tollitur obligatio empti vẽditi quæ fuerat consensu contracta per exceptionem. si pactum per se solum spectes. tollitur ipso iure, æquitate arbitrij bonæ fidei cui inest exceptio pacti vel doli, etiam si non opponatur, & ita ait *l. ab emptione, D. de pact.* hanc pactionem vt recedatur ab emptione bonæ fidei interpretationem admittere: quia, inquit, bonæ fidei interpretatio ad quam omnia hæc rediguntur, hanc quoque conuentionem admittit: ex quo intelligimus, non lege ipsa pacto tolli obligationem consensu contractam, sed interpretatione bonæ fidei. tollitur ergo non ipso iure plane. At cur tollitur pacto? quia exceptio pacti inest arbitrio bonæ fidei, etiamsi non opponatur: tollitur ergo non tam pacto quam per exceptionem quæ inest iudiciis bonæ fidei, etiam si non opponatur, alioqui si esset strictum iudicium, non tolleretur actio ipso iure nisi opposita exceptione, *l. 3. inf. de rescind. vend.* & ita etiam hypotheca quæ pacto constituitur, si conuenerit de non petendo, non tollitur nisi opposita exceptione, *l. si tibi §. de pignore, D. de pact.* non quasi hæc sit potestas pacti vt consumat obligationem ciuilem sine exceptione. Sed non opponitur exceptio: quia bonæ fidei arbitrium non exigit vt omnes exceptiones opponantur. & ita debuit respondere. reliqua quæ supersunt cras explicabo.

Dixi nudius tertius, ex contractibus qui consensu contrahuntur, nasci obligationem naturalem tantum, non ciuilem, tentari hoc arg. posse. pactum ipso iure non tollit ciuilem obligationem: pactum ipso iure tollit obligationem consensu contractam, ergo obligatio consensu contracta non est ciuilis. hoc arg. tentare quis potest obligationem eam quæ consensu contrahitur esse naturalem tantum, non etiam ciuilem. cui ita respondi: pactum obligationem consensu contractam veluti empti venditi tollit, non plane ipso iure, sed per exceptionem pacti, quod tamen necess-

non eſt opponi, propter æquitatem iudicij bonæ fidei, quæ tacite complectitur exceptionem pacti etiam non oppoſitam. bonæ fidei ergo interpretatio facit vt exceptio, quæ oppoſita non eſt, oppoſita videatur. eo pacto reſoluetur emptio non quidem ipſo iure, ſed per exceptionem tacitam & interpretationem bonæ fidei, vt ait *l. ab emptione, D. de pact.* quod bonæ fidei nomen manat latiſſime & ambitu ſuo complectitur exceptionem pacti & doli, *l. ſed ſi ideo, D. ſolut. mat. l. 3. D. de reſcind. vend.*

Aliter tamen Bartol. reſpondet, cui modo damus operam: quæ enim veriora eſſe exiſtimamus & proprie pertinere ad *l.* 10. ea diſcutienda ſuſcipimus. capio ex Bart. quæ probabiliora videntur, & reiicio quæ probabilitatem nullam habent. Is ergo reſpondet in hunc modum. Pacto nudo ipſo iure tolli obligationem conſenſu contractam etiam ciuilem, quia etiam pacto nudo fuerat conſtituta & perfecta: pacto, inquam, nudo ipſo iure tolli obligationem empti venditi etiam ciuilem, quia pacto nudo fuerat conſtituta ciuilis obligatio. & hoc eſt naturale, vt prout quidque contractum eſt ita ſoluatur, *l. prout, D. de ſolut.* nego pacto nudo perfici emptionem. paſſim legitur, nudo conſenſu perfici emptionem, nuſquam autem pacto nudo legitur perfici emptionem. non idem eſt pactum nudum, & nudus conſenſus, quo emptio perficitur, & naſcitur obligatio: & captio eſt ex accidenti ſi quis ita argumentetur. nudum pactum eſt nudus conſenſus, nudo conſenſu perficitur emptio & venditio, ergo pacto perficitur emptio & venditio. Nam propoſitio non eſt abſolute vera, ſed conſenſus nudus qui non tranſit in proprium nomen contractus, is ſcilicet eſt pactio: conſenſus autem ille proprium nomen habet, vt, verbi gratia, ſi duo conſenſerunt inuicem de re tradenda & de pretio, hæc conuentio ſtatim tranſit in proprium nomen contractus, *l. iuris gentium, D. de pact.* conſenſus autem nihil aliud eſt quam conuentio, *l.* 1. §. *adeo, D. de pact.* Lex ait, nullam eſſe obligationem quæ in ſe non habeat conuentionem. & mox ſubiicit: nam etſi ſtipulatio non habeat conſenſum, nulla eſt. idem ergo conuentio & conſenſus. Conuentio eſt genus, ergo conſenſus etiam eſt genus: nam & ſpecies hæ ſunt pactum, & contractus. pactum omne eſt conuentio nuda, at contractus aut eſt conuentio nuda, vt ecce venditio. quid eſt venditio, emptio? eſt conuentio nuda rei tradendæ certo pretio. eſt perfecta definitio. quid eſt conductio, locatio? eſt conuentio nuda fruendi vel faciendi certo pretio. aut contractus eſt conuentio quæ ex re vel verbis initium obligationi præbet non ex conuentione ſola. vt ecce depoſitum, quid eſt depoſitum? eſt conuentio cuſtodiendæ eius rei quæ traditur ſine mercede, interpoſita reddendi fide. eſt perfecta definitio. mutuum quid eſt? eſt conuentio pecuniæ creditæ & datæ ea lege vt tantumdem reddatur. quid eſt ſtipulatio? eſt conuentio ſolennibus verbis ex interrogatione & reſponſione confecta. hæ igitur conuentiones non ſunt conuentiones nudæ. denique contractus aut eſt conuentio nuda, aut conuentio quæ exigit, vt perficiatur, res aut verba. Male etiam idem Bartol. ſcribit, conſenſum eſſe veſtem emptionis ſimiliumque contractuum. Dico, conſenſus perficit emptionem, veſtis non eſt perfectio rei: ergo conſenſus non eſt veſtis emptionis. veſtem dixere Accurſ. & Bart. cum hoc loco, tum etiam in *l. iuris gentium* §. *quinimo,* conſenſum eſſe veſtem quam exiguam & leuem, vt loquuntur. quod etiam ſi conceſſero, non tamen hæc veſtis fecerit vt dixerim emptionem eſſe contractum veſtitum, nam vt ait Ariſtot. paria ſunt veſtem habere exiguam, & nullam veſtem habere: ὁμοίως ὅλως μὴ ἔχειν τὸ φαῦλον ἢ τὸ μικρὸν ἔχειν. & noſtri auctores admittunt ex *l quoties, D. qui ſatiſd. cog.* Rurſus ſi conſenſus eſt veſtis emptionis ſimiliumque contractuum,

A cur non & pactorum? contractus ſolo conſenſu perfecti, veſtiti ſunt. demus hoc, ſed ſunt etiam pacta veſtita quæ ſolo conſenſu perficiuntur, hoc tamen nolunt, vt conſenſus veſtiat pactum. merito ergo nolim vt conſenſus veſtiat contractum: ſed vt differentiæ rationem afferant pacta ſunt frigidiora. ita ſcripſit Accur. in §. *quinimo.* non indigent veſte conſenſus, contractus ſunt calidiores. hæc ſufficient ex nugationibus quas hic afferunt interpretes, in reliquis grauiores forſitan offenſuri. Bartol. adiicit, donatione perfecta pacto, non naſci actionem ex pacto, ſed condictionem naſci ex *l. ſi quis argentum, inf. de donat.* fatetur pacto hodie perfici donationem, ſed actionē non dari ex eo pacto, dari tamen
B condictionem ex lege Iuſtiniani. fateor dari condictionem ex lege aduerſus donatorem vt impleat donationem & perficiat, vt rem donatam tradat, & ita ait Nou. 62. eſſe condictionē ex lege, ſed quod dicatur eſſe condictio ex lege, nō ideo minus eſt ex pacto actio, vt actio hypothecaria dicitur eſſe ex edicto Prætoris, & tamen eſt ex pacto, *l. ſi tibi* §. *ſi pignore, D. de pact.* & ita de donatione lege Iuſtiniani datur cōdictio ex pacto: vtrumque eſt pactum hypotheca & donatio, non contractus: nam vt hypotheca duorum conſenſu perficitur, ita & donatio. nec enim eſt donatio niſi is cui donatur conſenſerit. donatio quæ fit μονομερῶς, id eſt, non accipiente donatario, non valet, pollicitatio eſt, non pactio: ex pacto donationis eſt actio, ex pollicitatione donationis non eſt actio, quod demonſtrat conſtitutio Græca quæ deſideratur in *tit. de ſacroſ. eccl. ſup.* qua cauetur vt valeat
C donatio ſi quis locum pietati dedicauerit, etſi nemo fuerit qui dedicationi interfuerit. hanc donationem non vitiari propter μονομερίαν, alioqui demonſtrat, non valere factam ex vna tantum parte. vt ergo, quæ edicto Prætoris datur actio de hypotheca, eſt ex pacto, ita quæ lege Iuſtiniani datur, actio de donatione eſt ex pacto: & quamuis dicatur eſſe condictio ex lege, non ideo minus eſt ex pacto, ſed condictio dicitur ex lege, quod eam lex Iuſtiniani dederit ex pacto. Præterea adiicit Barto. pactum veſtiri opere cœpto, id eſt, ſi quis cœperit dare aut facere quod promiſerat. Namque quod cœperit dare aut facere quod promiſerat, obligari eum in hoc vt cœptum peragat, atque ita opere cœpto pactum veſtiri & parere obligationem. ſed tamen hoc Bart. videtur improbare, & recte, ſed liquido non demonſtrat qua ratione improbet. Id demon-
D ſtremus. quod dicitur eum qui cœpit opus facere, obligari in hoc vt perficiat opus, vel eum qui cœpit pecuniam ſoluere, obligari in hoc vt perſoluat, id habet tantum locum in pollicitatione facta Reip. non in pacto. Sed dicet aliquis: ſi hoc habet locum in pollicitatione, & in pacto multo magis. Nam plus eſt pactum quam pollicitatio. pactum duorum conſenſu efficitur, pollicitatio ſolius offerentis promiſſione. pollicitatio eſt animi vnius hominis, pactum duorum aut plurium. plus eſt pactum quam pollicitatio: vnde ſi qui ex pollicitatione cœpit dare aut facere, obligatur vt rem peragat, cur quis ex pacto non obligatur vt fidem perſoluat? vt intelligatur ratio differentiæ, ſcien-
E dum eſt, ex pollicitatione actionem dari duobus aut tribus caſibus. primum datur actio ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem, inf. de dot. prom.* ergo dabitur etiam ex pacto dotis. non dabatur olim actio de dote niſi ex ſtipulatione vel dictione dotis, quæ fiebat ſolennibus verbis citra ſtipulationem a certis perſonis, vt ab auo, patre, non extraneis, vt ait Vlpia. in fragm. hodie citra ſtipulationem dos conſtituitur pollicitatione ſola, & ex ea actio competit, *d. leg. ad exactionem.* denique ex pacto dotis eſt actio. Item ex pollicitatione operis vel pecuniæ facta Reip non priuato homini eſt actio, vt ſi quis ob honorem decretum vel decernendum, vel ob aliam iuſtam cauſam veluti ob incendium, vel terræ motum, vel aliquam

ruinam

ruinam quæ ciuitati contigit, si quis, inquam, ob iustam causam polliceatur ciuitati, se quid facturum vel pecuniam daturum, hic obligatur ex pollicitatione, in *l. 1. & 3. D. de pollicit.* obligatur hic etiam ex pacto si paciscatur ob iustam causam cum actore ciuitatis se pecuniam daturum vel aliquid facturum, & ita erit ex pacto actio. at si quis sine causa promiserit vltro Reip. se aliquid facturum, non obligatur, nisi cœperit opus facere vel pecuniam soluere: cum enim cœpit, obligatur ex constitutionibus & reliquum præstare, *d. l. 1. & 3. de pollicit.* idem admittemus in pacto, si quis paciscatur cum actore Reip. sine causa se aliquid facturum: nam æquum est, vt hic, si cœpit dare aut facere, reliquum persoluat exemplo pollicitationis. Sed non idem erit si pactum vel pollicitatio fiat priuato: in multis quidem ciuitates priuatis comparantur, *l. inter, de verb. signif.* sed in hac causa separabimus ciuitates a priuatis: nam hoc est e re ciuitatis vt temere ne polliceantur. Quare qui pollicitus est Reip. cum causa, statim obligatur, & qui sine causa cœpit facere, obligatur in residuum & continuum. sed qui pollicitus est quid priuato, is etiamsi cœperit ex pollicitatione agere vel facere, non obligatur, *l. 7. inf. de vsur. l. si certis annis inf. hic.* Ex pacto debebat centum annua, eam soluit pecuniam certis annis. an cogetur reliquis annis soluere? minime: item ex pollicitatione solutione facta per annum, non est in residuum actio. est & plerisque aliis causis ex pacto actio, licet non sit ex pollicitatione, vt ex pacto donationis, hodie est actio ex constitutione Iustiniani, ex pollicitatione donationis hodie non est actio nisi fiat Reip. aut Ecclesiæ, aut pietatis nomine & intuitu. donatio quæ fit pollicitatione ea est quæ non accipitur a donatario, ex pollicitatione donationis non est actio, ex pactione tamen dicimus generaliter esse actionem. Et est tertius casus, nempe ex voto *l. 2. inf. de pollicit.* & non male sub tit. de pollicitationibus tractatur de voto. votum est species pollicitationis, & sunt affinia vocabula, polliceri, & pollucere: nam pollucere est vouere diis. ex his liquet quid distet hac in re pactum a pollicitatione, & verum non esse pactum vestiri opere cœpto, vt ait lex *si certis annis inf. hic*, nisi factum sit Reip. quia voluntas collata in Remp. pœnitentia non reuocatur, vt collata in priuatum voluntas: cum iure non sit obligatus qui nudo pacto priuato promittit, nec si volui hodie, & nolim cras, iure obligatus sum. Præterea docet Bartol. pactum vestiri iureiurando. hoc est omnino verum: nam qua forma dicit Bartol. pactum vestiri stipulatione subiecta, cur non & ipse dicam, pactum vestiri iureiurando subiecto? verum est, efficacissimum esse pactum cui subditum est iusiurandum, *l. si quis maior, inf. de transact.* Sed hoc modo quicquid fuit pactum ita explicandum est: aut iurat quis se daturum aut facturum. hoc nihil pertinet ad pactiones, quia non paciscitur, sed iurat: an est ideo actio? minime. vt ex pacto & pollicitatione non est actio, ita ex iureiurando non est actio. excipitur vnus casus qui introductus est lege Iulia & Papia, si libertus post manumissionem receptam statim iuret se præstaturum patrono pecuniam vel operas. hoc solo casu obligatur quis in operis vel pecunia, *l. 7. inf. de oper. liber.* Dices, in *l. si quis, pro eo, D. de fideiussor.* quidam quasi libertus iurauit se operas daturum cum non esset libertus, & fideiussorem dedit. quæritur, an obligetur fideiussor? lex ait non obligari. Imo vero, quia fideiussor accedere potest naturali obligationi & adiungitur ei recte, satis est, vt fideiussio valeat, si præcedat debitum, & ex iureiurando est obligatio, sicut ex pacto. coniungitur pactum & iusiurandum, *l. Stichum §. naturalis, D. de solut.* Vt iureiurando, ita pacto tollitur naturalis obligatio: & vt ex pa-

A cto & ex iureiurando nascitur naturalis obligatio, sic etiam tollitur. qui ergo iurat se operas daturum, etsi non sit libertus, obligatur naturaliter: ergo & fideiussor. Sed respondendum est, in hac specie, cum qui iurat se operas daturum, iurasse quasi libertum, etsi seruus esset. Sed si patronus in fauorem libertatis exigat iusiurandum a seruo, quo iuret se post libertatem operas daturum, hic iurauit cum seruus adhuc esset, vel iurauit statim post manumissionem, vt in *l. vlt. D. de liber. cau.* vt libertus, in *d. l. si quis* iurauit quasi libertus, cum libertus non esset. Igitur videndum est: nam si appareat nullam fuisse manumissionem, consequens erit ex eo iureiurando nullam natam obligationem, nec naturalem quidem, & inde fideiussorem non teneri: alioqui si ponas B naturalem obligationem, necesse est vt fideiussor obligetur ciuiliter, *l. & per iusiurandum, D. de accept.* quæ docet obligationem cum promisit libertus operas tolli acceptilatione, tametsi vulgo dicatur, acceptilatione tantum tolli verborum obligationem. sed verborum obligatio non contrahitur per vnum modum tantum, id est, per interrogationem & responsionem. contrahitur tribus modis, per stipulationem, per iusiurandum liberti, & per dictionem dotis. his tribus modis contrahitur obligatio verborum, & eadem tollitur acceptilatione: nam quodcunque verbis quoquo modo contractum est, verbis tollitur per acceptilationem. Sed obligatio quæ contrahitur per pollicitationem vel pactionem, an C tollitur, & perimitur acceptilatione. minime: quia pollicitatio & pactio non fiunt solemnibus verbis. pactione, actio & obligatio quæ fit consensu, contrahitur, aut tollitur: nam actio quæ tollitur pacto, non fit solemnibus verbis: solemnia sunt acceptilationis verba. dictio etiam dotis solemnibus verbis fit, & ne dixeris arg. *l. & per iusiurandum*, obligationem constitutam per pactionem vel pollicitationem acceptilatione tolli. tractatur de eo genere obligationis in *l. 7. D. de oper. liber. & l. 6. §. si qui absente, D. de confess.* In quo §. conferuntur hæc tria, res iudicata, iusiurandum liberti, & confessio. iudicatum me absente aduersus me non valet, confessio non valet, iusiurandum a seruo absente patrono non valet, vt dixi supra. donatio facta μονομερῶς non valet: idem D est statuendum de confessione facta μονομερῶς. ea nullius est momenti absente aduersario: idem de iureiurando liberti, quod quidem solum parit obligationem: nam & hoc iusiurandum nullius est momenti nisi fiat accipiente patrono, aut ergo iurat se facturum, aut pacto adiicit iusiurandum. hoc casu, si seruandum est pactum, & iusiurandum igitur. si seruandum non est pactum, nec iusiurandum, *l. iuris gentium §. generaliter, D. de pact. l. non dubium, sup. de legib.* licet aliud sit iure pontificio: nam etiam seruandum est iusiurandum, licet sit contra bonos mores ciuiles, vt si contenta sit filia dote, & paciscatur, ne quid amplius petat in bonis paternis, quæ pactio licet sit persola, vt Plautus ait, qui persolum oculum in lusco esse ait, seruabitur tamẽ E iusiurandum quod pactioni subiicitur. at iure ciuili vbi non est seruandum pactum, nec etiam iusiurandum, nec facit adiectio iurisiurandi vt detur actio, nec ex iureiurando, ergo nec ex vtroque: nam ex pacto iterato sæpius non datur actio: iteratio enim nihil adiicit. nec his aduersatur quod olim ex constituto si pacto adiiciatur, constituta est actio ex edicto Prætoris: nam constitutum non est pactum, plus est quam pactum, quod & verbum satis significat: hoc enim verbum *constituendi* significat consensum, quod etiam adiectio diei demonstrat: nam constitutio omnis est in diem. constituit quis & recipit se daturum quod pepigit illo die, vel in decimum constituisse intelligitur, vt *l. promissor, de const. pecun.*

ergo plus eſt conſtitutum quam pactum iteratum. Igitur ex conſtituto actio naſcitur. Diximus etiam ex *l. ſi quis maior*, pactum veſtiri iureiurando, id eſt, dari actionem ex pacto cui ſubiectum eſt iuſiurandum. Poſtremo, aut iurat quis ſibi deberi aliquid, & hoc nihil ad pactiones. an ex hoc iureiurando eſt actio? minime: non eſt actio propria, ſed eſt actio iudicati vtilis: nam poſtquam iuratum eſt, iudex dat litem ſecundum eum qui iurat ſibi deberi, & dicitur competere vtilis actio iudicati, & ita appellatur ſæpe *tit. de iureiur.* non datur actio ex priore cauſa debiti ex quo iurat ſibi deberi, quia nouatur iudicato. Igitur cum ſecundum iuſiurandum ſequitur pronunciatio iudicis, nouatur prior actio, & eſt actio iudicati, quæ dicitur vtilis. actio iudicati, directa actio eſt ſi iudicium exerceatur inter inuitos. actio iudicati vtilis eſt, ſi iudicium exerceatur inter volentes, ſi pronuntietur inter volentes vt hoc caſu, ex quo datur vtilis actio iudicati, vel ſi non ſequatur ſententia, de iureiurando dabitur actio ex priſtina cauſa, vt ex cauſa empti venditi, dabitur actio ex empto vendito, *l. ſi duo §. Marcellus, D. de iureiur.* Quædam reſtant alia ex Bartolo, quæ cras explicabo.

Expoſitis veſtimentis pacti, Bartolus pacti nudi definitionem ponit huiuſmodi. Pactum nudum eſt id quod veſtitum non eſt. definitio eſt ex contrario vitioſa, quia ponitur ex contrario pacti, quod contrarium non eſt. quod ita probo. Contrarij ſenſus non eſt ſine contrario altero. pacti nudi ſenſus eſt ſine veſtito. ergo pactum nudum veſtito contrarium non eſt. Rurſus quod nuſquam eſt, contrarium alteri eſſe non poteſt. pactum veſtitum nuſquam eſt. ergo pactum veſtitum nudo non erit contrarium, nec priuatio veſtis erit definitio pacti nudi. nuditas in pacto non eſt priuatio veſtis, ſed ſimplicitas, cum placitum ſcilicet pacti ſine ſtetit, nec proceſſit vlterius. pacta & contractus ſunt contraria; eorum enim vis & ratio eſt diuerſa. pactum eſt conuentio quæ vacat nomine, & cauſa. contractus eſt conuentio prædita nomine & cauſa. contractus ciuilem obligationem parit, pactum non parit. ergo ex contrario, ſi vis definire pactum ſic debes. Pactum eſt quod non tranſit in nomen vel cauſam contractus. vel pactum eſt quod non eſt contractus. protulit tamen & aliam definitionem ex *l. 1. D. de pact.* quæ veriſſima eſt. pactum nudum eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, quæ eſt definitio pacti nudi. pactum ergo nudum eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus, vt ſcriptum eſt in Pand. Flor. ſed ita conſtruere debemus, pactum eſt conſenſus duorum aut plurium in idem placitum, in idem ἀρεστὸν, & conſenſus quidem perſolus ac ſimplex, id eſt, nihil niſi conſenſus. Ergo pactum nudum conſenſus perſolus ac ſimplex, nihilque præterea. duorum vel plurium in idem placitum, perfecta eſt definitio. Multas alias definitiones pacti nos tradidimus in præfatione huius tit. & omnes ſunt bonæ: nam nihil vetat quin poſſit res vna multifariam definiri: dum ſeruetur eadem notio ſemper. poſſunt mutari vocabula, non tamen notiones, vt medicus ſcribit in methodi. παμπόλλους ὁρισμοὺς ἔνεστι ποιεῖν ἑνὸς πράγματος ἐν ταῖς φωναῖς μόνον, οὐκ ἐν τοῖς σχήμασι διαφέροντας, &c. Poſt definitionem pacti Bartol. ponit duo exempla pacti quæ ſunt ex Accurſ. *iuris gentium §. ſed cum nulla, de pact.* vnum, ſi pactum ſit inter conuenientes vt ea conuentio eſſet pactum, erit pactum, *l. iuris gentium. §. quod fere, de pact.* alterum ſi ſtipulatio fiat inter abſentes, quæ ſtipulatio eſt inutilis. eam conuentionem non poſſumus tueri iure ſtipulationis, ſed iure pacti, arg. *leg. ſi vnus §. pen. D. de pact.* hoc igitur ponit pro exemplo pacti nudi. ego vero non accipio pro exemplo: nam dum hoc mihi proponitur, omne pactum eſſe nudum, audio ſtipulationem inutilem habere vim pacti, ſed exemplum pacti non video, quod mihi repræſentet formam pacti. quæro qua forma ſit pactum nudum, quæ eſt conceptio pacti nudi, quod non dicit, qui mihi obiicit mentem tantum conuenientium: exemplum mihi non exhibet pacti, qui dicit ſtipulationem inutilem factam inter abſentes habere vim pacti. hoc itaque ſit exemplum, do vt des, eſt contractus, quia ſubeſt cauſa, id eſt, datio: nomen non ſubeſt, quia conuentio caret nomine. ſed quia cauſa ſubeſt, eſt contractus. dabo vt des, eſt pactum nudum, quia hæc conuentio neque datione, neque ſtipulatione ſumpſit effectum, nec tranſit in vllum proprium nomen contractus. verbi gratia, dabis mihi togam, ego pallium, conſenſus eſt nudus; ſimplex, ſine nomine, in idem placitum conſenſus ſine cauſa factus, ſine ſtipulatione: ergo nudum eſt pactum. dabo equum, tu mihi dabis veſtem: & ita etiam ſi conueniat inter creditorem & debitorem, vt creditor non petat pecuniam a debitore vel contra, pactum eſt nudum, ſi non ſubiiciatur ſtipulatio ſolemnis, *l. litigatores §. interdum, D. de recept. arbit.* & ſimiliter ſi inter me & te conueniat, vt tu mihi reddas pecuniam, quam ego Titio numeraui, vti reddas pactio eſt nuda, *l. ſi tibi inf. de loc. & cond.* Et ita inter coheredes ſi conueniat de partibus hereditariis faciendis ex portione, ſed nondum ſint factæ, & permutatæ inuicem, pactum eſt nudum diuiſionis, *ſi diuiſionem, inf. famil. erciſc.* Nam res non exceſſit fines placiti, res ſtetit finibus placiti, nec eſt progreſſa vlterius. ergo conuentio eſt ſimplex cum diuiſione nondum ſumpſerit effectum, nec ſtipulatione vlla. & ob id Græci recte definiunt ita, ψιλὸν σύμφωνόν ἐστιν ἡνίκα μὴ προηγήσηται δόσις ἢ ποίησις, ἀλλὰ μόνον συστῇ ἐπὶ δόσει ἢ ποιήσει, id eſt, *nudum pactum eſt, cum non interuenit datio aut factum, ſed conſtitit conuentio in eo vt daretur vel fieret aliquid.* Sed pleniorem definitionem fecerimus, ſi adiecerimus etiam nomen non interuenire vllum, aut non ſubeſſe. nam emptio venditio nullam habet cauſam: Perficitur enim ſolo conſenſu, ſine traditione rei, aut datione pecuniæ, & hæc priuſquam acta ſint, perfecta eſt emptio & venditio ſolo conſenſu. nec tamen eſt pactum nudum, quia hæc conuentio proprium nomen habet: videtur ergo ſecundum ea quæ dixi omne pactum fieri eadem forma qua fit ſtipulatio: nam vt ſtipulatio ita fit recte, dabis dabo, ita pactum nudum ita fit recte, pecuniam illam non petes; non petam, dabis pecuniam, dabo, & retro, tu vero viciſſim dabis pecuniam, dabo, proponi videtur eadem forma pactum qua ſtipulatio. vnde in *l. iuris gentium §. quod fer. D. de pact.* quæritur hæc verba, *rogauit Titius, ſpopondit Mæuius*, quæ ſolent fere inſeri in nouiſſima parte pactorum, an habeantur ſtipulationis loco, an pactionis, deinde ſubiicit: *hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur, ſed etiam ſtipulationis*: inanis eſt quæſtio; niſi conueniant verba tam pactioni, quam ſtipulationi. videtur ergo eadem ſtipulationis, & pactionis formula: promittendi verbum eſt commune innumeris locis. complectitur enim tria. ſponſionem factam ſtipulatori, & pollicitationem, & pactionem nudam: quæ pollicitatio eſt, ſolius promiſſio dicitur. qui pollicetur promittere dicitur, & qui ſpondet ſtipulanti promittere dicitur, & inde ratio nominis, quod omnes hi profiteantur ſe daturos aliquid vel facturos. qui paciſcitur, ſpondet, pollicetur, promittit, ſe aliquid facturum. promittere nihil eſt, quam profiteri vt apud Petronium Arbitrum, *teſtibus tuis* inquit, *obſtem, aliquid aliud promittam*, id eſt, aliud aliquid profitebor. qua ergo nota diſcernemus ſtipulationem a pacto? nudo animo ſcilicet conuenientium, & fine atque concluſione tractatus.

tractatus. pacto subiici solet stipulatio. si ergo id quod pactus fuero tecum rogaui, deinde tu spopondisti, & forte ita instrumento scriptum est, me rogasse, te spopondisse quod pepigeram ante, proculdubio stipulatio est: nisi specialiter contrarium probetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed paciscentium: nam si discedimus vt pacti, pactum est, si vero discedimus vt stipulati, stipulatio est: & ideo inspicienda est conclusio tractatus habita inter duos pluresve. ex eo intelligemus sit pactum an stipulatio. Si ergo scriptum pactum sit nudum vel stipulatio, tractatus habetur pro stipulatione, & in instrumentis etiam si non fiat mentio interrogationis vel responsionis, accipiemus pro stipulatione, modo sit stipulatio confecta inter præsentes: nam hoc exigitur, *l. 1. inf. de contr. stip. l. ea quæ D. de donat. int. vir. & vxo. l. Titia* §. 1. *D. de verb. oblig. & l. 30. eo. tit. & §. si forte, Instit. de verb. oblig.* exigitur vt res sit gesta inter præsentes, alias, si gesta sit inter absentes, si quis alteri miserit cautionem in qua scripserit se promittere, hanc scripturam non possumus accipere pr. stipul atione, quia stipulatio fit inter præsentes. accipimus tamen eam pro pactione. ergo si inter præsentes res gesta est, stipulatio est, si inter absentes, pactum est, non stipulatio, quia stipulatio non fit nisi inter præsentes, *l. 1. D. de verb. oblig.* quia fit solemniter, coram fit, præsentibus his quorum res agitur, & exigit stipulatio verba solemnia. solemnia verba non sunt quæ scribuntur, sed quæ pronunciatur coram, aut nuncupantur: & non est stipulatio nisi fiat coram, non scriptis, sed verbis palam nuncupatis, datis redditisque vicissim. sed pactio quæ fit quocunque modo, recte fit inter absentes, *l. 2. D. de pact.* verum finge: inter absentes animus fuit contrahendæ stipulationis, & scripsit vnus alteri se promittere centum, vel quid aliud stipulationis iure, & ita contraxerunt stipulationem. stipulatio est inutilis: sed quæritur an habeat vim pacti, quod nusquam concedendum est, & Bartol. hoc lo co non concedit, qui vtitur arg. *l. non codicillum, inf. de testam.* qui voluit testamentum facere & fecit inutiliter, eius voluntatem iure codicillorum non tuebimur, quia non voluit facere codicillos, sed testamentum: ita si animus fuerit stipulationis contrahendæ, eam stipulationem non tuebimur pacti iure, quia noluerit pacisci, sed contrahere, *l. 1. §. si quis, D. de verb. oblig.* Si quis ita interrogatus dabis, non respondeat, dabo, sed ita quidni? valet stipulatio. sed si interrogatus dabis, nihil respondeat, sed annuat, an est perfecta stipulatio? minime. est imperfecta stipulatio cum fine verbis is qui interrogatur annuit: nam non contrahitur: & ideo non obligatus est qui annuit, ne naturaliter quidem. Hæc ergo stipulatio est inutilis, nec huic inest pactum, quia obligaretur naturaliter: & ideo dicitur, eum qui annuit nec naturaliter, nec ciuiliter obligari, & fideiussorem non teneri. ac eodem modo constat inutilem stipulationem non habere vim constitutæ pecuniæ, *l. 1. §. eum qui, D. de constit. pec.* & eadem ratione in *l. si quis pro eo, in prin. D. de fideiuss.* si is qui non erat libertus promisit se operas præstaturum, & dederit fideiussorem, fideiussor non tenetur. ergo non valet etiam prior obligatio, *l. 7. D. de oper. liber.* ergo si is qui non erat libertus, sed seruus, quasi libertus iurauerit, inutile est iusiurandum: & ideo quia iurauit nec naturaliter quidem obligatur. iuriiurando inutili non inest consensus, sicut stipulationi inutili non inest consensus siue pactio: quia iurare voluit non pacisci, aut polliceri. ex iureiurando obligari voluit, non ex pollicitatione vel pactione. si non valeat iusiurandum, nec constituitur ex eo obligatio vlla, nec ciuilis, nec naturalis. ergo vt non inest stipulationi pactio, ita iuriiurando inutili non inest consensus, non pactio, non pollicitatio, & fideiussor non tenetur. Nec moueri debemus *l. si vnus §. pen. D. de pact.* cui congruit *l. an inutilis, & l. si accepto latum, D. de accept. & l. cum emptor, D. de resc. vend.* consentiunt in hoc eæ ll. vt acceptilatio inutilis habeat vim pacti. id quod contractum est re, non potest tolli acceptilatione, quia verborum tantum obligatio acceptilatione tollitur; fit enim verbis; & quod fit verbis, verbis tollitur. quod re contractum est, inutiliter tollitur per acceptilationem: ergo etiam si acceptum feram id cui dando aduersarius obligatus est re, acceptilatio est inutilis. Sed an videtur tacite id actum vt non petam? sic certe. si acceptilatio est inutilis, tacita pactione id actum videtur ne petatur. sed argumentamur male ab acceptilatione ad stipulationem. prócliuiores sumus ad liberandum quam ad obligandum, *l. Arrianus, D. de oblig. & action.* non temere constituimus obligationem, facile liberamus. nec licet nobis a liberatione ad obligationem argumentari. ergo nihil moueri eo debemus. Post hæc Bartol. tradit, duas esse virtutes pacti, sic eas appellat. vnam pariendi actionem si sit vestitum, vbi dicendum, si sit legitimum: nullum enim est vestitum: alteram formandi actionem ipso iure, sic legendum, si fiat in ipso contractu ex continenti, & formandi ipsam actionem contractus, si fiat ex continenti, & quid sit ex continenti interpretatur recte, si fiat nulla intermixta aliena actione, nisi casus aliquis naturalis incidit, qui coegerit vnum ex contrahentibus paulum secedere, *l. cum antiquitas, inf. de test. l. duos §. vlt. D. de duob. rei stip.* denique ait, incontinenti fieri quod fit in ipso contractu, nondum absoluto contractu. Græci id explicant de verbo ad verbum, vt proprie dicant pactum, in continenti quod fit συγχρόνως, id est, in ipso tempore contractus: nam quod fit peracto contractu absolutoque, fit ex interuallo. & ita si pactum fuerit ex continenti, format, inquit, ipsam actionem, format contractum: sed adiicit præterea, & nouam parere actionem præsc. verbis. duo ergo ex sententia Bartoli, pactum quod in continenti apponitur, præstat: format primum actionem quæ nascitur ex contractu, & quodammodo dat formam certam, deinde facit nouam actionem præs. verb. hoc non admitto. id male colligit ex *l. 2. inf. de pact. int. emp. & vend.* pactus est emptor cum venditore rem sibi reddi oblato pretio quandocumque. Id vero cohærebat contractui. vt impleatur fides pacti huius, lex ait agendum esse præscr. verb. vel ex vendito. ergo ex lege adiecta contractui in continenti nascitur actio præs. verb. Sed nihil eo moueri debemus, quia subiicit, statim dari ex vendito. superuacua igitur actio præscr. verb. quia non datur nisi deficientibus his quæ nomen habent, vt *l. Labeo, D. de contr. empt.* impugnat denique eam sententiam, quod suppetat actio ex vendito. sed ideo, ait, imperator in *l. 2. D. pact.* agi præscriptis verbis, vel ex vendito, quia dubitabatur, an posset agi ex vendito ad rescindendam venditionem; videbatur enim absurdum. Sed cum admiserit, vt agatur ex vendito ad rescindendam venditionem, cessat actio præs. verb. quod merito fuit admissum in lege commissoria, *l. si fundus, D. de leg. commiss.* vendidi tibi fundum lege commissoria, id est, vt si ad diem non solueres pretium, res mihi restitueretur, non soluisti pretium. agam igitur ex vendito ad rescindendam venditionem. significat lex de hoc fuisse dubitatum, & opus fuisse rescripto principis. sed postquam hoc definitum est rescripto principis, concludamus, superuacuam esse actionem præscr. verb. imo nec competere. & adiicit recte Bartol. pactum formare actionem ipsam ex contractu, vim eius hanc esse, vt mutet naturam contractus, *l. Lucius, D. depos. l. cum dotem, J. de iu. dot.*

Quæ supersunt ex Barto. non adeo longa sunt quin paucis absoluamus & expediamus, prius quam veniamus ad *l. 11.* pactum in continenti factum formare

Cod. D iij

ipsam actionem, & formandi hanc esse vim ait Barto. vt naturam contractus immutet. hoc est verum, vt heri docui; item vt actionem quæ erat bonæ fidei, faciat strictam in eo persequendo quod pacto continetur. hoc est falsum, vt docui in *l. 6. hic*, & ipse Barto. hoc falsũ esse sentit in *d. l. 6.* Si igitur ipse contraria dicit, & pacto dat hoc loco quod ademit illo, an constans erit Barto. & similes iuris interpretes? & certe constantes nulli sunt. quamobrem de his posset dici quod Cato de Græcis, bonum esse eorum vitas inspicere, non perdiscere. certe nec inspicere bonum est, antequam pura iuris disciplina institutus fueris. Sed pergamus. addit Barto. hanc formandi vim locum habere non tantum in iudiciis bonæ fidei, sed & in iudiciis strictis, & ita pactum incontinenti factum etiam stipulationi inesse ex parte actoris, id est, ex eo pacto agi posse ex stipulatu, quod etiam est falsum: id enim tantum est receptum in iudiciis bonæ fidei, *l. iuris gentium* §. *quinimo*, *D. de pact.* & *l. in bonæ fidei*, *inf. hic.* & nihil obstat *l. lecta*, *D. de reb. cred.* cum dicit, pactum in continenti appositum inesse stipulationi: respondendum enim est, pactum inesse ex parte rei, non ex parte actoris. Item nihil obstat, quod si negotia ita contrahantur, ædifico tibi domum, vt tu eas pro me Romam, vel trado tibi domum, vt tu mihi reficias illam ex *l. 6. D. de præsc. verb.* (quæ explicanda est ex *l. tenetur* §. 1. *D. de actio. emp.*) hæc negotia nomine vacant, & pariunt actionem præscr. verb. in hoc vt eas Romam vel domum reficias: nam hæc lex eundi vel reficiendi, contractum efficit. ædificatio enim, vel traditio sola, contractus non est. stipulatio per se sola contractus est. pactio si qua additur stipulationi, perfectioni stipulationis nihil addit. Bart. si contractus innominatus gestus sit hoc modo, ædifico tibi domum, vt eas pro me Romam, scribit esse actionem præsc. verb. non ex contractu innominato, sed ex pacto illo vt eas pro me Romam, male; nam omnis actio præsc. verb. ex contractu, *d. l. iuris gentium* esse contractum, inquit, vnde nascitur actio præsc. verb. Sed hæc pactio contractum efficit; ædifico tibi domum: nondum est contractus. ædifico tibi domum vt eas pro me Romam, est contractus. hæc pactio si abest & contractus abest. quin & perfecto contractui si ex continenti addatur pactum, licet ex eo pacto dicatur nasci actio, *l. in bonæ fidei*, *inf. hic.* tamen est ex contractu: cum & appellationem sumat ex contractu, puta ex vendito actio: nam his actionibus agitur, vt fiat quod actum est pacto incontinenti facto, in ipso negotio emptionis & venditionis. pactum enim contractui inest, quasi forma: & ideo qui agit ex pacto, ex contractu agit, ex forma: ne ergo dicas actionem præscr. verb. esse ex pacto: nam ex pacto non est actio, etiamsi fiat ex continenti, sed ex contractu vt fiat, quod ex continenti adiectum est pacto. At finge: ego stipulanti tibi promitto me ædificaturum domum ea lege vt mihi des centum. Barto. scribit esse contractum innominatum, facio vt des, quod est falsum. promitto me facturum, non facio: non est ergo facio vt des, & stipulationem esse quis non videt? Stipulatio autem est contractus, *l. 1.* §. 1. *D. de pact.* Ergo cum stipulanti promitto me facturum ea lege, vt mihi des centum, non est contractus innominatus, quia stipulatio est. Postremo quærit Barto. si in contractu venditionis addantur complura pacta, veluti, vt meo nomine exigas pecuniam a meo debitore, vt tibi describam librum, vt mihi rationes tuas exhibeas, vt pro te eam Romam: si ita in contractu venditionis huiusmodi pactiones continenter adnectantur, quærit Barto. an omnes dicantur cohærere contractui. respondet, cohærere emptioni & venditioni. male: nam & hæ pactiones nihil pertinent ad contractum emptionis & venditionis, alienæ sunt a contractu. ergo male cohærere dicuntur. & ita in *l. fundi*, *D. de contr. emp.* cum ego tibi vendo fundi partem, & statim legem addo, vt tu aliam partem conductam habeas certo pretio. quæritur an vt impleatur pactio agi possit ex vendito, quasi pactum illud seruandum sit. & respondetur, non posse agi ex vendito, quia pactum hoc nihil pertinet ad venditionem, nisi probetur vilioris vendidisse, vt hæc conductio præstaretur. si nihilominus vendiderit iusto pretio, & pactum hoc adiectum erit, vt impleatur ea pactio, non agetur ex vendito, quia aliud est pactio a negotio emptionis & venditionis. Sed Bart. ita posuit speciem: in contractu emptionis & venditionis addita sunt complura pacta, hæc nempe, vt venditor det fideiussorem euictionis nomine, vt si emptor non soluat pretium intra Cal. proximas, res sit inempta: ita in huiusmodi contractu emptionis & venditionis adduntur complures pactiones. sic posita specie, recte respondet Bart. omnes cohærere contractui emptionis, & venditionis; omnes enim cohærentes esse contractui, idem vesti contubernium.

Act. 11.

Ex conuentione quidem, qua pactam nouercam tuam cum patre tuo dicis cum fundum in dotem daret, vt creditoribus, quibus fuerant prædia obligata, vsuras solueret, actio tibi aduersus eam competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si fundus æstimatus (ita vt pars instrumenti significat) in dotem datus est: ex vendito actio, vt placitis stetur, competit. PP. Non. Decemb. ipso A. III. & Dione 2. Coss.

Species hæc est: nouerca mea patri meo dedit in dotem fundum eo pacto, vt ipsa creditoribus suis quibus fundus ille simul, & omnia prædia pignori obligata erant, solueret vsuras, ne scilicet possessio fundi auocaretur patri meo per actionem Seruianam, per actionem hypothecariam ab ipsis creditoribus quibus promisit se soluturam vsuras: quandiu enim soluuntur vsuræ neque personali, neque hypothecaria agere creditores solent. morte patris solutum est matrimonium. quæritur an mihi competat actio vel ex contractu dotis, vel ex stipulatu, vt scilicet ea quæ fuit mea nouerca, creditoribus soluat vsuras. videtur mihi competere actio: patri enim meo competebat. ergo mihi qui heres sum patris mei: rescribunt Impp. mihi actionem non competere. cur ita? quia intererat patris mei manente matrimonio solui vsuras creditoribus hypothecariis, ne fundus euinceretur sibi actione hypothecaria: mea vero nihil interest soluto matrimonio, quia fundus in ea causa est, vt restituere me illum oporteat, & ita res in eam causam deducta est a qua incipere non poterat, quia alteri facta stipulatio est inutilis. ergo cum desiit mea interesse, non recte agam ex conuentione illa, vt mulier soluat creditoribus vsuras. actiones inuentæ sunt vtilitatis causa, id est, eius quod interest agentis ratione: mea nihil interest vt mulier soluat vsuras creditoribus suis. ergo non agam vt soluat vsuras creditoribus suis. erit mihi actio si pater meus manente matrimonio vsuras soluerit creditoribus vxoris, ne sibi fundus euinceretur actione hypothecaria, erit actio pro tempore præterito, vt ait Accurs. sed non pro tempore futuro; quia cum fundus dotalis mihi non remaneat, mea nihil interest eam pactionem in posterum obseruari. ergo non agam in hoc vt pactioni pareatur. & ita hoc procedit si fundus inæstimatus in dotem datus sit, quæ est prima pars huius l. Secunda est de fundo æstimato in dotem dato. quid ergo si fundus æstimatus datus sit in dotem iam non est contractus dotis. æstimatio aliam dat for-

mam contractui, siue rei quæ geritur inter nouercam & patrem meum: nam æstimatio venditio est, *l. plerunque dotem*, *de iure dot. & l. cum dotem*, *inf. de iu. dot.* ergo cum vxor dat fundum æstim. tum contrahitur emptiovenditio, quia vir tantum videtur fundum emere quia tanti æstimatur: & ideo soluto matrimonio eum fundum retinebo si viro successerim, & malim soluere æstimationem mulieri: quare vt mulier eum fundum liberet pignore, & vt præstet, vt mihi habere liceat, recte agam ex empto. quod pacto ex continenti facto conuentum est, in ipsam contractus actionem venit. hic contracta est emptio venditio: æstimatio rei dotalis est emptio venditio. ergo ex empto agam, vt fides pacti impleatur, vt fundus dotalis mihi restituatur, & me liberet hypothecaria, ne mihi euincatur fundus a creditoribus. actio ex empto: quia ego emptor sum: successi enim patri meo, qui videtur emisse eum fundum æstimatum accipiendo. Emptori autem datur actio ex empto, venditori actio ex vendito. at contra lex ait, mihi dari actionem ex vendito, cum venditor non sim, sed emptor. sed actio ex empto, sæpe etiam dicitur actio ex empto vendito, vt in *l. etsi vno*, *de actionib. emp. l. multum de her. vend.* Varro 2. de re rust. emptor poterit ex vendito illum damnare si non tradat. & ideo dum ait, ex vendito, imperfecta est oratio: intelligendum enim est ex empto vendito, *l. sed & hæc nomine*, *l. si cum venditor* §. *si secundus*, *D. de euict.* erit ergo mihi qui heres sum emptoris actio ex empto in hoc, quia fundum retinere malo, vt illa mulier illum liberet pignore, vel vt soluendo vsuras efficiat ne creditores illum auocent. Sed huic parti obstat *l.* 1. *C. sine censu vel reliquis fund. comp. non posse.* eadem est inscriptio legis vtriusque, eadem substantia, eadem oratio. in hoc tantum est discrimen, quod hic proponitur in danda dote conuenisse, vt mulier creditoribus suis solueret vsuras: in illa proponitur conuenisse in danda dote marito, vt ipsa mulier tributa fiscalia agnosceret. Rursus hic in secunda parte ita scriptum est: *Sed si fundus æstimatus*. In *d. l.* §. 1. *sed & si fundus æstimatus*. & ad hæc in extremo legis scriptum est affirmate, *actio vt placitis stetur*, competit. in *l.* 1. scriptum est negate. Ergo pugnant inuicem. hæc enim non sunt magis pugnantia quam aientia & negantia. Sed respondet Accurs. in *d. l.* 1. agi de tributis, hic agi de vsuris. cæterum quod ad vim differentiæ attinet, neque explicat, neque assequitur Accurs. ergo in hoc responso quod est potissimum non præstat. Ponenda est species in *d. l.* 1. de tributis. nouerca dedit patri meo fundum ea lege vt ipsa fundi tributa inferret fisco. constante matrimonio, forte fidem pacti non impleuit ipsa, nec tributa intulit fisco: & ea tributa fisco pertulit pater vt debuit: nam tributa sunt onera prædiorum, non personarum, *l. imperatores*, *D. de Publ. l. neque*, *D. de imp. in res dot fact.* & ius fiscale non potuit lædi priuatorum pactis, *l. inter*, *D. de pact.* Mortuo patre meo diremptum est matrimonium. agam quidem. pro præterito tempore si manente matrimonio pater tributum forte intulerit fisco, quod debebat nouerca: sed non agam pro futuro tempore vt soluat fisco in posterum, quia mea nihil interest cum fundum me restituere oporteat mulieri soluto matrimonio. & hoc si fundus inæstimatus in dotem datus sit. sed si fundus æstimatus, videtur mea interesse vt fundus ille liberetur tributis, vt eum immunem & solutum optimo iure possideam, quia fundus ille apud me remanet, sed hoc casu *d. l.* 1. ait actionem mihi non competere, quia huic pactioni leges publicæ repugnant, quæ tributorum onus volunt dominum possessoremque subire: hæc enim est pactio vt dominus tributa non agnoscat, venditor qui desijt esse dominus agnoscat. huic pactioni leges publicæ repugnant, quæ volunt dominum possessoremque tributorum onus subire, quod & æquitas

A vult. at superiori pactioni leges publicæ consentiunt, vt debitor soluat vsuras creditoribus suis: quid enim iustius? non dominus prædij pignerati, vt venditor, liberet fundum pignore, quod est etiam secundum ius commune, *l. euictus*, *D. de euict.* & ideo recte defendit Accur. aliud esse in tributis, aliud in vsuris. Sed in eo vt non perstet mouetur hac ratione: quia pactio illa de tributis soluendis a muliere quæ dedit fundum æstimatum in dotem, fisco non præiudicat: nam exiget tributum a possessore, inter ipsos contrahentes tamen rata est, ex *l. inter & l. epistolam* §. *pactum D. de pact.* vnde ita mauult respondere ad *d. l.* 1. pactionem illam quæ est de æstimatione fundi dati in dotem, & opponitur vt mulier tributa semper agnoscat, non valere in

B præiudicium fisci, quia poterit fiscus tributum exigere etiam a marito, vel herede mariti, valere tamen in præiudicium contrahentiū. assentitur Barto. huic superiori responso. errant: nam in *d. l. inter*, *& l. epistolam* §. *pactus*, *D. de pact.* inter debitorē & creditorem hoc conuentum vt debitor solueret tributa fundi pignerati, iusta est pactio, quia debitor est rei pigneratæ dominus, æquum est vt dominus rei suæ tributa agnoscat. In *d. l.* 1. irregulariter conuentum est inter virum & vxorem dantem fundum æstimatum, vt dominus non agnoscat tributa fiscalia, vt emptorem non sequatur onus tributorum. hæc conuentio est iniusta: ideo nec inter ipsos contrahentes obseruanda est. & hoc ait lex 1. heredem actionem non habere, & hoc quid aliud est, quam eam pactionem non esse obseruandam? & vero inter ipsos contrahentes seruanda

C non est, quia legibus contraria est. & longe alia est ratio eius pactionis quæ proponitur in *l. inter*, *& l. epistolam*, *D. de pact.* quia in pactionibus quæ ponuntur in eis legibus, id agitur, vt debitor tributa soluat, quod iustum est. In summa dato in dotem fundo æstimato contrahi emptionem, maritum heredemve eius pro emptore haberi, & ita ex empto agi, vt pareatur pactis iustis, quæ ex continenti facta sunt. iustum esse pactum si conuenerit, vt ipsa mulier creditoribus suis solueret vsuras, iustā esse conuentionem. Sed si conuenerit vt ipsa tributa agnoscat fundi venditi, iniusta est conuentio: hæc est æquitas, vt ipsa onera tributorum semper sequantur dominum, id est, eum in quem transfertur dominium rei: quia sunt onera realia non personalia, & ita alia est ratio vsurarum, alia tributorum, & permanendum est in priore sententia

D Accur.

Ad l. *12*.

Pacta nouissima seruari oportere, tam iuris quam ipsius rei æquitas postulat. Quapropter si conuentione quæ præcessit, diuersa pars vsuram se non esse consensit, & maxime si (vt proponis) id etiam apud acta præsidis adseuerauit, actionem quæ super prima conuentione fuerat, exercere non prohiberis PP. III. Calend. Martij Agricola & Clemente Conss.

HVius constitutionis hæc sunt verba. *pacta nouissima seruari oportere*, *&c.* proponit Imp prius regulam iuris quam speciem ipsam quæ ex ea regula de-

E finitionem sumit. principium prius est, quam id quod fit ex principio: & principium est notius quam vt explicatione egeat. principium tale est: Pacta nouissima esse seruanda. vtitur verbis ijsdem quibus Prætor in edicto de pactis. Iusta scilicet & pacta nouissima: pactum enim prius posteriore tollitur, *l. si vnus* §. *pactus*, *D. de pact.* & Paulus initio sentent. omne pactum posteriore dissolui ait, nec aliud est elidere, aliud dissoluere, quin etiam pacto præcedentis obligationis causa mutatur, vel ipso iure, vel per exceptionem, *l. neque ex*

Prætorio, D. de reg. iur. ipſo iure ſi pactum fiat in continenti, per exceptionem ſi fiat ex interuallo. & ſimiliter pactum pacto tollitur per exceptionem, id eſt, prioris pacti exceptio tollitur replicatione poſterioris: & ita in ſpecie hic propoſita ait Accurſ. contra exceptionem prioris pacti opponi replicationē poſterioris pacti, & hanc replicationem præualere. nec obſtat *l. Stichum §. naturalis D. de ſolut.* quandoquidem ille §. loquitur de iure naturali, & diligenter ſeparare debemus hæc tria iura, naturale, ciuile, & prætorium. fateor iuris naturalis obligationem pacto conſtitui, vel conſtitutam pacto ipſo iure tolli, *d. §. naturalis*, at iuris ciuilis obligatio ipſo iure non tollitur, ſed prætorio repelli poteſt per exceptionem, vel fulciri poſita replicatione poſterioris pacti. naturalis autem obligatio quæ priori pacto perempta eſt ipſo iure: poſteriori renaſcitur ipſo iure, & retro quæ priori conſtituta eſt, poſteriori tollitur, ſed ſecundum ius naturale tantum, nō ſecundū ius ciuile. Ergo quod ait hic, actionē exercere nō prohiberis, ſic debemus exaudire, vt ſi forte opponatur exceptio prioris pacti aduerſus actionem, defendat actor intentionē ſuā poſita replicatione poſterioris pacti. Species talis eſt. Creditor ſtipulatus eſt pecuniam ſibi reddi, quā mihi credebat appoſitis ſemiſſibus vſuris ſi tardius eam pecuniam ſoluerem: & promiſi ei ſortem quoq; redditurū, vel ſi tardius redderē, vſuras ſemiſſes: deinde conuenit vt peteret vſuras, & ita reddidit mihi inſtrumentum ſtipulationis vſurarum, cautionem vſurarum, quæ redditio cautionis ſola erat argumentum taciti pacti de non petendis vſuris, *l. 2. D. de pact.* poſtea pactum factum eſt de vſuris petendis, & promiſi me conuentione quæ præceſſit non vſurum, idque etiam apud acta præſidis adſeueraui: valet poſterior pactio, non prior. atque ita creditori erit vtilis actio ex ſtipulatu vſurarum nomine, & eo maxime quod præter pactionem apud acta profeſſus ſum me priori pacto non vſurum: ita prius pactum, non tantum poſtremo pacto, ſed etiam profeſſione diſſoluitur. poſterius profeſſione ea corroboratur. ſufficiebat ſola pactio, & articulus *(maxime)* non eſt ἐπιτατικός: quia tantum valet profeſſio quæ fit apud acta, quantum pactum ſiue remiſſio quæ fit inter duos, quod demonſtro. Si quis pepigerit cum ſuo aduerſario ne poſſit appellare a ſententia iudicis, non licebit appellare *l. vlt. C. de temp. appell.* Ita qui profeſſus eſt apud acta ſe non appellaturum, non poteſt appellare, *l. 1. §. ſiquis ante, D. a quib. app. non lic.* tantum ergo valet profeſſio facta apud acta, quantum pactio, nec adijcit hæc alteri quicquam, cum par ſit vtriuſque poteſtas. & retro quod pactione non poteſt fieri, non poteſt profeſſione facta in iure, ſiue apud acta: vt pactione ſeruus quis non poteſt fieri, ita liber homo non fit ſeruus profeſſione nuda, *l. liberos, inf. de liber. cau.* Certis modis fiunt homines ſerui, aut naſcuntur, non pactionibus, profeſſionibus & confeſſionibus nudis, *l. parentes eod. tit.* Omne quod acquiritur, vel dominium eſt, vel poſſeſſio, vel obligatio. dominium acquiritur certis modis, non pactionibus nudis, id eſt, inter modos legitimos acquirendi dominij non eſt pactio, ſiue conuentio nuda. traditione iure gentium adquirimus, vſucapione iure ciuili, & traditione facta a domino ex iuſta cauſa, vſucapione cum facta eſt traditio a non domino, vt in *l. traditionibus* J. Sicut ergo dominium acquiritur traditionibus & vſucapionibus, & alijs legitimis modis, non nudis pactionibus: ita obligatio acquiritur certis modis & tollitur, *l. obligationum fere §. 1. D. de oblig. & actio.* non nudis pactis. poſſeſſio quoque non acquiritur nuda conuentione: nec enim acquiro poſſeſſionem niſi adprehendero: ſolo animo, vel conuentione ſola non acquiro poſſeſſionem, nec per poſſeſſionem dominium; nam per poſſeſſionem ſolet acquiri dominium *l. 1. J. de acq. poſſ.* dominium ex naturali poſſeſſione naſcitur, *l. 1. inf. de acq poſſ.* ergo hæc tria ſunt paria hac in re: nam nec dominium, nec poſſeſſio, nec obligatio acquiritur conuentione nuda. & ita liberi hominis dominium non acquiro nuda profeſſione. Quod ſi non pactione, nec profeſſione facta in iure vel apud acta, ergo, in hac ſpecie, ſi ego pepigero cum creditore meo, ne is peteret vſuras, & poſtea pepigero vt peteret, & apud acta profeſſus fuero, me non vſurum exceptione prioris pacti: hæc pactio poſterior ſeruanda eſt, non quod pactioni profeſſionem adiecerim: abundans enim fuit profeſſio illa quam feci apud acta: & ſufficiebat ſola pactio: conſtat enim prius pactum poſteriori diſſolui, pactione ſcilicet, vel profeſſione poſteriori facta apud acta. itemque in hac eadem ſpecie licebit creditori meo aduerſus me agere ad exhibendum *l. 4. inf. ad exhib.* quæ huic coaptanda eſt: vtriuſque enim eadem eſt inſcriptio & ſubſcriptio. priori pacto egeram cum meo creditore ne peteret vſuras, & extorſeram inſtrumentum vſurarum, deinde ſubieceram pactum vt peteret, conſequens eſt vt me ei oporteat reſtituere cautionē vſurarū, eoque nomine adijcitur ad hanc legē creditorem aduerſus me acturum ad exhibendum, vt cautionem exhibeam, vel ſi nolim exhibere, creditorem poſſe in litem iurare quanti ſua interſit eam proferri, vt in *l. inſtrumentis D. de in lit. iur.* Adnotant interpretes comparari hac in re conuentiones ſupremis iudicijs. actiones aliæ ſunt viuentium, aliæ morientium, *l. vlt. in fi. D. comm. prædior.* quemadmodum in his nouiſſimæ voluntates valent, *l. ſi mihi §. vlt. D. de lega. 1.* vt recte illo poetæ comici loco, *ille moriens nos tibi commendauit ſenex*, antiquus Scholiaſtes, *in iure* ait, *morientium vltima iudicia certiora ſunt*: ita in contractibus nouiſſimæ voluntates valent quaſi ὑστέρων ἀμεινόνων, quaſi poſteriora quæque meliora ſint. Ergo vtuntur comparatione pactionum & ſupremorum iudiciorum: nam vt in ſupremis iudicijs inquiunt, ita in conuentionibus nouiſſimæ voluntates ſpectantur, & ita ad definitionem huius conſtitutionis addit exceptionem Accur. vt non valeant poſteriora pacta, ſi priori pacto conuenerit ne ſi quid in contrarium poſtea conueniſſet hoc valeret. cuius rei argumentum ſumit ex *l. ſi mihi §. vlt. & l. ſi ita adſcriptum D. de lega. 1.* Quidam ſcripſit teſtamentum tale. quod Lucio Titio legauero, id neque do neque lego. deinde legauit Lucio Titio. quæritur an poſterior ſcriptura valeat? Reſp. legatum non valere remiſſa & adepta datione: nam etſi fuerit adeptio prior ſcriptura, eſt poſterior intellectu: Eſt aliud prius intellectu, aliud prius ſcriptura. legatio etiamſi ſit poſterior ſcriptura, prior eſt intellectu: & ideo, ſi quis ſic ſcripſerit, ſi quis bis legauero, hoc tantum ſemel dari volo: nam etiamſi in poſteriore parte teſtamenti bis legauerit, ſemel tantum debebitur, & quidem exiguius *d. l. ſi ita.* quia ex duobus vnum videtur ademiſſe priori ſcriptura; & ita ſi priori pacto conuenerit, ne ſi quid in contrarium conueniſſet id obſeruetur, ſequemur non poſteriorem, ſed priorem conuentionem. verum hoc non eſt vſquequaque verum: nec quod in ſupremis, idem eſt in conuentionibus: nam ſi appareat eos receſſiſſe a priori voluntate: poſterior valet, non prior: quia contrahentes non poſſunt ſibi legem dicere a qua non poſſint contrario actu recedere, & ſi forte legem ſibi indixerint, licet ab ea recedere, & rata erit poſterior voluntas, non prior, *l. ſi quis in prin de leg. 3. & l. Diui §. licet, D. de iu. codic.* Quidam ſcripſit in teſtamento vt non alij codicilli valeant, ſi quos forte faceret, niſi qui ſua manu ſignati eſſent. fecit alios quos non ſubſcripſit, ſed demonſtrauit ſe velle & his obtemperare heredes. Lex ait, poſteriorem voluntatem valere, & prioribus derogare, & eum qui ſibi legē dixit in codicillis poſſe eā ſoluere, & ſufficere poſteriorem voluntatem: quod memini me reſpondiſſe in donationibus cauſa mortis, cum quidam donaſſet

donasset alij rem certam mortis causa,& legem dixisset, A vt non liceret reuocare, nisi nominatim mentione habita donatarij & donationis: quia tamen postea facto testamento donationem quam fecisset extero reuocauit, dixitque se eam rem ipsam quam donauerat alteri, egenis relinquere, & auferre priori donatario, non adscripto nomine prioris donatarij, nec facta distinctione donationis, quod frustra exigi putabam ex *l. is cui.* cum non fuerit obscura voluntas eius qui scripsisset se non perstare in pactis dotalibus,& qui cōtulisset in egenos. & eadem ratio est *l. vlt. in prin. D. de leg. 2.* Pater scripsit heredem filium & vxorem, & adiecit vt si quid filius a se obsignatum accepisset, id vice codicillorum valeret. deinde epistolam scripsit ad filium non obsignatam, qua demonstrauit deditque filio peculium præcipui titulo. Quæritur an ea epistola vice codicillorum valeat, B cum non fuerit obsignata. Resp. epistolam valere pro codicillis, quia manifesta erat voluntas patris recedentis a priore iudicio, quia scribebat vt peculium haberet & præcipuū, & sui iuris, & post mortem suam, quod præbet argumentum mutatæ voluntatis, & quoad fieri potest, in eo laboramus semper vt liberum sit cuique se soluere lege, quam sibi quisque dixit in testamento, & vt etiam sit liberum in conuentionibus se soluere lege, quam initio contractus sibi dixerunt contrahentes. Ergo ea exceptio Accur. non vsquequaque est vera. comparatio supremorum iudiciorum cum conuentionibus vera est. duæ etiam aliæ exceptiones quas proponit Ac. sunt verissimæ, priora pacta non tolli posterioribus, si priora pacta ipso iure actionem sustulerint, si prius pa- C ctū perimit actionem ipso iure, vt pactu de iniuria vel de furto ex lege 12 tab. de iniuria ex illa lege 12. tab. *si membrum, &c.* actio etiam furti tollitur ipso iure ex illa lege 12. tab. *ni pro fure damnum deciderit, &c.* & hoc genere si actio iniuriarum fuerit sublata ipso iure priore pacto, non potest actio ipso iure perempta posteriori pacto restitui. Tertia exceptio est, posteriorem conuentionem nōn valere, si prior conuentio traditione sumpserit effectum ex *l. ab emptione, in fi. D. de pact.* emptio & venditio contrahitur nuda conuentione. Finge: post peractam emptionem & venditionem venditor rem tradidit emptori pretio accepto, vel non accepto. po- D stea conuenit inter emptorem & venditorem vt emptor rem restitueret venditori. non id est actum, vt discederetur ab emptione & venditione in integrum restitutis omnibus, sed vt cogeretur emptor rem restituere venditori. constat hoc casu quoniam non agitur vt resoluatur venditio, sed constituitur noua obligatio, inutilem fore pactionem. Igitur ex hac pactione, non poterit cogi emptor vt rem restituat, & quod dicitur contrario consensu venditionem resolui posse, hoc primum ita procedit, si res sit integra, id est, si neque res sit tradita, neque pretium numeratum: deinde si res sit tradita, hoc ita procedit, vt eandem rem restituendo in integrum restituantur omnia. sed in integrum non restitutis omnibus si quis paciscatur eam rem restituere, E inanis erit pactio. Igitur cum prior conuentio traditione sumpsit effectum, posterior pactio non est spectanda, nec vim habere potest, nisi re demum in integrum restituta, licet pacisci de soluenda emptione & venditione: nam bonæ fidei interpretatio hoc admittit, *l. ab emptione, D. de pact.* & ita sunt explicandæ hæ tres exceptiones Accur. cæteroquin stat regula, præualere pacta nouissima.

Ad. l. 13.

In bonæ fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si in continenti fiat. Nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit. PP. V. id Ian. Maximiano 4. & Africano Conss.

Imperator ait, in bonæ fidei contractibus actionem ex pacto competere si in continenti fiat: ex pacto facto postea, id est, ex interuallo non competere actionem, sed per exceptionem dari. nam quod fit postea, id ex interuallo fit, vt *l. pacta, de contr. empt.* est enim tota de pactis quæ subsequuntur ex interuallo. Est vero certa huius l. definitio: in iudicijs bonæ fidei ex eo pacto quod subsequutum est ex continenti, competere actionem, ex interuallo exceptionem. sed existit quæstio, an idem sit dicendum de iudiciis strictis. & multi putant idem esse dicendum de iudiciis strictis. quorum opinio mihi non placet: nam in his verbis in bonæ fidei iudiciis quæ leguntur in *l. iuris gentium § quinimo D. de pact.* est manifesta ἀντιδιαστολή, id est, adiici bonæ fidei ad differentiam strictorum. non est ergo idem statuendum de iudiciis strictis, cum duobus locis hoc sit proditum de iudicijs bonæ fidei. Et verū existimo, in mutuo quod negotiū est stricti iuris, ex pacto in continenti facto non esse petitionem vsurarum, *l. Titius, D. de præs. verb. l. 3. inf. de vsur.* in contractu tamen bonæ fidei vt in mandato ex pacto facto ex continenti est petitio vsurarum, *l. qui negotia, D. de mand.* Non idem statuimus in iudicijs strictis quod in bonæ fidei: nam in bonæ fidei dicimus pactum factum ex continenti inesse, id est, prodesse ad actionem: in contractu autem stricti iuris in continenti factum non prodesse ad actionem. & qui aliter sentiunt vtuntur his legibus, *l. 4. §. vlt. D. de pact. & l. petens §. hic & l lecta, D. de reb. cred.* quibus respondeamus. primum in *l. 4. §. vlt. D. de pact.* poni stipulationem, quam constat esse stricti iuris, pure conceptam de reddenda pecunia credita, deinde pacto facto ex continenti conuenisse, vt donec vsuræ soluerentur sors non peteretur. fuit hæc pactio apposita stipulationi ex continenti. lex tamen ait, hanc conuentionem pacti inesse stipulationi, quod verbum inesse est ambiguum: nam pactum inest siue continetur contractui vel ex parte actoris, vel rei. Et faciunt male qui statuunt, pacta inesse pro parte actoris, & ij qui aiunt ex parte rei, iuris euerterūt ordinem, cum *l. iuris gentium §. quin imo,* dicat, pacta facta ex continenti in iudicijs bonæ fidei etiam ex parte actoris inesse. qui articulus demonstrat ea pacta bonæ fidei iudicijs seu contractibus inesse, non tantum ex parte rei, sed & actoris. Pactum ergo factum in continenti inest in contractu bonæ fidei, non solum ex parte rei, sed & actoris, quod ita potest demonstrari. Contractus est commodatum. huic si adijciatur pactum ex continenti, pactum illud præparabit actionem, & ita inerit ex parte actoris, sed & ex parte commodatarij, id est, rei: nam si conueniat ex continenti, vt non præstet dolum & culpam, culpæ nomine ipso iure non poterit agere cum commodatario, id est, erit tutus commodatarius etiamsi non opposuerit exceptionem pacti: quia inest ex parte rei. denique pactum quod adijcitur ex continenti contractui bonæ fidei, id verissime dicam inesse & ex parte actoris & rei. & vt hoc definiam: ex parte actoris inest pactum ex quo competit actio. ex parte rei inest pactum ex quo competit exceptio, quam tamen non sit necesse opponi & allegari, sed inest tacite & ipso iure, *l. 3. D. de rescind. vend.* Ex parte actoris non inest pactum factum ex continenti, nisi in iudicijs bonæ fidei. ex parte autem rei inest pactum factum ex continenti non tantum in iudicijs bonæ fidei, sed etiam strictis. & hoc etiam demonstrat *d. l. 4. §. vlt. D. de pact.* Sed non dicit ex eo pacto inhiberi actionem creditoris, sed ex eo pacto inhiberi actionem petitoris, id est, tutum esse eo pacto reum seu promissorem, vt non possit iure agi cum reo quandiu soluit vsuras, quia conuenit, vt quandiu solueret vsuras sors non peteretur: quia scilicet dicam, ipso iure non esse intendendam actionem quandiu est reus paratus soluere vsuras, nec necesse esse opponi exceptionem pacti. denique *l. 4. §. vlt.* tantum

probat inesse stipulationi pactum ex parte rei, non actoris, & eodem modo dicendum est de *l. lecta.* nam *l. lecta* cuius speciem totam detexui quodam loco de verb. oblig. & heic iterum dico, non dicit, pactum stipulationi adiectum ex continenti inesse ex parte actoris, sed ex parte rei. in hac specie creditor est stipulatus pecuniam sibi reddi Cal. proximis, si non reddatur, vsuras ex mora. deinde huic stipulationi ex continenti adiecit pactum vt solueretur pecunia mense centesimo. & ita mox post stipulationẽ nullo interiecto interuallo prorogatus est dies solutionis in Cal. centesimas. ante Cal. obstabat exceptio pacti, quæ inest tacite stipulationi, etsi nec allegetur, nec opponatur. ergo propter pactum in continenti appositum stipulationi iure ante Cal. centesimas non est actio ex stipulatu. & hoc voluit *l. lecta*, pactum illud inesse ex parte rei, id est, a reo non posse peti ante Cal. centesimas ipso iure, & inesse exceptionem pacti: cæterum non dicit pactum factum incontinenti inesse ex parte actoris, nec potest pactum factum in continenti stipulationi inesse ex parte actoris: vt finge: stipulatus est creditor, pecuniam sibi reddi Cal. proximis. mox subiecto pacto conuenit vt pecunia redderetur intra biduum. quæritur an potest post biduũ petere petitor? minime, quia hæc pactio non inest ex parte actoris, id est, hæc pactio non potest parere actionem, parere defensionem promissori potest, eaque contineri ipso iure intelligitur stipulatione. ergo qui stipulatus est sibi reddi Cal. proximis, si paciscatur sibi reddi citius, pactio non proderit ad agendũ: sed si paciscatur debitor ne reddat ante Cal. tertias, pactio proderit debitori ad defensionem, etsi eam non allegauerit. ad summam, hæc tantum dicit *l. lecta*, stipulationi inesse pactum in continenti factum ex parte rei, ex parte actoris inesse, vt prosit ad actionem nullo signo demonstrat. Postremo mouentur *l. petens infra hic* cui erit facile respondere: petens, inquit, ex stipulatione quæ placiti seruandi causa sequuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit. recte secundum se ferri sententiam postulat, nihil ad rem pertinet hæc *l. petens*: nam nos loquimur de pacto quod accedit stipulationi, & quærimus an sit ex parte actoris: negamus, illi affirmãt. *l.* autẽ *petens* Loquitur de stipulatione quæ accedit pacto. hæc sunt valde diuersa. ergo *l. petens* loquitur de pacto confirmato stipulatione: inuenta est stipulatio obligationum firmandarum causa: nam vt dictum est in Instit. veteres stipulum firmum dixerunt, vt in amphoris auctore Festo stipa est ea qua fortiter amphoræ sustinentur, ita stipulatio firmare & corroborare dicitur obligationẽ. Et ad rẽ nihil pertinet, an præcedat ipsa stipulatio, an sequatur, sicut nihil interest codicilli testamento cõfirmentur antequam fiant, an postquam facti sunt, *l. ante, D. de iur. codic.* ita nihil interest pactio confirmata fuerit antequam fiat aut post, sicut nihil interest mutuum præcedat stipulatio an sequatur. vnus est contractus stipulatio, non mutuum. *l. 6 §. vlt.* & *l. 7. D. de nouat.* & *l. 4. §. vlt. & l. 7. D. ad Macedon.* Ergo summa definitio *l. petens* hæc est: si pactio confirmata fuerit stipulatione, procul dubio ex stipulatione est actio, & nihil interest præcedat stipulatio, an sequatur: nam quæ præcessit sequi videtur natura sua & intellectu, licet non scriptura. & hoc est quod ait *l. petens*, & sequuta est etiam quæ præcessit intellectu, & natura sequitur, seu præcessit pactio seu præposita sit stipulatio. sed cur ait statim id est, ex continenti? ideo scilicet desiderat statim interponi vt videatur esse conuentio, non duæ; quid si fiat pactio ex interuallo & stipulatio? duæ erunt conuentiones, pactio & stipulatio, sed si pacto apponatur statim stipulatio, vna erit tantum stipulatio, quia id agitur vt sit tantum stipulatio. *l. 6. §. vlt. D. de nouat.* Ex his liquet legem *petens.* loqui de stipulatione adiecta pacto. hæc stipulatio obligat. nos loquimur de pacto adiecto stipulationi. hoc

A pactum non obligat. pactum emptioni adiectum ex continenti obligat, & ita est differentia inter contractum strictum & bonæ fidei. pactum, inquam, adiectum stipulationi in continenti non obligat, pactum adiectum emptioni obligat, *l. venditor, D. comm. præd.* lex venditionis obligat. lex quid est? est pactio adiecta ex continenti. si obligat, & parit igitur actionem. & ita in hac *l. 12.* ait, ex eo pacto quod adiicitur contractui bonæ fidei ex continenti competere actionem, sed ita vt competat actio non propria, sed actio ipsa contractus vt exposui *l. 10.* formatur potius actio ipsa contractus quã producitur noua. pactio obligat & ex ea competit actio ipsa contractus, quæ producitur eo vsque quo vis pacti postulat. satis demonstraui, non esse admittendam sententiam eorum, qui vt in iudiciis bonæ fidei scriptum est duobus locis, non absque ratione differentiæ aperta, inesse ex parte actoris pacta facta ex
B continenti: ita inesse censent iudiciis strictis. quinimo differentia statuenda est inter iudicia stricta & bonæ fidei, nec hoc nouum: nam idem est statuendum cum pacta fiunt ex interuallo inter iudicia stricta & bonæ fidei, hoc vero dicimus, quod sicut est differentia inter iudicia stricta & bonæ fidei cum pacta sunt ex continenti: ita est differentia cum pacta fiunt ex interuallo: nam aliquando pacta quæ fiunt ex interuallo insunt iudiciis bonæ fidei ex parte vtraque, ex neutra insunt iudiciis strictis, *l. 3 D. de rescind. vendit. l. pacta conuenta, D. de contr. empt.* qua quidem mirum in modum confirmatur superior differentia. id ita est: ex *d. l. pacta conuenta.* pacta quę fiunt ex interuallo aut sunt ex adminiculis contractus, aut de natura contractus. adminicula sunt sine quibus consistit contractus: adminicula sunt fulturæ contractus, sine quibus contractus
C consistere possunt, quæ a Græcis Rhetoribus dicuntur ἀφορμαὶ cum ponunt inter partes circunstantiarum adminicula quas vocãt ἀφορμάς. Circunstantiæ adminicula sunt, facta puta, cædes, homicidium, tempus, vt interdiu an noctu, dum quæritur facta sit cædes, locus, vt loco sacro, an profano, & causa faciendi, vindicandi se, an occidensi alterum, an alia ratione. Et modus, vt occiderit ne clam an palam, vel an dolo. hæc sunt postrema adminicula, vt cum quæritur, an per interpositas personas occiderit, vt adhibitis seruis, an gladio, an veneno. hęc sũt actionis adminicula, sine quibus cędes potuit patrari, potuit sine gladio patrari cędes. Similiter adminicula emptionis sunt subsidia, vt arræ sine quibus con sistit emptio, vt fideiussior euictionis nomine, siue auctor secundus, sine quo consistit em-
D ptio, sufficit enim primus: & stipulatio: nam quandoque admittitur stipulatio. & sine his consistit emptio. Finge: ex interuallo conuenit ne venditor teneretur de euictione: hæc pactio non inest contractui bonæ fidei; ideoque nõ prodest venditori nisi opposita exceptione. necessaria est oppositio pacti, & ecõuerso, si conuenerit ex interuallo vt venditor satisdet de euictione, vt non petat pretium nisi det fideiussorem, hæc pactio non inest contractui: nam non poterit emptor ex hoc pacto agere, & cogere vt det fideiussorem. hæc pacta sunt de adminiculis, de cautione euictionis, sine qua consistit emptio per se, & vt ostendi, neque ex parte actoris insunt, neque ex parte rei: ex parte actoris, quia ex
E eo non est actio: ex parte rei, quia reo non prosunt, nisi opposita exceptione; & dicuntur esse extra naturam & substantiam contractus, quia sine his consistit substantia contractus, & abhorrent a natura emptionis; nam hoc est alienum a natura emptionis vt venditor nõ teneatur euictionis nomine, vt venditor satisdet: nam cum quis est venditor petit pretium, nec satisdat, *l. si dictum D. de euict.* Ergo hæc pacta quæ sunt de adminiculis, sunt extra naturam contractus, sunt extrariæ pactiones quædam, nisi sint de substãtia vel natura cõtractus; nec enim differentia inter substantiam & naturam

videtur eſſe, *l. iuris gentium* §. *idem reſp.* pacta ergo ſunt de natura ſeu ſubſtantia contractus cum fiunt de re vel pretio, vel cum agitur vt abeatur ab emptione. itaque ſi ex interuallo conueniat de minuendo pretio, ipſo iure tutus eſt emptor, etiam non oppoſita exceptione pacti, & ita ineſt hoc pactum ex parte rei, finge: væenit res centum & ex interuallo conuenit vt eſſet empta quinquaginta, ipſo iure non poteſt petere venditor niſi quinquaginta. & ita ſi conuenit ex interuallo de augendo pretio, puta vt res quæ vænit quinquaginta væniret centum, venditor ipſo iure habet actionem ex hoc pacto, quia interceſſit nouum pactum, *l. iurisgentium* § *adeo*, & *l. ſi vnus* §. *pactus*, *D. de pact.* & *l. 2. D. de reſcind. vendit. d. l. pacta conuenta*, & *l. 3. hic.* Et ita cum ex interuallo paciſcor de augendo pretio, hoc pactum ineſt ex parte actoris, nam præparat venditori actionem adid quod pacto continetur. Et ſi conueniat vt diſcedatur ab emptione omnimodo, ipſo iure non poteſt agi ex empto & vendito. ergo ineſt pactum etiamſi ſit factum ex interuallo, nec neceſſe eſt opponi exceptionem pacti, quia inſit iudicijs bonæ fidei. Igitur ipſo iure non erit actio ex empto vendito, ſed ex ſtipulatu, vt ſi venditor pretium deduxerit in ſtipulationem, & emptor rem deduxerit, licet conuenit vt abiretur ab emptione, tamen erit actio ipſo iure ex ſtipulatu, & neceſſarium erit opponi exceptionem poſterioris pacti, *d. l. 3. de reſcind. vend.* & *l. ab emptione*, *D. de pact.* Et ea pacta quæ ſunt de natura contractus, dicuntur detrahere emptioni, nam detrahunt ea quæ ſunt de ſubſtantia, vt pactum de minuendo pretio, detrahunt emptioni priori. & ad agendum valent. pactum detrahit emptioni priori, quia efficit nouam emptionem. ſed pacta quæ ſunt de adminiculis, puta de euictione, dicuntur adijcere extranea quædam, ſalua ſubſtantia contractus.

Ad l. 14.

Si pacto quo pœnam aduerſarium tuum promiſiſſe proponis, ſi placito non ſtetiſſet, ſtipulatio ſubiecta eſt: ex ſtipulatu agens, vel id quod in conuentionem deuenerat, vt fiat, conſequeris: vel pœnam ſtipulatione comprehenſam more iudiciorum exiges. Nam bona aduerſarij tui in te transferri citra ſolemnem ordinem fruſtra deprecaris. PP. Kal. Apr. Gordiano A. 2 & Pompeiano Coſſ.

Explicabo hodie *l.* 14. cuius verba hæc ſunt, *Si pacto quo pœnam aduerſariu tuu promiſiſſe proponis ſi placito non ſtetiſſet. &c.* Lex eſt plena eruditionis, cuius ſpecies eſt huiuſmodi. Pacto nudo promiſit mihi quidam ſe daturum vel facturum aliquid, & ſi non daret vel faceret, pœnam eodem pacto promiſit. promittendi verbum quo hic vtitur Imperator, eſt commune ſtipulationum, pollicitationum & pactionum. de ſtipulatione non ambigitur, non etiam de pollicitatione: nam pollicitatio eſt ſolius offerentis promiſſio. eſt certum de ſtipulatione, eſt in promptu definitio de pollicitatione, de pactione *l. ſciendum* §. *dictam D. de ædil ed.* & ita qui pactus eſt promiſiſſe dicitur. Promiſit quis aliquid ſe daturum vel facturum, & eodem pacto pœnam promiſit. porro huic pactioni ſtatim ſubiecta fuit ſtipulatio formandæ obligationis cauſa his verbis: *dari, fieri, pœnæ nomine præſtari rogauit Titius, ſpopondit Mæuius.*. Ne dixeris ex pactione quæ præceſſit naturalem obligationem, eandem nouari per ſtipulationem, quia confeſtim ſubiecta ſtipulatione hoc agitur, vti ſola ſtipulatio teneat, *l. 5. & 6. D. de nouat. l. petens inf. hic.* Ex pactione illa nulla eſt obligatio. ex ſtipulatione eſt obligatio & actio. & huius ſtipulationis duæ ſunt partes, vel duæ ſtipulationes, quia vulgo dicitur, tot eſſe ſtipulationes

A quot res. vna eſt vt detur vel fiat quod conuenit à altera vt pœna præſtetur, ſi id vel non fiat, vel detur quod conuenit. & liberum eſt ſtipulatori vel hæc vel illa agere: poſterior enim ſtipulatio licet ſit pœnalis, non nouat priorem: *l. prædia, D. de action. emp. l. duo, l. ſi quis a ſocio. D. pro ſoc.* Cur non nouat? quia id non agitur inter contrahentes, & nouatio non fit niſi id agatur. agi cum dicimus, tacitam non expreſſam voluntatem intelligimus *l. cum quid, D. de reb. cred.* niſi adijcias actum nominatim, *l. Sabinus*, *D. de in diem addict.* iure veteri non fit nouatio niſi id agatur. conſtitutione Iuſtiniani non fit nouatio niſi id agatur nominatim, *l. vlt.* ℐ. *de nouat.* alioqui res procedit ἀνοβαλέυτως, non vt vulgo ἄνευ καινότητος. olim ſuffi-
B ciebat tacita voluntas. hodie expreſſa ex conſtitutione Iuſtiniani. Certum eſt ergo poſteriore ſtipulatione pœnali non nouari priorem: & ideo creditor aget qua ex parte, & qua ex ſtipulatione voluerit, priori vel poſteriori: & aget, vt hic, ex ſtipulatu: vbi perterreri non debemus eo quo mouetur Accurſ. quod dicat Imp. agi ex ſtipulatu de pœna certa, cum ſit proditum, non eſſe actionem ex ſtipulatu de re certa, ſed condictionem certi, ſi quis certum ſtipulatus ſit, nam ſi in libris noſtris verſati ſumus, intelligimus etiam actionem ex ſtipulatu ſignificare actionem certi, & quodammodo actionem ex ſtipulatu eſſe genus, & aliam eſſe actionem certi, quæ dicitur certi condictio, aliam incerti. ergo aget in ſpecie propoſita ſtipulator, qua ex ſtipulatione voluerit, quia alia aliam non nouat, & aget ex ſtipulatione: ex
C vtraque non aget. quia iniquum eſt vt rem ferat & pœnam, *l. 4.* §. *Labeo, D. de dol. except.* poſt moram tamen prioris, quam fieri notandum eſt, ſi ceſſauerit promiſſor in implenda priori ſtipulatione, in dando vel faciendo eo quod conuenit. tum fit prioris ſtipulationis quaſi nouatio & transfuſio in poſteriorem, quæ eſt pœnalis, *l. obligationum fere* §. *vlt. D. de oblig. & actio. l. ita ſtipulatus, D. de verb. oblig.* quia ſolius pœnæ exactio ſupereſt. cur non nouatio proprie? quia non idem venit in vtramque ſtipulationem: prior enim eſt de re, vt detur vel res fiat, poſterior de pœna: ergo non de eodem vtraque: nouatio eſt ſi mutetur debitor, vt ſi alius pro alio quaſi reus principalis expromittat. nouatio eſt ſi mutetur cauſa debendi, vt ſi obligatio ex teſtamento transferatur in verborum obligationem. nouatio non eſt ſi res de-
D bita non petatur, vt ſi aliud veniat in priorem, aliud in poſteriorem. & ad ſummam, ſi cupis definire breuius quam Vlpian. in *l. 1. de nouat.* Nouatio eſt mutatio debitoris vel cauſæ debendi. mutatio rei non facit nouationem. delegatio eſt rei ſeu debitoris mutatio: at, ſicut dixi, licet non fiat nouatio, proprie tamen poſt moram prioris ſtipulationis, fit quaſi nouatio. quia ſolius pœnæ exactio eſt, & ob id recte addit Accurſ. Imperatorem, dum loquitur de eo quod in priorem ſtipulationem venit, vti verbo *conſequeris vt fiat id quod in conuentionem deuenerat*, ſed cum de pœna, id eſt, de poſteriori ſtipulatione, vtitur verbo, *exiges.* exigere eſt exprimere, extorquere pœnam, ſed non poſſes ex priori extorquere id quod poſteriori continetur, & ita fit quaſi nouatio. Et hæc quidem de ſtipulatione duplici, id eſt, cum interceſ-
E ſit duplex ſtipulatio, vna de re danda, aut facienda, & altera de pœna, ſi non detur vel fiat quod conuenit. Quid ſi ſtipulatio ſimplex & de pœna tantum ſit? vt ſi præceſſerit conuentio, id eſt, pactio vel alius contractus vt detur vel fiat aliquid, & ſubſequuta fuerit ſtipulatio pœnalis, vt in *l. nuda, inf. de contr. ſtipul.* & *l. qui Romæ* §. *Flauius D. de verb. oblig.* hic vna eſt ſtipulatio pœnalis. quæ præceſſit conuentio, eſt pactio vel alius contractus, non ſtipulatio: & conſtat nouationem nullam fieri, quia non idem venit in ſtipula-

tionem quod in conuentionem priorem. Conuentio est dare, stipulatio de pœna tantum: ergo non de eodem vtraque, quin & hoc casu dicam conuentionem priorem, stipulatione pœnali neque nouari, neque quasi nouari, quia non tantum pœnæ petitio est, sed quod priori conuentione continetur, id etiam post nouationem petitur. manet integra actio ex conuentione, si quis ea experiri malit, *d. l. nuda.* sed actor alterutra contentus esse debet, vt & superiore casu, sed vtriusque integra est actio, non petitio tamen, nisi stipulationi pœnali sit addita hæc clausula, rato manente pacto: nam tunc & ex pacto actio est, & ex stipulatione *l. pen. D. de trāsact. l. rescriptū §. si pacto, D. de pact. l. si pater §. si mulier D. de pact. dot.* Et hæc ratio est differentiæ inter stipulationem duplicem & simplicem: nam duplex hic in se ipsam reuoluitur, & se ipsam quasi resoluit & nouat. si prior de re sit, & posterior de pœna, & cessetur in priore, stipulatio autem simplex sit, id est, de pœna tantum siue μονομερὴς, aliam conuentionem quæ præcessit neque nouat, neque quasi nouat, *d. l. qui Romæ §. Flauius.* Porro in hac specie quam exposui, ait Imper. in hac specie agendum esse ex stipulatu more iudiciorum. quis hic mos est iudiciorum? occurrit sæpe hæc locutio in libris nostris, *l. 3. ʒ. si quis alteri vel sibi emer. l. 4. ʒ. de accusa. l. 2. ʒ. de probat.* vbi mos iudiciorum hic est, qui & stylus dicitur, vt actor probet, non reus, *l. 2. inf. de probat.* vt lis contestetur, vt iudex detur, vt absente aduersario ius non dicatur, *d. l. 4. inf. de accus.* nisi absit ex contumacia, quo casu hic mos est vt successor præter itria det vnum edictum, qui mos significatur verbo solet in *l. edictum, D. de iudic.* solet, id est, mos iudciorum est, vt etiamsi antecessor, id est, prior iudex ediderit tria edicta, possit successor dare vnum, & hoc absenti indulgere aduersario siue contumaci. hoc igitur more ait Imper. in hac l. iudiciorum obseruato, agendum esse ex stipulatu, & vt subijcit, non esse mittendum stipulatorem in possessionem, non posse iuste desiderare vt in se transferantur bona debitoris, aget ex stipulatu more iudiciorum secundum rationem iuris, sed non iure desiderabit promissoris bona in se transferri statim, quia hoc non fit temere, sed solenni ordine adhibito, veluti, si latitet reus fraudationis causa, nec defendatur: nam mitteretur creditor in possessionem bonorum crediti sui seruandi causa, quo genere pignus prætorium contrahitur: deinde transacto certo tempore, bona debitoris venduntur voce præconis, & addicuntur ei qui pluris emerit. hoc fit ex ordine & edicto Prætoris, *l. cum vnus, D. de reb. auct. iud. posid.* fit, inquam, hoc ita ex ordine prætoris, vt primum mittatur creditor in possessionem bonorum rei seruandæ causa, deinde venditionem bonorum faciat, licet hoc non permittatur creditori *l. Fulcinius §. adeo, D. quib. ex cau. in poss. eat.* quæ loquitur de furioso qui non defenditur, quia curatorem non inuenit, in quo est hoc singulare, vt eius bona non vendantur nisi id permiserit Prætor, alias non est necesse permitti venditionem bonorum: res enim fit ipso iure & ordine. & hunc ordinem significat Imperator hic. nunc vnum tantum desideratur vt in *l. pro debito inf. de bonis auct. iud. posid.* non loquitur de pignoris captione quæ fit extra ordinem, *l. si pignora, D. de euict.* sed de venditione quæ fit ex edicto Prætoris. & ad eum ordinem pertinet, quod interim ante venditionem bonorum constituitur curator bonis postulantibus creditoribus, qui vendat aut locet fructus ex prædijs debitoris, & distrahat res tempore perituras, & constituatur magister interdum vel curator bonis desertis, *l. vlt. D. de curat. bon. dan.* si debitor, inquam, foro cesserit, id est, si decoxerit vt iam non amplius ventitet in forum, & adeo si latitet, & creditores coierint priuato consilio, & elegerint vnum, is dicebatur magister olim, hodie curator bonis desertis, per quem bona venduntur vt portio ipsis quæ ex reducto pretio fiet soluatur. ex quo loco explicandum illud Senecæ: *debitorem meum ad diem appellare possum, & si foro cesserit, portionem feram,* ex pretio redacto scilicet a magistro bonis distrahendis dato, quem locum quidam male intellexerunt, & male interpretes Senecæ in illo loco, nec pacta conuenta quæ signis impressis custodiebantur, pacta accipiunt ex parte stipulatoris, conuenta ex parte promissoris, vt pactum præcedit, id est, interrogatio, conuentio sequitur, id est, responsio, siue promissio. ad eundem ordinem pertinet quod bona debitoris proscribuntur libellis emissis celeberrimis locis, venalia esse, & fore vt vendantur hac vel illa lege: nam solebat addi lex in huiusmodi proscriptione vt Quintil. demonstrat, & tandem peragebatur venditio bonorum. qui vniuersa emebat conueniebatur a creditoribus, & portionem quæ dicta fuerat persoluebat, vt ait Theoph. *Instit. de S. Claudiano* Quantum tempus inter missionem & possessionem bonorum interponatur nondum satis liquet. & sane non constat. neque ex edicto Prætoris, nec constitutione vlla Iustiniani, vel alterius definitum fuisse tempus quod interponitur inter possessionem bonorum & missionem. & in *l. vlt. §. fin autem, inf. de bon. auctor. iud. posid.* cum loquitur de hoc tempore, corrupte scriptum est, *definitum a nobis tempus.* nullum tempus definiuit Iustinianus: & ideo recte ab alijs libris absunt hæc verba, *a nobis.* Est quidem quoddam definitum tempus, sed non lege, aut constitutione, definitur arbitrio Prætoris, vel creditorum: nam cum non sit lege vel constitutione definitum, datum intelligitur liberum arbitrium quanto tempore voluit definire venditionem bonorum, *l. in vendit. §. de temp. D. de reb. auct. iud. poss.* nam cum ex causa damni infecti post missionem in possessionem, ex primo decreto longo tempore non cauetur damni infecti, secundum decretum interponitur, quique missus fuerat in possessionem tantum, possidere iubetur: eius vero temporis nulla alia est definitio quam cum Prætori iusta causa esse videbitur, *l. Prætor §. 1 l. si finita §. non autē D de dam. inf.* sic etiam post missionem in possessionem rei seruandæ causa, si quæratur quo tempore distrahenda sint bona: Resp. est, quo videbitur Prætori. Posui autem exemplum in debitore latitante debiti seuandi causa, cum tamen ex multis alijs causis creditor mitti possit in possessionem crediti seruandi causa, vt Symmachus loquitur & Iustinianus in Nou. χρέους φυλακῆς ἕνεκα, *crediti seruandi causa:* nam primum mittitur debitor in possessionem rei seruandæ causa, si debitor solum verterit, *l. ad cognitionem, D. quib. ex cau. in poss. eat.* & si absens iudicio non defendatur. ergo non tantū si latitet, sed si solū vertit, vel si ei heres non extitit, *l. si diu 8. cū seq. l. D. quib. ex caus. in poss.* vel si heres suspensus non satisdedit creditoribus, *l. 16. D. de reb. auct. iud. poss.* & postremo si iudicij sistendi causa debitor fideiussorē dederit, & vadimonium deseruerit, *l. 2. D. quib. ex cau. in poss. eat.* sed ideo ponere malui exemplum, quamuis creditor mitti possit in possessionem bonorum ex aliis causis, in eo qui latitat fraudationis causa, cuius bona possidentur. & imitatus sum iurisconsultos qui plerumque nonnisi de latitante exempla ponunt, & ratio redditur in *l. Fulcinius §. cum hoc edictumD. quib. ex cau. in poss. eat.* quia in vsu, inquit, latitantium bona possidentur, id est, vsitatius est bona possideri: sed idem est si alia ex causa creditor mittatur in possessionem, vt debeat hic ordo diligenter custodiri. & ita intelligimus quod ait imperator hic, creditorem debere agere ex stipulatu, non statim petere mitti in bonorum possessionem debitoris etiam latitantis: hoc exigi non potest citra solemnem ordinem. & hæc erant quæ pertinebant ad hanc. *l.* si pacto.

Ad

Ad l. 15.

Pactum quod dotali instrumento comprehensum est, vt si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea quæ nubebat cum fratre heres patris sui esset, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. PP. X. Kalend. Martij, Æmyliano & Basso Coss.

Ergo in instrumento dotali quo pater filiæ dotem constituebat præterea adiecit, vt ea filia ex æquo post mortem sibi heres esset cum fratre. Quæritur an tali pacto obligetur pater. dotis datio & instrumenti dotalis conscriptio est contractus, *l. contractus D. de reg. iur. l. exigere, D. de iudic.* & contractus bonæ fidei §. *fuerat, Instit. de action* huic contractui est addita pactio ex continenti, ergo obligat patrem, nec licebit plus filio quam filiæ e bonis largiri. at contra Impp. aiunt ex eo pacto nullam obligationem nasci, & non posse patrem quodammodo seipsum capite minuere: libertatem testandi cuilibet ciui Romano concessam amitti capitis deminutione, non pactione nuda: vt nemo libertatem naturalem, id est, potestatem faciendi quodlibet, vel vt Stoici dicunt ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, pactionibus amittit, cum Iurisconsultus neget eam libertatem posse deperdere pacto nudo, *l. liberis D. de lib. cau.* Ita nec patris eius libertatis. pars eius est libertas testandi. nemo ea libertate, pactione nuda se abdicare potest. Est indignum pactionibus non officijs alienam hereditatem promereri, indignum hereditatem obstringi vinculo obligationis, quam conueniebat ex mero dantis arbitrio proficisci. ergo vt ait Imp. ea pactio inutilis est, & quamuis sit adiecta ex continenti, non obligat patrem, vt non liceat plus filio quam filiæ relinquere testamento. & eadem ratione non valet pactio vel stipulatio, si stipuler me heredem scribi, vel si extraneus stipuletur se heredem scribi, & si heres non scriberetur, pœnam: hæc stipulatio est inutilis, quia constringit libertatem testandi, & quia officijs non pactionibus sunt promerendę hereditates, *l. stipulatio hoc modo, D. de verb. oblig. l. cum proponas, ℑ. tit. seq.* & similiter non valet pactio si in instrumento dotali inter virum & vxorem, conuenit vt præter dotẽ vir succederet in alijs bonis vxoris. Hereditas aut datur extraneo aut suo: lege aut testamento. extraneo testamẽto tantũ. codicillis non datur: & multo minus pactionibus, *l. hereditas, ℑ. de pact. conu.* quin etiam hereditas ita datur testamentis vt tamen sit ambulatoria voluntas dantis vsque ad supremum vitæ exitum, *l. 4. D. de adim leg.* cæterum cum pactionibus datur hereditas hoc agitur, vt non sit integrum danti mutare voluntatem. denique constringitur vltima voluntas. Ergo dantur hereditates testamento, codicillis non dantur: & vero quæ testamento dantur nullo vinculo constringuntur: nam testatori liberum est mutare voluntatem testamento, nec sibi legem dicere potest ne mutet testamentum, *l. si quis in pri. D. de leg. 3.* mouetur simili ratione *l. cum duobus §. idem respondit, D. pro soc.* quam hic adducit Accurs. quæ est satis difficilis. duo ponit iurisconsultus in §. *idem respondit*, ponit primum quod erat probabile magis, denique quod minus: nam hoc initio statuit, societatem non posse porrigi vltra mortem, id est, fieri non posse vt societas non finiatur morte alterius socij, vel vnius, si sint plures, nam vnius mors soluit societatem plurium, neque fieri potest vt non fiat pactione vel conuentione vlla. deinde adijcit, inita tecum societate bonorum omnium si conuenerit vt me mortuo ea societas continuaretur cum patruo meo, eam multo minus valere: nam adstringo me necessitate relinquendi bona mea patruo, & præferendi fratri qui mihi est proximior Cod.

A patruo. Ergo si habeo fratrem & patruum, vel, si habeo tantum patruum, & post societatem habuero fratrem, & conuenerit vt hæc societas continuaretur cum patruo meo, non valebit, & liberum erit relinquere bona fratri, vel extraneo, non patruo: nam pactione non potest quis se abdicare ea libertate testandi. vnde dubitari potest, quid sit dicendum si conuenerit inter socios initio contrahendæ societatis, vt ea societas continuaretur cum filio qui est proximior. Finge: intercessit inter me, & te societas bonorum omnium, & conuenit vt ea continuaretur cum filio meo; an valet conuentio? minime: quia exuit me libertate testandi, dum obstringit me relinquere mea bona filio, non meo arbitrio extraneo aliquid erogare. ergo rata non est

B pactio: nam & hæc constringit supremaiudicia. verum quid fiet si ita vt posui contracta societate conuenerit vt continuaretur cum herede meo nullo certo herede demonstrato? & videtur prima specie hæc conuentio valere: nam non constringit libertatem testandi cum dixerimus infinite non designato herede certo. Itaque libertas erit mihi eligẽdi heredem, sed hoc etiam si initio conuenerit, placet pactum non valere, *l. adeo, D. pro soc.* non superiori ratione, sed ista, quia heres est incertus cum quo agitur vt continuetur societas, *l. sciendum, D. de verb. signif.* id est, nescitur quis sit futurus meus heres: nam nec ego scio quis sit meus futurus heres. ergo heres incertus est. incertæ personæ electio non valet, & in societate multo minus, quia est electio certæ personæ, *§. soluitur Instit, de societ.* Qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, quia in

C persona certa est quod non est in omnibus. Itaque societas quæ confertur in incertam personam nulla est. verum vt redeamus ad eam pactionem quæ improbatur, hic admonendi estis eam probari maxime *Nou. Leonis Philosoph 19.* abrogata nominatim ista constitutione, quam præterea scribit nusquam fuisse vsu receptam, & non dubito quin sint multæ constitutiones in Cod. quæ numquam vsu obtinuere: hæc numquam vsu obtinuit, vt ait Leo, confirmatur vsus & abrogatur hæc constitutio a Leone, & hac etiam ratione, quia hæc pactio, vt hæc filia mea cum filio succedat æqualiter, non est iniqua. certe non est iniqua quæ exæquat filios in successione patris quos natura exæquabat. & cõtra iniquũ est licere patri contemnere æqualitatem cui se obligauerit, iniquum est filium fraudare portione legitima, quod hæc constitutio permittit, & vt ait Leo ex

D hac constitutione pater κύριος ἐστι τὸ τοιοῦτο σύμφωνον ἀτιμάζειν, id est, *in potestate patris est huiusmodi conuentiones aspernere*, & minus filiæ, plus filio relinquere. ergo rectius dicit Leo huiusmodi pactum iustum esse quod æqualitatem constituit inter filios, quod naturalis ratio constituebat. at constringit libertatem testandi: fateor, sed tamen hoc tolerari æquius est, quam inæquale ius dici filiis, maxime cum quis viuus dixit semel ius æquale filiis. Sed in hac tantum specie hoc permittimus, vt possit quilibet sibi constringere testandi libertatem, non in omnibus, cum scilicet dotali instrumento placuit patri, vt æqualiter succederet patri cum filio: nam superiora pacta, quæ præmisimus, non admittemus, nec admittit Leo, quia iniusta sunt. iniqua est stipulatio vt vir cum vxore paciscatur vt succedat vxori instrumento dotali. iniusta dicitur, si inter socios

E conuenerit vt societas continuaretur cum filio, vel cum fratre, vel patruo, ita vt necesse sit eis relinquere bona, non de his disponere, vt voluerit, quia constringit hæc omnis conuentio libertatem testandi, quam constringi non est æquum, nisi cum maior ratio suadet. est plerumque rationum conflictus, & elidit ratio rationem, vt in hac specie *l. pactum*, hæc est superior ratio quæ vincit inferiorẽ. sed in stipulationibus nulla est talis collisio rationum: & eodem modo, si conuenerit inter duos de mutua successione, puta vt

E

vt qui superuixerit alteri, alterius sit heres. ea voluntas mutua est inutilis, inutilis est conuentio, quia constringit vtriusque libertatem testandi. valet quidem mutua donatio causa mortis omnium bonorum: quin etiam si duo se mutuo heredes scribant, valet testamentum, etiamsi in eadem charta scriptum sit, quod est ex *Nou. Valentiniani de testam.* quæ permittit vt vir & vxor se mutuo heredes scribant in eadem charta, & hanc scripturam non esse captatoriam, cum sunt similes affectus, & obtinuit initio vt tu, & ego mutuo, ex eadem causa scilicet, nos heredes institueremus, *l. captatoria, D. de hered. instit.* ergo mutuus affectus potest efficere vt veluti reciproca heredis institutio vtriusque fiat, vel etiam donatio causa mortis. sed liberum est poenitere & reuocare donationem mutuam causa mortis: & vt hereditates reuocari possunt testamento: ita donationes causa mortis: at cum agitur, vt qui superuixerit succedat alteri, nihil agitur: mutua donatio fieri potest inter duos. sed mutuum testamentum seu mutua obligatio, quæ constringat libertatem testandi, non potest fieri inter duos, & hæc est sententia *l. 4. inf. de inutil. stipul.* ita omnino est explicanda ea lex quæ loquitur de mutua successione: nam etiam ponitur a Græcis in tit. de mutua successione. mutua addita stipulatione ait, ex ea nullam obligationem nasci, & licere poenitere. idem in *l. 19. in prin. hic*, & præterea declarat ea lex hoc tantum obtinere inter paganos, vt non possint se ad mutuam successionem conuentione vlla obligare. idẽ non obtinere inter commilitones: nam eos posse inter se pacisci de mutua successione, nec tamen temere, ne quis circumscribatur hac in parte. hoc non oportet simpliciter accipere vt possint inter se pacisci de successione, non possunt temere, sed vnus est tantum casus qui explicatur in d. *l. 19.* quo conuentio habita inter commilitones de mutua successione rata est, si inter ipsos in ipso procinctu mutuo conuenerit, vt qui superesset, heres alteri esset. hoc exigimus, vt in ipsa pugna aut mortis periculo paciscantur data fide, vt qui superfuerit alteri succedat: & hoc est quod ait *l. 19.* ad discrimen prælij pergentes, id est, euntes in aciem: nam præterquam quod Fronto & Seruius docent, prælium esse conflictum signorum manumque collationem & pugnam, bellum autem esse etiam sine prælio vt cum id indicitur, patratur, est bellum, nec prælium, nisi pes pedi conferatur. ita Græci ἐπὶ παράταξιν ἐξιόντες, id est, ad pugnam prodeuntes. Ergo si in ipso mortis periculo inter se paciscantur, vt qui superfuerit heres sit, rata est pactio, non quasi pactio, sed quasi vltima voluntas, quod consentit cum constitutionibus imperatorum, quæ iura singularia in testamentis militum constituerunt, & statuerunt vt quælibet voluntas militis esset pro testamento. nam eodem modo *l. milites* ꝟ. *de test. milit.* in ipso prælio si vel in vagina scripserit voluntatem, vel in puluere gladio, valet testamentum, & rata est voluntas. Ergo ne dicas in *l. 19.* inter se conuenientes posse consentire & valere testamentum, sed in articulo mortis miles potest pacisci de mutua successione, & eam voluntatem legis vim habere. eius verba hæc sunt: *Licet inter priuatos*, id est, paganos, *huiusmodi scriptum, quo comprehenditur; vt qui superuix erit, alterius rebus potiatur*, &c. sequitur, *quæ super vltimo vitæ spiritu*, id est, quasi in ipso articulo reddendi vltimi spiritus, *ad discrimen prælij pergentes*, id est, in ipso procinctu, *existente conditione*, id est, vno mortuo & altero superstite. *ad te delatum esse*, delatum vero fuit a moriente, non fuit ergo constricta vlla libertas testandi, quia fuit hæc vltima voluntas, nec vlla potuit amplius esse, valet pactio: at quælibet voluntas pagani testamentum non est: & si duo pagani ita conuenerint, non erit rata pactio, quia non est testamentum, est codicillus,

A sed eis non datur hereditas: ergo non erit rata ea pactio inter paganos. hæc omnia quæ dixi sunt de pacto de succedendo. His est affinis quæstio de non succedendo an valeat, aut non valeat pactum de non succedendo. & huius quæstionis definitio hæc est, pactum de non succedendo improbari iure ciuili, vt in eadem specie, si cũ pater filiam nuptum collocaret, in instrumento dotis pepigerit vt pater decem illi daret, nec speraret aliud ex hereditate paterna. hæc pactio reprobatur quasi iniusta quæ excludit filiam iure filiæ Lex 3. *D. de collat.* ait, eam improbari iuris auctoritate, id est esse contra ius publicũ vt ait. Lex *vlt. D. de su. & legit. hered.* vbi Papiniano proponitur eadem conuentio, & cõcludit priuatorum pactiones legum auctoritate non censeri, id est, priuatorum conuentiones has maxi-

B me, quæ videntur ab officio pietatis recedere, vt filia non succedat patri ab intestato, non posse legum auctoritati officere. & similiter cum metus est ne filius agat querela inofficiosi testamenti si exheredetur, finge in animo esse patri exheredare filium, si pater cum eo pactus sit ne agat querela inoff. testam. vt quiescat secundum patrem, nec appellet, ea conuentio rata non est, quia vt ait *l. si quando* §. *illud, C. de inoff. testam.* & Paulus 4. Sentent. tit. 6. meritis filij sunt obstringendi ab obsequia paterna, non pactionibus, sicut meritis non pactionibus sunt promerendæ hereditates, id est, si pater qui minus relinquit filio vel nihil, velit sibi morem geri a filio, in hoc eum adigere debet beneficiis, non pactionibus. Obsequium est, si exheredatus filius non agat sed quiescat secundum patrem, sicut obsequium est, si is qui iussus est restituere hereditatem

C non deducat Falcidiam, & is dicitur plenum præstare obsequium, *l. qui totam, D. ad Trebell.* Plinius 4. epist. *illius est liberalitatis vt obsequium vocetur.* est vt dixi obsequium si filium non agat, sed ad eiusmodi obsequium filius debet prouocare meritis. & non valet pactio de non succedendo, sed tamen idem accidit huic generi pactionis, quod superiori, nam vt superior approbata est a Leone, ita & posterior a Pontifice in hoc cum filia profitetur se fore contentam, vt nec amplius desideret quidquam si hoc confirmauerit iureiurando. id enim Pontifex statuit in *cap. quamuis de pact. in 6.* & in Feudis constat admitti pactiones de succedendo & non succedendo. *leg. 16.* explicauimus in *l. 1.*

D

Ad l. 17.

Pactũ quod bona fide interpositum docebitur, etsi scriptura non existente, tamen, si aliis probationibus rei gestæ veritas comprobari potest, præses prouinciæ secundum ius custodiri efficiet. PP. IX Kal. *Iul. hisdem Coss.*

Pactum, inquit. *quod bona fide*, &c. ait pacta iusta obseruanda, esse quæ non continentur scriptura quia scriptura, est adminiculum. ex scriptura pacti substantiam non consistere: fidei faciendæ non vnum esse genus: scripturam ad fidem tantum rei gestę faciendam pertinere, *l. 4. & l. cum res* ꝟ. *de prob.* quo nihil aper-

E tius. at Accur. ad hæc notat varios casus, quibus necessaria est scriptura, sed nullus eorum pertinet ad pacta, vt ait ad extremum. nec verum est omnibus eis casibus necessariam esse scripturam. non est necessaria in specie *l. generaliter inf. de non num. pec.* quæ loquitur de chirographo, & ait, frustra opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ si adscripta sit causa debiti. ergo frustra opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ. an hoc tantum in chirographo locum habeat videamus. est enim hoc magni momenti: quia si frustra opponatur exceptio non numeratæ pecuniæ, debitori incumbit onus probandi in alium quendam modum, & non in eum quem perhibet

perhibet cautio, negotium sequutum fuisse, cum tamen alias recte opposita, exceptione non numeratæ pecuniæ, onus probandi conferatur in creditorem, vt probet sibi deberi. vnde dubitabatur nunquid idem quod in chirographo obtineat in qualibet promissione: sed vera est sententia Ioannis existimantis idem valere in qualibet promissione, etiamsi promissor eam adduxerit palam coram testibus sine scripto: nam & hoc casu agenti ex promissione inutiliter opponetur exceptio non numeratæ pecuniæ. non est necessaria scriptura in specie *l.* 1. *inf. de iu. emphyt.* nam etsi dicat contractam emphyteusin ex scripto, non ideo prohibet contrahi emphyteusin sine scripto, & verum est sine scripto contractam emphyteusin non minus valere quam eam quæ literis mandata sit. accessio instrumenti emphyteutici nihil mutat, *l. vlt.* §. *de iu. emphyt.* & si eius quæ accessit amissio nihil nocet, nec omissio igitur. in *l. census, D. de probat.* quam hic affert Accurs. qua dicitur, census & monumenta publica esse potiora testibus, nihil, i. quam necesse vt exprimantur casus quibus sit necessaria scriptura, ergo non debuit hos casus afferre. sed Accurs. admittit cætera. primum vt non valeat alienatio vel emphyteusis rerum ecclesiasticarum, nisi fiat ex scripto, Nou. 7. §. *nos*. Item nec emptio & venditio quæ nondum scripta est, si initio conuenerit vt scriberetur, *l. contractus, inf. de fid. instr.* nam hoc casu scriptura est de substantia emptionis & venditionis: qua de causa etsi postea conuenerit, ne fieret scriptura, inest hæc pactio & ex parte actoris & rei, & noua videtur quodammodo emptio: nouam efficit emptionem & venditionem. & eo casu vitiatur. quod dicitur, emptionem & venditionem nudo consensu perfici, nam hoc verum non est si conuenerit vt scriptis conficeretur: & ideo recte Tribonianus, sine scriptura emptionem habitam perfici nudo consensu, *l.* 2. §. 1. *D de contrah. empt.* nam quæ perficiuntur nudo consensu, ea non perficiuntur scriptura. Est & alius casus quo scriptura desideratur in *l.* 3. *C. si min. se maior dixer.* vbi quis minor se maiorem dixit, & probauit iudici, cum tamen non esset maior 25. annis, quæritur an in his quæ postea gesserit, possit quasi minor restitui in integrum. qua in re adhibenda est distinctio: nam primo si maior 25. annis errore lapsus vel dolo aduersarij circunscriptus dixerit se maiorem, procul dubio ei subuenietur in omnibus causis & negotijs quæ gesserit postea. Sed non idem dicemus omnino si minor 25. annis de ætate sua mentitus sit, & se iudici ex facie approbauerit esse maiorem. quod videtur eo modo etiam iudici plane imponere: nam si dolo malo de ætate sua mentitus ex aspectu corporis iudici se maiorem probauerit, cum non esset, eo casu non dabitur ei restitutio in integrum. malitia eius supplet ætatem. erat facilis probatio ætatis ex aspectu, *l. minor viginti quinque D. de minor.* & *l.* 1. *C. Gregor. si maior probatus fuerit,* & ex aspectu necessariæ partis, qui mos fuit etiam Atheniensium. Plato in 11. de legib. & Aristophanes in Vespis eo loco παίδων δοκιμαζομένων, &c. vbi Aristophanes Grammaticus, inquit, τὴν παίδων τὴν ἡλικίαν δοκιμαζόντων, &c. Et ita si probauerit se maiorem, ei, si quæ postea gesserit, non subuenietur. Quod si alio modo probauit, pone iurasse se esse maiorem, adhuc distinguendum est. aut enim corporaliter iurauit, aut in instrumento. duo iurisiurandi genera proponuntur, corporale, aut ex scripto. & dicitur corporale cum quis sublata manu, vel tactis sacrosanctis Euangelijs iurauit se maiorem. Balsamo vocat σωματικὸς ὅρκος. sic & *l.* 1. *inf. si aduer. vend.* & qui ita iurauit, non potest restitui in integrum: at qui in instrumento, id est, si comprætensum est instrumento eum iurasse se maiorem: hoc casu non dabitur ei in integrum restitutio, nisi contrario instrumento probauerit se minorem. necessaria est hoc casu scriptura, vt *l.* Cod. A *testium, inf. de testib.* Ergo qui instrumento deierauit se maiorem, non potest restitui in integrum, nisi contrario instrumento se esse minorem docuerit, *l.* 3. *inf. si min. se esse maio. dix.* & quod posuit est notissimum ex *l.* 1. *inf. de mand. prin.* in qua cauetur, si tribuni notarij, sic illo loco est legendum, id est, a secretis, aut comites consistoriani, vel qui extra ordinem in prouincias mittuntur, perferant iussiones principum ad præsides prouinciarum sine literis, ne fides eis habeatur.

Ad l. 18.

B *Si creditores vestros ex parte debiti admisisse quemquam vestrum pro sua persona soluentem probaueritis: aditus rectorprouinciæ, sua grauitate, ne alter pro altero exigatur, prouidebit PP. VII. Id. Ian. Diocletiano 3. & Maximiano AA. Coss.*

Lex 18. scripta est ad Iulium & Æmylianum, quod ad rem nonnihil facit, quia fuerunt duo rei debendi. duorum reorum debendi hæc est conditio, vt in singulis sit par obligatio, vt singuli teneantur ipso iure in solidum, & vnius petitione & solutione tota soluatur obligatio. denique vt alius pro alio videatur fideiussor: qua de causa si Titius & mulier accepti sunt rei, mulieri succurritur Senatusconsulto Velleiano, quia videtur intercessisse pro correo *l. vir vxori in fi. D. ad Senatusconsult. Vellei.* & ita patet acceptis duobus reis C vice mutua fideiussisse eos videri, & ideo appellatur ἀλληλέγγυοι in Nou. περὶ ἀλληλεγγύων. nam cum alius pro alio conuenitur est ἀλληλεγγύεια, siue vt est apud Zonaram in Basilio Porphyrogenneta cum edixit vt locupletiores tenerentur pro pauperibus tributorum nomine, id appellatur ἀλληλέγγυον. hic sunt duo rei debendi ἀλληλέγγυοι, quia alius pro alio tenetur, quod tamen omne immutauit Iustinianus in Nou. 89. nam hodie ex hac constitutione si sunt duo rei accepti ab initio, singuli non tenentur in solidum, nisi dictum sit nominatim id agi: & sicut olim cum esset nouatio si id ageretur vel tacito intellectu, voluit non esse nouationem Iustinianus nisi id scribatur nominatim *l. vlt. C. de nouat.* ita cum duobus reis acceptis ab initio, singuli tenentur in solidum, idque agi tacito intellectu videretur, voluit Iustinianus vt quasi ex mutua fideiussione non teneantur, nisi id dictum sit nominatim: quin D etiamsi specialiter cauerint, vt singuli teneantur in solidum, & omnes sint soluendo & præsentes, vt habeant beneficium diuisionis. hoc etiam est nouum. nam olim Hadrianus id dederat fideiussoribus tantum: deinde idem beneficium dedit Iust. reis constitutæ pecuniæ, *l. vlt inf. de const. pecun.* ad extremum dedit omnibus reis debendi hoc beneficium, Nou. 99. Ponamus igitur sic speciem de duobus reis secundum ius vetus. Duo sunt rei debendi in 20. creditor ab vno accepit 10. ea lege, ea pactione ne quid amplius ab eo peteret: quæritur an ab eodem possit reliqua 10. petere quasi in solidum obligato. & certissimum est, eum E posse ipso iure ab eodem reliqua 10. petere, quia posterior conuentio, quæ in eius persona intercessit, statum & naturam obligationis mutare non potest: obligationis natura id non patitur, *l. eandem* §. *sed si quis, D. de duob. reis.* ergo qui accepit ab vno ex reis debendi 10. & pactus est ne quid ab eo amplius peteret, nihilominus poterit ipso iure ab eodem reliqua 10. petere: sed repelletur exceptione pacti, & ita secundum fidem pacti præsens, inquit, non exigetur alter pro altero. posuit in hac specie conuenisse inter creditorem & vnum ex reis debendi a quo accipiebat partem, ne quid amplius ab eo peteretur. Nunc exponamus verba: *Si creditores vestros*

ex parte debiti admisisse quenquam vestrum, id est, alterutrum ex vobis, idemque pactus sit ne quid amplius ab eo peteretur, & hoc addemus quia exigit titulus, & quia idem, eademve specie, proponitur in *l.* §. *si stipulatus esses* §. *vlt D. de fideiuss.* Conclusio igitur hæc sit, tutum esse exceptione pacti vnum ex reis debendi aquo parte creditor accepit ea pactione aut lege ne quid amplius ab eo peteretur. Huic definitioni opponitur lex *si ex toto* §. *1. D. de leg. 1.* Quidam ita test. legauit: Titius heres meus, aut Caius heres meus illi 10. dato. duo sunt rei debendi: nam duo rei debendi constituũtur etiam in testamento, & constituũtur his verbis: Lucius aut Titius heredes mei, non etiam his, Lucius & Titius heredes mei: nam hoc casu singuli debent partes, sed cum dixit Lucius aut Titius, singuli tenentur in solidum. Ergo sunt duo rei debendi *l. 16. de leg. 2.* & ideo B male in *l. eandem* legitur, *Titius & Mauius*, legendum, *Titius aut Mauius.* Constat duos esse reos debendi cum ita legatur, ille aut ille dato. igitur, vt ait *lex 25. de leg. 3.* ab vtro volet legatarius legatum petet, & si vnus dederit, alter liberabitur. quod si legatarius *partem ab vno* acceperit, respondetur, liberum esse ab alterutro reliquum petere: ergo a quo partem acceperit, liberum erit legatario ab eodem reliquam partem exigere, quod tamen hic negatur. vtroque loco sunt rei debendi, in d. *l. si ex toto* §. *1.* manifestum est fuisse duos debendi. heic etiam fuisse inscriptio docet. & quod ait Accur. in *l. si ex toto* §. 1. legendum esse non *alterutro*, sed *altero* reijciendum est: nam vtriusque eadem ratio est, & ideo non est C mutanda scriptura quæ rationem habet: nec enim vnquam alterutrum dicimus pro altero. fateor alterutrum dici pro vtroque in *l. ventre, de adq. her.* & dicitur vtrumque pro alterutro, vt Græcis ἑκάτερος significat vtrumque, & alterutrum. Itaque vtroque vocabulo alterutro & vtroque vtuntur Latini. & ita in *l. vlt.* §. *ipsum, inf. de bon. quæ lib. ex vtraque parte*, id est, ex alterutra. Numquam tamen alteruter pro altero vsurpatur. Sed & illud Accurs. non est admittendum, nec lex *si ex toto*, hoc suadet, vt a quo partem legatarius accepit, ab eodem possit reliquam partem petere. sed de legatis idem statuitur quod de cæteris D debitis. Sed verissimum est quod ait lex *si ex toto*, eum qui partem accepit ab vno ex reis debendi reliquam ab eo petere posse, quia non totum soluit quod debebat: solidum autem debebat, & potuit creditor ab eo accipere partem non ea mente, ne ab eo reliquum peteret, sed cum fuit mens, vel cum fuit pactum nominatim siue tacite vt ne quicquam amplius ab eo peteretur qui soluebat partem, defendet se exceptione pacti qui soluit partem, sed incumbet ei probatio pacti; & ideo ait hoc loco, *si probaueritis*, si alteruter vestrum probauerit ita conuenisse. Summa igitur hæc sit: eum qui partem accepit a reo debendi posse ab eodem reliqua exigere, quia potuit accepisse non animo remittẽdę reliquę partis: sed si fuit E animus remittendæ reliquæ partis cuius probatio a debitore exigitur, & pergat nihilominus petere reliquam partem, repelletur exceptione pacti vel doli, & ita proponitur in *l. si stipulatus esses, in fi. D. de fideiuss.* Duo fideiusserunt in 20. singuli tenentur in 20. sed creditor ab vno accepit 5. eo pacto ne quid amplius ab eo peteretur: quæritur an reliqua 15. ab eo peti possint. Minime, quia obstat exceptio doli, sed poterit reliqua 15. ab alio fideiussore petere. *& nulla*, inquit, *repellitur exceptione.* quod postremum non carebat dubitatione vt exegerit ab vno 5. & alia 15. exigat ab alio, nec repellatur vlla exceptione. videbatur enim repellendus, quia non potest alteri cedere actionem aduersus confideiussores, vtilem scilicet & efficacem, quæ perempta est exceptione pacti. Itaque qui accipit 5. ab vno & reliquum remisit, non potest petere ab altero 15. Opponitur lex *Stichum* §. *si creditor, D. de solut.* Duos habeo reos: vnus est reus principalis, alter accessorius, id est, mandator, & vterque tenetur in solidum cum sint duo rei debendi. vnus tamen tenetur mihi ex mandato qui mandauit vt credorem Titio, alter tenetur mihi principaliter., egi cum Titio, & culpa mea actionem amisi, non obseruatis propositis formulis, vt olim moris erat. deinde ago aduersus mandatorem actione mandati. quæritur an recte agam Minime, quia non possum ei cedere actionem, quam amisi aduersus principalem debitorem. vnde eadem ratione tentatur in *l. si me stipulatus esses*, non posse agere aduersus alterum fideiussorem. verum ratio discriminis est aperta. loquitur *l. si stipulatus esses* in duobus fideiussoribus: idem ponatur in duobus mandatoribus: si ab vno partem exegi, puta 5. ab altero recte petam partem reliquam, id est. 15. quia etsi non possim ei cedere actionem aduersus fideiussorem, possum tamen ei cedere actionem aduersus debitorem principalem. sed aliud est in specie *l. Stichum* §. *si creditor*, quæ est de reo, de debitore principali, & mandatore: nam si non possim mandatori cedere actionem aduersus debitorem, aduersus quem cedam? Itaque iure repellor ab actione mandati. Postremum erat, ad hanc l. Accurs. male adducere legem *liberum*, & *l. reos*, & *l. vlt. inf. de fideiuss.* quasi pertineant ad istam quæstionem, cum nullo modo pertineant, & committitur non male *l. liberum*: nam ait eum qui habet plures fideiussores, si vnum ex omnibus elegerit, non posse dimisso iudicio ab alio reliquum petere, quod videtur pugnare cum *l. reos*, & *l. vlt.* qua dicitur eo non satisfaciente, licere transire ad alterũ, & cum eo experiri in solidum. & hæc est sententia *l. reos*, & *l. vlt.* at omnibus conuentis fideiussoribus vel reis, vel simul diuisis actionibus & partibus, ne lis deseratur, non licet illo iudicio vnum ex illis eligere & conuenire in solidum. & hæc est sententia *l. liberum*, sed ea quæstio nihil commune habet cũ ista quæstione: nam quæstio principalis est de duobus reis debendi, quorum vni creditor remisit debitum contentus parte soluta, quæ res facit totam dubitationem, & ideo ait præsidem prouinciæ prouidere. Legem 19. exposui nudius tertius.

Ad. l. 20.

Traditionibus & vsucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. PP. Kal. Ian. ipsis 5. & 4. AA. CC. Coss.

Ex hoc versu constat qui complectitur multa, paruo pondere multa vehi: *Traditionibus*, inquit, *& vsucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferũtur.* traditionibus scilicet iure naturali, vsucapionibus iure ciuili: traditionibus si res tradita sit a domino ex iusta causa acquirendi dominij: nam si qui tradit nõ est dominus, non potest dominium quod non habet transferre, & nulla traditio cui non adest iusta causa, dominium transferre potest. Ita traditionibus dominia trãsferuntur si tradat dominus ex iusta causa acquirendi dominij: vsucapionibus, si tradat non dominus ex iusta etiam causa acquirendi dominij: nam si non dominus tradat ex non iusta causa, vsucapio non procedet. præterea traditionis auctoritas est voluntas eius qui possessionem in alium transfert: vsucapionis auctoritas est tempus legitimum. traditio manat ab eo qui rem suam tradit alteri. vsucapio est a lege. vt ait Marcus Tul. *vsucapio*, inquit, *non a priuato relinquitur, sed a legibus*: & ideo falsum est quod vulgo dicitur, non dominum tradentem transferre vsucapiendi conditionem, quia vsucapio

capio a lege proficiscitur non ab homine: id male colligitur ex *l. 1. inf. de acq. poss.* quod dicat, per liberam personam possessionem acquiri, & deinde vsucapionē inchoari: nec enim ait, per liberam personam transferri dominium, sed possessionem, tum vsucapionem rei inchoari, deinde inchoatur ipso iure, non per liberam personam, apud quam inchoatur. itaque dicendum non esse tradentem qui præbet causam vsucapionis, sed occasionem, *l. qui alienam, D. de donat. cau. mor.* occasio non est causa, sed circumstat causam, & quod Græcis σύμπτωμα. ergo qui tradit rem alienam, occasio est, non causa vsucapionis: nec dixeris venditorem transferre causam vsucapionis in emptorem. ex his intelligemus quid distet vsucapio a traditione, quod magis apparebit ex definitionibus. quid est vsucapio? aut quæris definitionem iuris veteris, aut noui: iuris veteris hæc est, vsucapio est adeptio dominij per continuationem possessionis anni vel biennij. hoc est clarum. per continuationem possessionis, hic est effectus vt adipiscamur dominium per continuam possessionem, hoc est necessarium in vsucapione, ne interrumpatur. Itaque his verbis excluditur vsurpatio quæ interrumpit possessionem anni vel biennij, anni rerum mobilium, biennij rerum immobiliū: Iuris noui hæc est definitio, vsucapio est adeptio dominij rerum mobilium & rerum immobilium: rerum mobilium triennij, rerum immobilium decennij inter præsentes, vicēnij inter absentes. quod est expressum Theophilo §. *per traditionem Instit. de rer. diuis.* Traditio autem est quæ fit de manu in manum. Illa verba de manu in manum sunt ambigua: his enim verbis significatur, ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, cum vna manu do, & accipio altera, vt in emptione & venditione, hoc fit de manu in manum, vt in 8. Eth. ἀγορὰ ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα, quibus verbis significatur negotium vt vicissim detur & accipiatur, & vt ait Aristotelis discipulus, ἐκ χειρὸς εἰς χεῖρα συναλλάξας: sed in ea definitione traditionis de manu in manum, traditionem significari quæ fit ex parte vna tantum, cum ego de manu mea rem in tuam transfero, vel cum tu pretium in me transfers. Equidem hęc definitio non bene explicat vim traditionis: nam fieri potest vt ego rem meam vel aliam de manu mea in tuam transferam, & mox eandem retineam: quod certe non erit traditio, etiam si verum sit me de manu mea in tuam transtulisse rem, quam mox eandem retraxi vel eam accepit aliquis. vt finge: rem meam possidet Titius, vendidi eam tibi, vis eam tibi tradi, non est in potestate mea vt tradam, quia eam possidet Titius qui eam mihi non vult reddere & contendit eam mihi non reddi debere vt controuersiam dominij faciat quid fiet? consilium dat Odofredus, vt tu & ego obseruemus tempus quo egreditur ad aquandum equum, & ego apprehensis habenis eum tradam in manum tuam, & tunc statim sic fieri vt videar equum tibi tradidisse, quod est ineptum: quia traditio est possessionis translatio, & ita nihil traditum est. non est translata possessio, quia penes alium manet possessio, ita nec dominium: itaque nihil traditum. ergo fieri potest vt tibi tradam rem de manu in manum, nec tamen fiet statim traditio vera & legitima. Traditio ergo est datio possessionis, vt in ea specie: si vendidi tibi equum quē possidet Titius, curare debeo mihi reddi equum vt impleam fidem conuentionis, & te equi dominum faciam. traditio est datio possessionis, *l. 3. §. 1. D. de act. emp.* non est datio proprietatis, *l. si rem tradi, D. de verb. oblig.* quia rem tradi stipulor, non stipulor proprietatem dari, sed tradi, vbi est elegās πλοκή. si rem tradi stipulor, stipulor tantū tradi, nō meū fieri, quo significatur id agi vt detur tantum possessio, non proprietas: addendum ad hæc est in specie *l. si fundum, D. de fun. dot.* quæ hic afferri solet. maritum, cui non est data possessio fundi ab vxore, sed instrumento dotali conscriptum est, fundum dotalem fieri; quem non possidebat vxor, sed Titius, non esse possessorem fundi. species hæc est: fundum possidebat Titius, vxor instrumento dotali cauit eum fundum mihi reddi, non dedit possessionem eius fundi, quia erat penes Titium: ergo me possessorem non fecit, quia non tradidit fundum: conscripsit tamen instrumento dotali. ergo ego non sū possessor nec dominus adhuc eius fundi. atqui eum possum vindicare a Titio, & si non vindicem, tunc mihi res peribit non vxori. Ergo sum dominus si vindicare possum. vitiosa est collectio. vindicat emphyteuticarius, superficiarius, feudatarius nec sunt domini, vindicat bonæ fidei possessor Publiciana actione, nec est dominus: sic fundū quem doti destinauit vxor mihi, si possideatur ab extraneo vindicare possum, iussu, mandato, voluntate vxoris, licet nondum sim dominus: nam cuiuslibet rem licet mihi vindicare domino ferente, volente, mandante: & ita statuendum est, maritum, licet habeat vindicationem, nec dominum, nec possessorem fuisse: nam non fuit data possessio, & consequenter possessor non fuit, nec dominus: nam dominiū acquiritur per traditionem possessionis non ipso iure. ad summam si quis quærat quid sit traditio, ne dixeris, esse dationem de manu in manum. Nam ita periculosam definitionem feceris, & rectius feceris, si ita dixeris: traditio est datio possessionis. Iam intelligimus quid sit quod hic traditur, traditionibus dominia rerum acquiri: adiicit, non transferri nudi pactis. vt liber homo nō fit seruus, ita dominium non transfertur in alium pacto nudo *l. liberos, D. de libe. cau.* & quod placuit dari pro suffagio, *l. 1. infra de suff.* non temere ad nouum dominum transire nudis pactis: ergo nudam conuentionem rem non transferre. Certi modi sunt acquirendi dominij in quibus non est pactio nuda, ergo non sufficit pactio nuda, & hæc l. est coniungenda cum *l. 5. sup. de int. & facignor.* vtriusque eadem inscriptio, & ibi tradit speciem, quæ est similis nostræ. Ego heres sum patris mei, & possideo in hereditate paterna fundum. hunc fundum interrogatus in iure fateor esse maternum errans, cum putem esse maternum. ait hunc errorem mihi non nocere, quod est certum, nec est separandus error iuris ab errore facti: quia in damnis amittendæ rei suæ non est differentia inter errorem facti & iuris: quia vbi error iuris non nocet, nec facti. Sed in lucris est differentia, quia error iuris non prodest: itaque si per errorem confitearis fundum maternum esse, hic error nihil nocet, nec mirum si tibi non noceat, cum (& hoc adiiciendum) ex hac si l. filius sciens prudensque fateatur fundum maternum, non ideo transferetur dominium in matrem, quia transfertur traditionibus & vsucapionibus, nō confessionibus. & filius si velit fundi matrem dominam facere, debet fundū tradere, sola confessio dominam matrem non facit. Ergo traditionibus & vsucapionibus non nudis pactis dominia transferuntur. ait traditionib. & vsucapionibus. quæritur an non aliis modis? sane multis aliis: sed vt in edicto Publiciana actione Prætor fecit mentionem tantum vsucapionis & traditionis, licet multæ sint species in iure, quibus dominia transferuntur, *l. 1. §. vlt. de Publ. in rem act.* ita hic fecit mentionem traditionis & vsucapionis, quibus dominia transferuntur; quia sunt vsitatiores formæ: at non ideo existimandum est, nullas alias restare species, quibus dominia transferantur: primum enim præter traditionem iure naturali dominium acquiritur alluuione, venatione, piscatione, & aliis modis apprehendendæ possessionis, de quibus agitur in *tit. de rer. diuis. Instit.* & iure ciuili legato, ipso iure, hereditate, siue aditione hereditatis, ipso iure, *l. si ager, D. de rei vind.* donatione causa mortis, exemplo legatorum *l. 2. D. de Publ. in rem act.* ergo, quod est notandum, statim ipso iure etiam sine traditione ac-

quiritur. Itemque arrogatione dominium acquiritur bonorum arrogati : nam arrogatorem sequuntur bona arrogati, & adiudicatione in iudiciis duplicibus tantum, in aliis iudex dominum non facit: nam nec prætor. item cessione in iure, ac mancipatione, quæ dicitur nexus, & datio nexi, & traditio nexi: nexus tamen latius patet: nam complectitur obligationem nexi, & liberationem nexi, quod est ex iure veteri. Caduca acquiruntur fisco sine possessione, & ereptitia, id est, quæ indignis eripiuntur, vt Vlpian. docet in Fragm. tit. 19. ergo falsum est quod dicitur, dominium non acquiri sine possessione. nam rerum earum quas exposui dominium acquiritur sine possessione ipso iure, sed in legato, hereditate, donatione causa mortis, caduco, cessione in iure, & mancipatione, factum aliquod interuenit & traditio quædam ciuilis. veram traditionem ius naturale induxit, nexum & cessionem in iure ius ciuile. præscriptione dominium non acquiritur, sed exceptio tantum: nec etiam dominium ipso iure acquiritur in specie *l. vlt. sup. de sacros. eccles.* vt ait Accurs. male: nam ecclesiis & cæteris locis sacris dat Imp. hoc priuilegium vt rem quam emerint, nec acceperint, possint vindicare, ac sunt quædam vindicationes fictitiæ quibus finguntur esse domini, nec sunt tamen. Male etiam ex *l. 1. inf. de donat. quæ sub modo, male ex tit. de in diem add. & de lege commissoria*, colligitur, pactis dominium acquiri. nam illis locis dominium non dicitur acquiri, sed nunquam recessisse a priori domino: vt cum vendidi tibi rem & tradidi ea lege vt si mihi liberi sint, res esset inempta, non acquiritur dominium vi pactionis, sed dominium a me nunquam recessit: quia traditio fuit conditionalis. Itaque semper verum est, nuda voluntate & pactione dominium non transferri, imo nec possessio, nec obligatio. omne quod acquiritur vel est dominium, vel possessio, vel obligatio. dominium est rei proprietas, possessio est vsus rei. nec dominium acquiritur pacto nudo aut voluntate, quia corporali apprehensione opus est. nec etiam potest possessio acquiri sine vsu rei & apprehensione rei corporali: neque id colligitur ex *l. si quis rem, de acq. poss.* nam loquitur de amittendo. est differentia: quod non amittam animo solo dominium, animo amitto possessionem: sed in acquirendo non est differentia inter dominium & possessionem. vt dominium non acquiritur sine possessione: ita possessio sine prehensione non acquiritur, & hæc tria non acquiruntur nudo pacto. At ambigitur tantum de dote, quia ex causa traditionis fit dominus is cui res sit tradita, dominium enim non transfertur sine traditione possessionis, *l. dotali §. dotale, de fun. dot. l. de diuisione, sol. matrim.* Sed quæritur an solus sit maritus dominus qui dotem accepit, an & domina mulier: qua in re pugnat *§. per traditionem, Instit. de rer. diuis. cum l. quamuis, D. de iur. dot. & l. in rebus, C. eod. §. per traditionem* ait, dominium acquiri iure naturali. Lex ait, maritum iure ciuili esse dominum, vxorem iure naturali. Breuiter dicendum, in *§. per traditionem*, inspici initium dotis constituendæ. quo inspecto maritus est dominus iure naturali. inspecto exitu rei, quia interim omne emolumentum redit ad vxorem, pro qua onera matrimonij sustinet maritus, & quodammodo in dominio vxoris esse videtur, maxime cum soluto matrimonio dos omnis recurrat ad vxorem iure naturali est domina dotis. & ita nanciscitur dominium iure ciuili, vxor iure naturali. ex eodem *§. per traditionem*, oritur alia dubitatio de donatione: nā dicit, eū cui res tradita est ex causa donationis esse dominum iure naturali. at mox Iustinianus ponit donationem inter ciuiles acquirendi modos. nam in *tit. de rer. diuis.* tractat de naturalibus modis acquirendi dominij, a *tit. de vsucap.* de ciuilibus. res est expendenda ex iure antiquo. nam

A hodie donatio comparatur venditioni. acquiritur dominium ex causa donationis iure naturali tantum, vt venditione: at veteri iure longe aliud erat: nam non erat idem donatio & venditio. Venditio perficiebatur solo consensu, donatio non perficiebatur solo consensu, sed datione ipsa. donatio est rei datio, venditio non est rei datio, sed consensus nudus. præterea donatio aliter fiebat in Italia, aliter in prouinciis: in Italia per mancipationem, in prouinciis per traditionem. donatio quæ fit per mancipationem est ciuilis acquisitio, donatio per traditionem est naturalis modus. & ita igitur si quæras de donatione secundum ius vetus an ea dominium acquiratur iure ciuili, an naturali, dicendum est, aut donationem fieri per traditionem [illegible], & hæc erat ciuilis acquisitio: aut fiebat per traditionem naturalem, & erat naturalis acquisitio.

B

Ad l. 21.

Cum proponas, inter vos sine scriptura placuisse fratrum tuorum successiones æquis ex partibus diuidi, & transactionis causa probari possit hanc intercessisse conuentionem: exceptione te tueri potes, si possides. Quod si aduersarius tuus teneat: ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec aduersario tuo transactione vti concedendum est, nisi ea quæ placita sunt, adimplere paratus sit. PP. Kal. Maij. Fausto 2. & Gallo Coss.

Species hæc est: cum lis esset inter te & Titium de bonis fratris tui, Titio herede scripto, te agente querela falsi testamenti, conuenit inter vos transactionis causa, vt bona inter vos ex æquo diuiderentur, &
C ita a lite discederetur: & conuenit sine scriptura, vt recte proponitur: nam ex scriptura pacti substantia non consistit, *l. 17. hic, l. 5. tit. seq.* Et satis est, si alia ratione eam qua nititur pactionem iudici approbare possit. non est vna ratio probandi scriptura, sed sunt aliæ, vt testes & confessiones, quarum vnam si elegerit eamque in iudicio iudici probauerit, rata est pactio etiam sine scriptura. superuacanea est scriptura: nam & acta sunt superuacanea, *l. sine apud acta, tit. seq.* nam quæ & acta succedunt pacto sunt superuacanea, & sine actis & instrumentis rata est pactio. Ergo vt hic proponitur, cum inter te & Titium esset lis de bonis fraternis, & Titius diceret se esse heredem ex testamento, tu diceres falsum esse testamentum, ita de lite decidistis inter vos sine scriptura, vt ex æquo diuiderentur inter vos bona
D fraterna de quibus agebatur. ex ea conuentione tu si possides bona fratris vel partem bonorum, de qua conuenit inter te & Titium, potes te defendere exceptione pacti conuenti aduersus Titium, si forte Titius vindicet ea bona. at si tu nihil possides, Titius totum possidet, agere ex ea conuentione non potes. Ex pacto ergo facto transactionis causa, datur exceptio, non actio. & hæc est sententia huius l. ergo vt videtur rectius fuisset posita sub tit. de transact. sed excusari potest hac ratione, quod per totum hunc titulum vulgata sit illa regula, ex pacto actionem non nasci. nihil refert qua ex causa pactum interuenerit: nam & si transactionis causa interuenerit, ex eo dabitur tantum exceptio, non
E actio. Ergo in hac specie, si tu non possides bona fratris, ex ea pactione nulla tibi superest actio. *Si*, inquit, *tibi stipulatione non prospexisti*: nam si pacto subiecisset stipulationem, ex stipulatu esset actio. ex pacto licet interpositum sit transactionis causa, non est actio. non est credendum Accurs. qui annotauit *stipulatione Aquiliana*, quod est stultum: Aquiliana stipulatio nouat priorem obligationem: stipulatio quæ subiicitur pacto non nouat, *l. 7. de obligat.* stipulatio confirmat obligationem pacti, non nouat, nouare infirmare est, non cōfirmare. Igitur si pacto addita sit stipulatio confirmandi

pacti causa, erit ex stipulatu actio, ex pacto non erit. A nam eo casu id tantum agitur vt stipulatio tantum valeat, quæ subiecta est pacto, & magis pacto impletur substantia stipulationis. subiicit in extremo legis, etiamsi non possideas bona fraterna, & non habeas actionem ex pacto aduersus Titium possidentem bona fraterna: si tamen Titius transactione vti velit, id est, si tibi instituenti querelam iniusti testamenti opponat transactionis exceptionem, repelletur replicatione doli, quod non sit æquum eum excipere qui pro sua parte fidem transactionis non impleuit. Ergo sicut in *l. nuda, inf. de contr. stipul.* qui pepigit, & ni pacto staret, stipulanti promisit pœnam, aut pati debet ex pacto actionem, licet iure non sit ex pacto actio: aut inquam pati debet male agentem ac si bene ageret, aut B inferre pœnam. Ita etiam Titius pati debet te agentem & rursus instituentem querelam testamenti falsi, nec poterit se defendere vtiliter transactione: nam qui transactioni non paret, vti ea non potest. qui fidem non præstat, eam exigere non potest, *l. siue apud acta, tit. seq.* ergo non satisfaciente Titio transactioni qua conuenerat inter vos vt discedatur a querela falsi testamenti, iure instaurabis aduersus Titium querelam falsi testamenti. & hæc est integra sententia legis. Nec obstat huic posteriori parti *l. cum mota, & l. si pro fundo, tit. seq.* quibus definitur, lite transactionem finitam instaurari non posse. dicendum est litem hic non fuisse finitam, sed pendere, vt ibi, nominatim scriptum est. in *l. siue apud acta* conuenit inter te & Titium vt bona fraterna inter vos diuiderentur ex æquo, de quibus erat inter vos lis, sed lis propterea nondum C finita est. superest adhuc, & pendet transactionis fides: quid enim si vtrique vel alterutri displiceat? non dicetur finiri lis transactione. lis transactione finita intelligitur si est impleta fides transactionis ex vtraque parte. & ita loquitur *l. si pro fundo, tit. seq.* Quæ ita est finita, non potest instaurari, impleta ex vna parte tantum nondum est finita: ideo si tu renuntiaueris liti, si litem dereliqueris, non ideo finita est lis. omittere litem non est finire litem. Et certe tantum abest vt in hac specie & in specie *l. siue apud acta* ex vtraque parte impleta sit fides transactionis, vt non sit verum pacto renuntiari liti: nam etsi tu pepigeris cum Titio vt accepta bonorum patre. fratris a lite discederes, liti non renuntiasti: alioqui si liti renuntiasses, iam non esset pactio nuda re interueniente. si res est, pactio non D est nuda, sed negotium & contractus: & esset eo casu actio petitioque partis bonorum: sed quia liti non renunciasti, ideo Titius in suis finibus placiti stat: & ideo ex ea conuentione non est tibi actio. & ita in altera *l. cum mota* dicitur, litem esse finitam & instaurari non posse, etiamsi fides transactionis non sit impleta ex vtraque parte: hoc enim ita colligitur ex ea l. id vero procedit tantum in querela inofficiosi testamenti, de qua ibi agitur. Species hæc est: aduersus te heredem institutum egi querela inofficiosi testamenti, & conuenit inter nos, vt tu mihi dares centum & discederem à lite, & desinerem agere de inofficioso testamento. tum primum impleui fidem transactionis, & discessi a lite. ex eo negotio, inquit, est actio præ- E scrip. verb. quia res ita gesta fuit ab initio, dabo vt facias. & licet ego prior cœperim à lite discedere, tamen non vitiatur forma contractus, quæ fuit, dabo vt facias, alioqui non esset actio præscrip. verb. si res ita gesta, facio vt des: nam daretur actio de dolo, non præscr. verb. quia ergo initio ita res gesta fuit, vt dares centum, & ego à lite discederem, pactum est, dabo vt facias: Sed tamen cum postea ego impleui fidem, id est, cum discedo à lite, negotium est, ex quo est actio præs. verb. Si postquam discessi, nolis mihi dare centum, agere præs. verb. possum. Conuenit in iud. inoff. testam. inter litigatores, vt darentur actori centum & discederet a lite, ac mox decessit. ex hoc quasi negotio & contractu dabitur actio præs. ver. quia qui discessit compellet aduersarium præstare centum: cæterum, vt ait lex *cum mota*, non poterit litem semel omissam instaurare ob perfidiam vel contumaciam aduersarij, qui non præstat centum quæ promisit. Finitur ergo lis cum vel vnus pro sua parte impleuit transactionem morante altero. hoc est spectandum in querela inoff. testam. quia hæc querela imitatur actionem iniuriarũ: vlciscitur enim iniuriarum per notam exheredationis illatam exheredatis. Vnde Iurisconsultus in *l. Papinianus, in prin. de inoff. test.* ait, patrem filio exheredato non posse filij nomine agere querela inoff. testam. inuito filio. quia filij iniuria est non patris, vt in *l. filius, eod. tit.* quia filij indignatio est. in vtroque est indignatio. in eo qui exheredat, & in eo qui est exheredatus, & testatoris indignatio extorsit exheredationem: indignatio exheredati extorsit querelam inoff. testam. quia dementiæ arguitur testator: qua de causa cum iudicabant olim pro exheredato, ita pronunciabant, *videri patrem non habuisse iustas causas irascendi filio.* Plinius 4. epist. vel contra exheredatum ita pronuntiabant, *videri patrem iustam habuisse causam irascendi filio, iustam indignationem patris esse*: ergo querela inoff. test. quodammodo iniuriæ persecutio est, famosa exheredationis persecutio & vltio. denique imitatur actionem iniuriarum. actio autem iniuriarum tollitur renunciatione qualibet & pactione & dissimulatione. nulla est actio in iure quæ facilius tollatur quam actio iniuriarum, §. *vlt. Instit. de iniur.* id est, si quis iniuriam ad animum non reuocauit. Sic & qualibet renunciatione & pactione querela inoff. testam. aboletur, *l. nam etsi, l. Papinianus §. si quis post rem, D. de inoff. testam.* & abolita semel non potest instaurari: aliæ actiones pactionibus non abolentur. vt pactum non parit, ita non abolet actionem, nisi iniuriarum ex 12. tab. quæ voluerunt vti hæc actio perimeretur pactione: ergo aliæ actiones non perimuntur pactione. Non perimitur pactione si fuerit renunciatum falso testam. siue non perimitur querela falsi testam. Ergo in hac specie licet tibi instaurare querelam falsi testam. etiamsi eam omiseris transactioni non satisfaciente aduersario: Nam & contra si aduersarius, puta Titius, tibi dedit partem bonorum fratris vt lis omittatur, Titio dabitur condictio indebiti, vel condictio ob rem datam, *l. 1. D. de cond. cau. dat. l. eleganter §. 1. & pen. de condict. indeb.* vt res si æquabilis vicissim te litem omittente, si nolit Titius dare quod promisit, integrum erit tibi litem instaurare, quæ non fuit pacto perempta. Licebit etiam tibi agere actione præscrip. verb. si cœperis a lite discedere, nec aduersarius impleat transactionem, quia negotium hoc est, non pactio, *d. l. cum mota.* sed cum neque omnimodo a lite discessisti, nec aduersarius dedit partem bonorum, id est, cum neutra ex parte impletur fides conuentionis, neutra ex parte est actio ex transactione.

Ad l. 22.

Pactum curatoris recipere minorem quantitatem pascicentis, adultæ ætatis suffragium ne noceat, efficiet. tutores enim & curatores exigentes pupillis & adultis debitum, non etiam remittentes præstant obligationis liberationem. PP. XVIII. Kal. Decemb. Sirmij, ipsis 7. & 6. AA. Conss.

LEx 22. loquitur de pacto tutoris & curatoris, an noceat pupillo vel adulto: ponitur pactum tutoris & curatoris remittentis partem pecuniæ debitæ pupillo vel adolescenti pactione habita cum tutore pupilli vel adolescentis. Lex ait, pactum tutoris non

nocere pupillo, id eſt, non parere exceptionem. tu- A tores & curatores exigere poſſunt pecuniam a debitoribus, vt ipſo iure liberentur, paciſci non poſſunt cum debitoribus, vt per exceptionem liberentur. Nam hæc pactio donatio eſt, & tutores donare & perdere rem pupillorum non poſſunt: licet habeant liberam omnium bonorum adminiſtrationem: & vt vulgo dicitur, tutor vicem domini obtinet cum rem adminiſtrat, non cum pupillum ſpoliat: id eſt, cum diminuit bona pupilli, tunc non eſt vice domini, cum rem bene gerit, tunc eſt vice domini, quia habet pleniſſimam & ampliſſimam adminiſtrationem rerum pupillarium, habet vim & poteſtatem in caput liberum. Itaque pupillo quaſi loco domini eſt: nam quid eſt tutela? Eſt vis & poteſtas in caput liberum. Itaque tutor quaſi dominus eſt, ſed non cum ſpoliat: itaque B poteſt tutor exigere debitum pupillo, poteſt ſoluere quod debet pupillus, poteſt nouare, iuſiurandum deferre omnibus probationibus aliis deficientibus, *l. tutor, D. de iureiur.* poteſt rem pupilli obligare, poteſt pignori dare, & alienare ſi exigant bona pupilli, poteſt etiam paciſci & tranſigere decidendi cauſa, *l. pupilli 96. §. vlt. D. de ſolut. & liber. l. interdum §. qui tutelam, D. de furt.* rata eſt pactio ſi tutor tranſigat cum fure qui ſubripuit rem pupilli, ſi ita tranſigat vt fur reddat rem pupilli ſubreptam, non duplum, rata eſt tranſactio: Sed ita ſi tranſigat vt remittat illi actionem furti, & rem furto ablatam, inanis eſt tranſactio, quia iura pupilli diminuit. poſſet forte tutor efficere, vt non acquirat pupillus actionem; ſed non vt acquiſitam C amittat, *l. ſed ſi vnus §. 1. D. de iniur.* eſt actio iniuriarum, ſi quis de ſeruo alieno quæſtionem habeat: iniuriam mihi facis, ſi ſeruum meum torqueas: ideo eſt mihi actio iniuriarum. ſi ſeruum pupilli fuſtibus ferias, eſt pupillo actio iniuriarum niſi feciſti voluntate tutoris: Itaque efficiet voluntas tutoris ne pupillus habeat actionem, ſed quam nactus eſt pupillus, non efficit vt eam amittat. Sed ſi remiſit, non nocet pupillo, & licet poſſit tranſigere decidendi, non tamen diminuendi cauſa *l. Lucius §. vlt. D. de admin. tutor.* eadem ratio eſt ſerui & filijfamilias: Nam ij licet habeant liberam adminiſtrationem peculij, non tamen poſſunt rem perdere & diminuere, *l. filius, hic*, hoc obtinet & in filiofam. vt fuit expoſitum in *l. 3. ſup.* Vbi docuit, pactum tutoris non nocere pupillo, ſubijcit pa- D ctum filijfamilias factũ diminuendi animo non nocere patri. Idem obtinet in ſeruo, in filiofamilias, licet habeant adminiſtrationem bonorum, & in procuratore omnium bonorum procedit: Nam is cui eſt mandata actio vel defenſio, nec poteſt tranſigere, nec iuſiurandum deferre, nec paciſci, *l. 17. 18. & 19. D. iureiur.* ſed procurator qui habet generale mandatum, tranſigere quidem poteſt decidendi cauſa, & ſoluere & alienare, & pignerare, & aliud pro alio petere, ſed non donare, tranſigere diminuendi cauſa: nam & adminiſtrator rerum ciuitatis non poteſt paciſci diminuendi cauſa. vnde arguitur ſubeſſe mendum in *l. mandato, D. de procur.* dum ait procuratorem, qui habet generale mandatum, non poſſe tranſigere deci- E dendi cauſa. hoc eſt falſum: poteſt vt hic expoſui. Itaque legendum, *diminuendi* cauſa, vt *l. Lucius §. vlt. D. de admin. tutor.* ita eſt ſcriptum in tutore, cui ſimilis eſt procurator, non poſſe decidere diminuendi cauſa.

Ad l. 24.

Si actionem legati, vel fideicommiſſi, quam aduerſus heredes mariti quondam tui habuiſti, te adfectione heredum alijs remiſiſſe probetur, exceptionem pacti cõtra debitores, inſtituenti actiones nocere tibi minime poſſe intelligis. PP. XVII. Kal. *Ianua. Sirmij, CC. 3. Conſſ.*

Finge: legauit maritus vxori aliquid ab heredibus ſuis Primo & Secundo. heredes mariti Primus & Secundus: illa putabat eſſe Caium & Titium. actionem igitur legati vxor quam habebat remiſit Caio & Seio. & ita eis quos putabat eſſe heredes remiſit non veris heredibus. Quæritur an ea remiſſio proſit veris heredibus: quod videtur prima ſpecie dicendum. nam eam actionem remiſit affectione heredum, quia putabat eos heredes, neque videtur ea affectio penenganda. In veris heredibus aliud dicendum eſt: quia pactum cum alio factum, aliis non prodeſt, *l. ſi tibi §. cum poſſeſſor, D. de pact. l. Imperatores, §. vlt. de tranſact.* Qui erat in poſſeſſione alienæ hereditatis pactus eſt forte cum creditoribus vel debitoribus hereditarijs. hoc pactum lex ait, non prodeſſe legitimo heredi, vero heredi: non nocere etiam ſi poſtea deceſſerit a poſſeſſione hereditatis. & ita *l. 24. huius tit.* Sed obſtat *l. ſi poſt, D. de conſtit. pecun.* pactum factum cum falſo herede vel putatiuo, vt ait Accurſ. de non petendo legato, non prodeſt vero heredi: ita pactio cum poſſeſſore alienæ hereditatis non prodeſt ei qui poſtea eam euicerit. At *l. ſi poſt* ait, ſi poſſeſſori alienæ hereditatis conſtituerit debitor ſe ſoluturum prodeſſe, conſtitutum vero heredi, qui poſtea hereditatem euicit. cur ita? Conſtitutum eſt acceſſio, non nouatio nec ſignificat ſortis obligationem: hoc eſt certum. Eſt enim conſtitutum ſeu ἀντιφώνησις acceſſio, non nouatio, prioris obligationis. Nunc finge: debitor hereditarius poſſeſſori hereditatis, quem putabat verum heredem eſſe, conſtituit ſe ſoluturum ad diem certum. euicta eſt poſſeſſori hereditas a vero herede. quæritur an vero heredi competat actio conſtitutæ pecuniæ: & competere reſpondetur. differentia inter pactum & conſtitutum hæc eſt. pactum fit per ſe, ita pactum factum cum falſo herede vero non prodeſt: ſed conſtitutum, quia eſt acceſſio, factum in perſonam falſi heredis prodeſt vero heredi, quia cum verus heres euicit hereditatem, in eum transferuntur omnes obligationes, nec dubitatur competere ipſo iure. ergo ſi principalis obligatio tranſit in perſonam veri heredis, & conſequenter obligatio conſtitutæ pecuniæ, quæ eſt acceſſoria, tranſit, & fideiuſſoria obligatio, *l. heredes, D. de fideiuſſ.* ergo non mirum ſi conſtitutum ſequatur verum heredem cui competit principalis actio, ſed idem non poteſt conſtitui in pacto. Explicauimus in *l. 3. l. 23.* cras perueniemus ad *l.* 25. & 26.

Ad l. 25. & l. 26.

Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli nec mutari poteſt. S. 4. Kal. *Maij, Sirmij, CC. 3. Conſſ.*

L. 26. Pacto ſucceſſorum debitoris ex lege duodecim tabularum æs alienum hereditarium pro portionibus quæſitis ſingulis ipſo iure diuiſum, in ſolidum vnum obligare creditori non poteſt, quod & in honorario ſuccedentibus iure, locum habet. De chirographis itaque communibus exhibendis, coheredem vel non perfectis in diuiſione placitis, conuenire, quanti tua intereſt potes. PP. 3. id. Octob. Variani, CC. Coſſ.

Debitorum pactionibus, *&c.* Ponitur ſpecies duobus reis. Acceptis duobus reis promittendi id egit creditor vt ſinguli tenerentur in ſolidum: rata eſt conuentio, & ex ea ſinguli tenentur in ſolidum. quid ſi forte poſtea rei inter ſe paciſcantur non adhibito creditore, vt ſuam quiſque partem exſoluat? hæc pactio quæ prius facta eſt cum creditore non poteſt diſſolui. pacto debitorum creditori præiudicari non poteſt. & hoc eſt quod ait, debitorum pactionibus creditoris petitionem nec tolli, nec minui poſſe. tollitur cuius ſubſtantia perimitur, mutatur, cuius qualitas

litas minuitur vel augetur. sed mittamus speciem. Nou. nec longius abeamus, & contenti simus ea specie quæ proponitur in *l. seq.* nam & ideo subiecta est statim vt superiori regulæ propositæ in *l.* 25. suppeditaret exemplum: & ita in *l.* 25. proponitur thesis. in *l.* 26. hypothesis, & eodem modo quo in *l.* 2. *inf. de luit. pign.* generaliter proponitur, vinculum pignoris durare submota obligatione personali, quod omnibus prima specie videtur esse mirum & incredibile, vt maneat pignus & accessoria obligatio sublata principali, & diu quærunt exemplum, sed longius abire solent, cum tamen in l. proxima eiusdem tit. scriptum sit exemplum valde perspicuum: puta si sint duo heredes debitoris, & creditor sit hypothecarius qui habeat & personalem actionem & hypothecariam: heres tenetur vtraque actione, sed diuerso modo: nam actione personali tenetur pro portione hereditaria, non in solidum ex *l.* 12. tab. quæ æs alienum diuisit inter coheredes, id est, noluit esse commune pro indiuiso inter coheredes, sed obstringit tantum eos pro portionibus hereditariis. actione hypothecaria singuli tenentur in solidum, quia lex 12. tab. eam non diuisit, *l. rem, D. de euict.* quare vt dixi, si duo sint heredes debitoris, singuli tenentur actione personali pro portione hereditaria, vel hypothecaria singuli tenentur in solidum. Nunc finge: vnus soluit partem crediti, liberatur tantum actione personali pro parte quam soluit. ergo sublata est actio personalis in eius persona, sed conueniri adhuc potest actione hypothecaria in solidum, quia indiuidua est hypothecæ causa. Sic fit vt qui liberatus est actione principali, non sit liberatus actione hypothecaria. & ita etiam ad *l. 25. huius tit.* ex proxima *l.* 26. est ponendum exemplum de duobus heredibus debitoris aut pluribus: illud certum est quod iam attigi ante, duos aut plures heredes debitoris teneri creditoribus hereditariis non in solidum, sed pro portionibus hereditariis: & hoc esse quod dicitur, nomina ipso iure esse diuisa, & non venire in iudicium familiæ erciscundæ, *l. 2. §. vlt. D. famil. ercis. l. 1. inf. si cert. pet. l. 1. ꝗ. de except. l.* 1. *inf. si vnus ex plur. hered. l. 1. inf. de hered. action.* cuius ita debet species poni. Defunctus debet Titio C. ego & tu defuncto debitori heredes fuimus, tu pro quadrante, ego pro dodrante: quæritur an Titius creditor a te possit petere integra C.? Minime, sed quadrantem tantum a te petet, id est, 25. a me dodrantem, id est, 75. quia ipso iure inter nos diuisum est æs alienum: nunc si conueniat inter me & te qui defuncti hereditatem adiimus, vt tu solidum exsoluas creditoribus hereditariis, & sic hoc pacto diuisionis hereditatis conueniat vt omne æs alienum suscipias & ne sit commune, non ideo magis parabitur creditori aduersus te actio in solidum. & hoc est quod ait in *l. 26. pacto successorum, &c.* male legit Haloander, *pactum successorium*, cum sic legatur in omnibus libris: *pacto ergo successorum*, id est, ex pacto successorum debitoris ex *l.* 12. tab. æs alienum hereditarium pro portionibus quæsitis singulis ipso iure diuisum in solidum vnum obligare creditori non potest. Denique ex pacto obligationem hereditariam vnum solidum obligare non posse. & eadem forma in *l. creditor, D. de pignor. pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur*: est Atticismus. & recte loquitur de ære: nam lex 12. tab. habet tantum locum in act. in personam si cert. pet. *l.* 1. *D. de interrog. in iu. facien.* id est, lex 12. tab. inter heredes diuidit æs alienum tantum & actionem si certum petatur: nam si sit actio incerti indiuidua est, & singuli tenentur in solidum, etsi sit actio in rem, non in personam si certum petetur, & ea actione heres tenetur in solidum qui rem possidet, vel si pro parte possideat, tantum pro qua parte possidet, non pro hereditaria, *l. si possessor, D. de rei vindic.* Ergo lex 12. tab. habet tantum locum

A in ære alieno & in ære suo vt mox dicitur. denique in ære quod diuiditur inter coheredes pro hereditariis portionibus. Male Accurs. hic, æs alienum dicit quod defunctus debuit, recte, & quod defuncto debetur, male: nam quod defuncto debetur, æs suum est, non alienum, vel vt Cicero loquitur, nummi sui non alieni: nam nummi, vt æs etiam dicuntur de nominibus, ne dum de pecunia: sed fateor legem 12. tab. habere locum in vtroque ære, vtrumque æs suum & alienum diuiditur æquis portionibus inter coheredes, id est, agunt heredes cum debitoribus hereditariis & conueniuntur non in solidum, quod iudex mutare non potest, nec voluntas testatoris, nec pactio. Quintil. in declamatione 336. pactus erat frater minor cum fratre maiore, vt communem agrum susciperet,

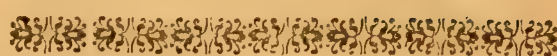
B & æs alienum patris solueret. *Finge*, inquit, *esse aliquem ex creditoribus, qui partem crediti sui a me petat, quid respondere possum? agrum fratri dedi: cum fratre meo conuenit mihi, vt ille solueret. Num dubium est, quin dicturus fuit creditor: partem tu debes mihi: ergo etiam*, inquit, *si conuentione æs alienum transferebatur a te iure tamen & veritate erat & meum.* Ait, pactum factum non immutare actionem creditoris, id est, etiamsi conuentione æs alienum patris transferatur in vnum ex fratribus, iure est commune, & aget creditor cum vtroque pro hereditariis portionibus. lex 12. tab. quæ hoc statuit scripta est de heredibus, sed interpretatio porrigitur ad bonorum possessores, vt ait *l.* 26. quod & in honorario succedentibus iure

C locum habet, id est, in bonorum possessoribus, vt sæpe in aliis legibus hereditatis appellatione continetur bonorum possessio, *l. hereditatis, D. de verb. signif.* At finge: ego & tu heredes sumus debitoris. in diuisione hereditatis conuenit inter nos, vt tu solidum solueres creditoribus hereditariis: qua de causa cessi chirographis, cessi actionibus, quæ pro mea parte mihi competebant. verum est creditores hereditarios compelli non posse te conuenire in solidum: quia pactio creditoris actionem minuere non potest: sed tamen inter nos fides pacti obseruari debet, vt solidum soluas. si tu eis non solueris solidum secundum conuentionem, ego repetam abs te chirographa quæ cessi, vel agam tecum actione præscrip. verb. id est,

D quanti interest solidum solui. ergo etiamsi in diuisione conueniat inter heredes, vt vnus soluat solidum, non mutatur actio creditoris: nam potest creditor cum vtroque agere pro hereditaria parte. Sed tamen si fides pacto non præstetur, licebit coheredi aduersus coheredem agere qui non implet fidem pacti. Ideo si cessi chirographis, vt tu susciperes omne æs alienum, & non velis suscipere, repetam chirographa, vel agam præscrip. verb. nam in hac specie non est pactum nudum tantum, sed est contractus, id est, permutatio. Nam hoc vt tu susciperes omne æs alienum in diuisione hereditatis est permutatio. hoc est certum, quia fit permutatis vltro citroque partibus, l. *cum pater §. hereditatem, D. de lega.* ij. diuisioni & permutationi bonorum adiecta est pactio de ære omni alieno

E dissoluendo a te: ex hac pactione licet non mutetur ius creditoris, æquum est te agere posse, *l. licet ꝗ. fam. erc.* vel condictione ob rem dati causa non sequuta: qua repetam chirographa quæ cessi tibi ea lege, vt omne æs alienum soluas. concurrit condictio ob rem datam cum actio. præscrip. verb. ergo poterit te compellere actio. præs. verb. vel condicet chirographa, vel actiones quas tibi cessit. & in eadem declam. Quintil. cum frater minor pactus esset cum fratre maiore, vt omne æs alienum solueret: *fingimus*, inquit, *æs alienum te noluisse soluere, & egisse pacti huius pœnitentiam. Num dubium est quin ego venturus optimo iure in hanc fuerim possessionem?* & in specie proposita, non dubium est quin repetam chirographa, quæ tibi cessi

si nolis soluere: & hoc significat his verbis, *de chirographis itaque communibus exhibendis*: id est de reddendis condictione ob rem datam causa non secuta, de chirographis restituendis conuenire quanti tua interest potes, id est, actione præs. verb. & ita certum est, his verbis dari condictionem ob rem datam, id est, vt soluatur æs alienum. Ad hæc quæ sufficere videbantur, quærit Accurs. licet pacto huiusmodi coheredum, quod inter eos ratum est, non præiudicetur creditori, & ita non mutetur actio creditoris: an compellatur creditor prius experiri cum eo coherede qui conuentione habita omne æs alienum suscepit, quam aggrediatur alterum. Fateor eam conuentionem non præiudicare creditori: sed an cogetur prius experiri cum eo qui in pacto diuisionis suscepit omne æs alienum soluendum? respondet hoc non competere debitori: nam aggredietur primum quem voluerit, vel alterum, l. 1. §. *si inter*, *D. de mag. con.* Loquitur de duumuiris siue magistratibus municipalibus, qui si pupillo tutores non dederint, vel quos dederunt non sint soluendo, tenentur: quæ actio est ex Senatusconsulto facto auctore Trajano, *l. pen. inf. de magist. conu.* hac actione singuli magistratus tenentur in solidum, & si forte in dandis tutoribus conueniat, vt vnus det tantum tutores pupillo vnius periculo, & vt actione subsidiaria teneatur vnus: hæc conuentio nihil præiudicat pupillo. verumtamen ait, prius esse conueniendum eum cuius periculo dati sunt tutores, & excussis eius facultatibus veniendum ad collegam: quia si vnus dedisset tutorem, non ideo alter non teneretur, sed primum veniendum ad eum qui dedisset, tum ad collegam: & ita cum ex duumuiris vnus solus dederat tutores, saltem prior conueniebatur actione subsidiaria, & si non existeret soluendo, tum perueniebatur ad collegam. Eadem æquitas est cum conuenit, vt huius periculo daretur tutor, hic solus dedit tutorem. ergo prius ad eum venietur quam ad collegam: at non eadem ratio est in heredibus qui adierunt hereditatem: Nam in adeundo vnusquisque se obligauit creditoribus tantum quasi ex contractu, non se obligauit vnus magis quam alter. Ergo cum quo voluerit prius aget creditor, quia par est vtriusque causa & conditio: at in magistratibus non est par conditio. Itaque nihil eo moueri debemus. An si in pacto diuisionis cōuenerit inter coheredes vt vnus acciperet fundum hunc & sibi haberet ex asse ea conditione, vt ipse solueret omne æs alienum, & postea perferantur nouæ tabulæ quæ liberent debitores omnes, quæ est species proposita in illa Quintil. Declam. an competet condictio fundi coheredibus, condictio ob rem datam re non secuta? & verum est non competere condictionem, quia non fiat per coheredem quin soluat creditoribus hereditariis. liberatur vterque coheres, etsi alijs rationibus: necessario remedio, publica necessitate, id est, nouis tabulis: nam in summa penuria noua lege lata liberabantur debitores omnes, aut in solidum, aut pro parte, quæ dicebantur χρεῶν ἀποκοπαὶ. ergo non stat per coheredem quin soluat. Condictio autem ob rem datam competit nisi ex pœnitentia, vel ex cessatione, vel ex mora. non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere vbi res non est integra, hic non est integra, ergo: & pœnitere non potest. & condictio non est ex cessatione, quia per eum non stat, sed per tabulas, quas ille non impetrauit. ergo cessat condictio ob rem datam, *l. pen. & vlt. sup. D. de cond. ob rem dat. l.* 1. §. *Diuus*, *D. de var. & ext. cognit. & l. qui operas*, *D. loc.* Legem *petens* quæ sequitur duobus locis iam explicauimus. Itaque cras veniemus ad l. xxviij. *si certis.* Explicatio *legis pen. & vlt.* deest, sed peti potest ex Comment. Raguelli, qui Cuiacium vbique fere αὐτολεξεὶ sequitur.



IACOBI CVIACII IVRIS-CONSVLTI AD LIB. III. CODICIS D. IVSTINIANI COMMENTARII.

DE IVDICIIS TITVL. I.



IVDICIVM pluribus modis dicitur, vno actio, altero locus in quo lites exercentur. alia significatione iudicium est ciuile, vel criminale, de quo disceptatur apud eum cuius sententia rei finem imponat. & hæc est significatio huius tit. vt cum dicitur, iudicium esse de præterito non de futuro, *l. non quemadmodum*, *de iudic. D.* & hæc differentia inter iudicium & legem. Cic. in Partit. *Iudex statuit de præteritis, lex de futuris*: quod plerumque ita se habet: Nonnunquam enim de futuro etiam iudicium constituitur, *l. Antæus* §. *vlt. de aq. & aq. pl. ar.* vt actio damni infecti, actio aquæ pluuiæ arcendæ, in quibus damnum futurum quod veremur venit. Falluntur qui etiam iudicium accipi putant pro sententia siue pronunciatione eius quod in disceptationem venit: nusquam ita iudicium accipitur. sic tamen iudicium accipit Accurs. in *l. iij.* §. *Idem scribit*, *de pecul.* quæ tamen inferius aliter explicabitur. Idem sic iudicium accipit in *l. qui concubinam* §. *si heres*, *de leg. iij.* Eius sententia vt intelligatur sciendum est, eum qui tenetur de euictione non teneri vtiliter, nisi ei fuerit denunciatum vt rei agendæ interesset. vt sit actio de euictione laudandus est auctor: quam in rem erant solemnia hæc verba: *Quando te in iure conspicio, postulo an auctor fias.* Quæ dicitur actio in auctorem præsentem a Tullio pro Cæcinna: illaudatus auctor non tenetur de euictione: & constat auctorem posse laudari quocunque tempore ante condemnationem, ergo & post litem contestatam, *l. si rem, quam* §. *vlt. de euict.* sequitur species §. *si heres.* Ab herede legatus est homo generaliter. si legatus esset homo certus, puta Stichus, heres non teneretur de euictione, sed quia legatus est generaliter, si heres Stichum tradiderit, & a legatario euictus sit, heres tenetur de euictione. Sed vt vtiliter teneatur debet ei denunciari ante acceptum iudicium, vt rem defendendam accipiat. quæ verba si ita accipias, ante litis contestationem, pugnabit ille locus cum eo de quo constare diximus, denunciari posse quocunque tempore: ideoque Accurs. interpretatur ante sententiam, ante condemnationem, vt quoquo modo consentiat ille §. cum certissima definitione iuris. sed errore labitur: nam illo loco, prius quam iudicium accipiatur, est ante litem contestatam. denunciari igitur debet auctori vt iudicio subsistat ante litem contestat. quæ denunciatio eo tempore fiet valde opportune: sed non ideo fiet importune, quod fiat post litem contesta: & collectio est vitiosa. denunciari debet auctori ante litem contesta. ergo non debet denunciari post litem contest. nam istud non est importunum, modo res prope condemnationem non sit: tum enim sera est denuntiatio. Quin etiam post condemnationem, quandoque denuntiatio pro tempestiua habebitur, si omnia sint in integro, vt si interposita fuerit appellatio. Igitur illo loco, *antequam iudicium accipiatur*.i. ante litem contestatam. & hoc est initium iudicij, non in ius vocatio, *l. amplius*, *rem rat. hab.* vbi

vbi dicitur iudicium non esse acceptum, etiamsi reus vocatus sit. In ius ergo vocatio nō dat iudicio initium, quam tamen non infitior esse actionis instituendæ initium. Sed hæc differunt, & tantum abest vt vocatio in ius sit initium iudicij, vt nec sit editio actionis, *l.* 1. ꝟ. *de lit. contest.* sola litis contestatio initium iudicij est, & ob id a Græcis appellatur προκάταρξις, à veteribus Gallis, *entamement de plaid.* veteres glossæ eleganter, *lites contestatæ*, αἱ ἀρχὴν λαβοῦσαι ἐν δικαστηρίῳ, id est, quæ initium in iudicio sumpserunt ex mutua reorum conflictatione, quod in 12. *tab.* significant illa verba: *cum perorant ambo præsentes*, & recte in *d. l.* 1. *de lit. contest. lis tunc contestata videtur*, inquit, *cum iudex per narrationem negotij causam audire cœperit.* per narrationem negotij. & ita Cincius apud Macrob. significauit *litis contestationem: iubent dicere, quorum negotium est*, *narrant.* Est igitur principium iudicij litis contestatio, non in ius vocatio, non editio actionis, non vnius partis postulatio simplex, nec ex eis colligitur argumentum consensionis in iudicem. Non qui edit actionis genus, non qui de iure suo experitur μονομερῶς, sed qui litem contestantur, si plane consentiunt in iudicem, iudicium constituunt: finis autem iudicij est res iudicata, *l. in bonæ fidei*, *inf. de vsur. M. Tullius in Topic. iudicij finis est ius*, vnde etiam nomen: Ius autem est res iudicata: neque vero idem est iudicium accipere, & iudicem accipere. iudicem accepit actor aduersus reum, *l.* 2. *hoc tit. l.* 1. *inf. de in lit. iur. l.* 9. §. *quem igitur*, *de tut. & rat. dist.* iudicium accipit reus, lite contestata apud iudicem, dictat actor, accipit reus, vel vt rhetores loquuntur, actor litem facit, suscipit & patitur reus: proinde in iudicio hæ personæ requiruntur, actor, reus, vel procuratores eorum, & iudex cui etiam Harmenop. adiungit consiliarios & adsessores, dum ait iudicium constare, ἐκ τῶν προκαθεζομένων καὶ συγκαθεζομένων καὶ δικαζομένων: vnde etiam in *l.* 1. *huius tit. iudicio recepto*, id est, lite contestata.

Ad l. 1.

Iudicio cœpto, vsurarum stipulatio non est perempta. superest igitur vt debitorem eius temporis, quod non est in iudicium deductum, conuenire possis. PP. Kal. April. Antonino II. & Geta 2. Conss.

QVæstio est elegans. ponit litem contestatam de sorte tantum, & eam contestationem de sorte non perimere stipulationem vsurarum, quia alia est stipulatio sortis, certi, alia vsurarum, incerti: quia nescimus metam vsurarum, id est, quatenus sint cursuræ vsuræ, *l. vbi autem* §. *pen.* de *verb. oblig. l. centum*, *de eo quod cer. lo.* ergo litis contestatio de sorte non perimit, non consumit litem de vsuris. Ratio dubitandi ex eo nascitur, quod litis contestatione res nouari videtur: nouatione autem facta vsuræ non currunt, *l. nouatione*, *de nouat.* Sed hoc tantum dicitur illo loco de nouatione legitime facta, id est, per solemnem stipulationem. hæc liberat hypothecas & pignora, & accessiones omnes extinguit, stipulationem vsurarum, stipulationem pœnariam, priuilegium prioris actionis: & si erit actio de dote, quæ est priuilegiaria & transfundatur in stipulationem perimitur priuilegium, quia actio perimitur, cui soli adhærebat priuilegium, *l. si creditor*, *l. aliam*, *de nouat. l.* 4. *inf. de fideiuss.* & hoc ideo sicut adsignificaui, quia principalis obligatio omnimodo tollitur. Cur extinguitur hypotheca, &c. quia principalis obligatio omnimodo tollitur .i. tam ciuili, quam naturali iure. tollitur ergo ciuilis & naturalis stipulatio nouandi animo interposita, tollit ciuilem, tollit etiam naturalem, cum & pactio tollat naturalem. sic pactio & contractus tollunt naturalem & ciuilem. Et hæc de nouatione facta legitime. idem non admittimus in litis contestatione, quæ vulgo dicitur nouatio necessaria. illa est voluntaria: lite contestata vsuræ non desinunt currere, *l. cum stipulati*, *de verb. oblig. l. lite*, *de vsur.* lite contestata vsuræ currunt, & explicatur vulgo male: explicanda est coniuncta *d. l. nouatione*, quæ est ex eodem auctore & libro 57. ad edictum. coniunctio illa demonstrabit constitui a Paulo differentiam inter nouationem & litis contestationem. nouatione legitime facta vsuræ non currunt, lite contestata currunt: & hæc coniunctio indicat male eam l. accipi de vsuris quæ veniunt officio iudicis: nam hæ in iudiciis strictis non veniunt vllo officio iudicis, & in iudiciis bonæ fidei veniunt citeriori tempore, puta ex mora, & consequenter ex lite contestata: sed loquitur ea l. de vsuris quæ ex stipulatu debentur, eæ lite contestata non inhibentur. Videamus etiā an currant re iudicata. Sti-
B pulatus sum sortem & vsuras: duæ sunt stipulationes, vt dixi *sup.* egi de sorte tantum, non de vsuris, & condemnatus es in sortem, de qua tantum egeram, an vsuræ currunt? sic videtur. post condemnationem sortis, vsuræ, de quibus non egi, currunt: & superest stipulatio in vsuras præsentis temporis non tantum post litis contestationem de sorte, sed etiam post rem iudicatam: quia iudicato nouatur tantum sortis obligatio, non vsurarum, quæ non fuerant in iudicium deductæ: quo casu rei iudicatæ nullæ erunt vsuræ, quia eiusdem pecuniæ non possunt simul currere & legitimæ & conuentionales: vsuræ currunt conuentionales, ergo non est locus legitimis. Videndum est si egerim de sorte & de quorundam annorum vsuris, non de omnibus quæ mihi debebantur. illæ non desinunt currere: superest petitio earum vsurarum quæ in iudicium deductæ non sunt: sed si egissem de vtroque,
C puta de sorte & de vsuris, & tam in sortem quam in vsuras secuta esset condemnatio, tamen vtraque obligatio nouaretur, videlicet transfusa obligatione ex stipulatu in actionem iudicati, & intra tempora iudicati non currerent vsuræ, quoniam hoc tempus datur humanitatis causa, *l.* 3. *C. de vsur. rei iud.* post tempora iudicati non currerent vsuræ conuentionales, sed grauiores vsuræ legitimæ, puta, centesimæ vsuræ, non quidem vsurarum & sortis, quorum vtrunque deductum est in condemnationem, non vt ait *l.* 3. totius consummatæ quantitatis, & vsurpat verba illa, vt nos vulgo, consummata quantitas, quæ in vnam redacta est. Igitur si sententia iudicis & sors & vsura sit redacta in vnam summam, tamen totius eius quantitatis non
D current vsuræ centesimæ post tempora iudicati, sed separabitur sors, & sortis tantum vsuræ centesimæ current. Similiter, re iudicata non perimitur hypotheca, sicut re iudicata de sorte tantum non perimitur stipulatio vsurarum in *l. grege* §. *etiam*, *de pignor. l.* 8. ꝟ. *eo. tit.* eodem modo re iudicata aduersus reum principalem, fideiussor non liberatur, quia videlicet pignoris vel fideiussoris causa non est in iudicium deducta. Conclusio hæc sit: Nouata priori obligatione per rem iudicatam non nouari hypothecariam, non fideiussoriam, non vsurarum, quæ in iudicium non venerunt, quia scilicet hæc nouatio est necessaria, non voluntaria. nouatio principalis obligationis nouat acces-
E siones omnes, nouatio necessaria non nouat: quia nouatio voluntaria perimit tam ciuilem quam naturalem obligationem principalem, necessaria non item. iudicatum obligationem naturalem non nouat, *l. iudex*, & *l. Iulianus*, *de cond. indeb.* alioqui litis contestatio faceret actoris conditionem deteriorem si ei reo condemnato perirent vsuræ, pignora, &c. cum potius debeat litis contestatio actoris meliorem facere conditionem, vt semper facit. Nam litis contestatione actio temporaria perpetuatur .i. producitur, ita vt nec interitu rei debitor liberetur qui moram traxit. litis

conteſtatione interrumpetur præſcriptio & vſucapio A Iuſtinianea, non vſucapio vetus ex 12. tab. *l. 17. §. vlt. cum ſeq. & l. 20. de rei vind. l. Iulianus §. quantum, ad exhib. l. 2. pro don. l. 2. §. vlt. pro empt.* item litis conteſtatione actiones quæ nec heredi nec in heredem competebant, dantur, imo & in patrem, ſi lis conteſtata fuerit cum filiofamil. *l. omnes, de reg. iur. l. & ſi condemnatus, de noxal. action.* Igitur ne fiat deterior conditio actoris, ſtatuimus lite conteſtata & ſecuta cōdemnatione ſortis tantum nomine, non perire obligationem naturalem: vbi autem manet naturalis obligatio, fideiuſſor non liberatur, non pignus *l. vbicunque, de fideiuſſ. l. debitor, ad Trebell.* dixi iudicato fieri B nouationem, hoc eſt quod dicitur in *l. ſi fundus §. ſi pluris, de pignor:* rem tranſire ad condemnationem, & inde pecuniam deberi. vulgo dicunt, rem tranſire in rem iudicatam, quo modo noſtri auctores nunquam loquuntur, nec illo loco eodem ſenſu dicitur cauſam tranſire ad condemnationem: ſed illis verbis ſignificatur fieri nouationem per condemnationem. Et eſt elegans ſpecies: debitor qui poſſidebat hypothecam cum quo egerat creditor Seruiana, cum reſtituere iuſſus à iudice non reſtitueret, lis æſtimata eſt iureiurando in litem, & debitor condemnatus eſt ob ſuam contumaciam pluris quam eſſet ſortis & vſurarum quantitas: poſt condemnationem offert ſortem tantum, an exoneratur hypotheca, an iudicato, an obligatione? Lex ait, iuris ſubtilitatem hoc non admittere: & præterea auctoritatem iudicati non admittere: tanti damnatus eſt quanti in litem iuratum erat: C ergo tantumdem offerre debet. Humanius tamen eſſe ait, vt ſi ſortem offerat, exoluat iudicatum, modo fidem agnoſcat, cuius non agnitæ hanc pœnam tulerat, quod pluris damnatus fuerat. Sed hoc ex humanitate: nam ciuili iure aliud eſt, quia res tranſiit ad condemnationem: & ideo verum eſt nouationem fieri iudicato, vt & noua obligatio actionis cauſa intercedat. quod inde potiſſimum elucet, quod ſi quis egerit cum duobus tutoribus, vel cum correis promittendi, quorum ſinguli tenentur in ſolidum, & re iudicata nominatim non ſunt condemnati in ſolidum, actione iudicati tenebuntur tantum pro virilibus portionibus, *l. ſi mandato Titij §. Paulus reſpondit, mand. l. 1. & 2. inf. ſi plur. vn. ſent. cond. ſunt.* & hoc ideo quia actor egit cum duobus, cum potuiſſet cum vno in ſolidum experiri, quomodo ſi egiſſet habuiſſet condemnationem in D ſolidum. Iudicato ergo fit nouatio, iudicio non fit nouatio. fateor iudicio quidem contrahi, *l. 3. §. idem ſcribit, de pecul.* cum ſcilicet perorant ambo præſentes & ordinant iudicium ſuperſtitibus præſentibus, vtraque parte dicente, *teſtes eſtote*, vt Feſtus ſcribit, vnde litis conteſtationis nomen. hac ratione quodammodo contrahitur, & videntur conſentire in iudicem, *l. non videntur, de iudic.* non ſi quid ſoli poſtulent ſine aduerſario. Sed ex hoc contractu antequam res iudicetur, non naſcitur obligatio. pendente igitur iudicio non fit nouatio, finito fit nouatio: ergo iudicato, non iudicio: quod vſque adeo verum eſt, vt falſum ſit, E poſt rem iudicatam priſtinam actionem remanere. ſingulis controuerſiis ſingulæ ſunt actiones, *l. 6. de except. rei iud.* ſi lite finita eandem litem mouere mox liceret, eſſet infinitus litium numerus. Igitur iudicato priſtina actio finitur, & exiſtit noua actio iudicati quam iudex mox exequitur: vt autem ſecus ſentiret Accur. fecit *l. 9. §. ſi quis fundum, de exc. rei iud. & l. ſi fundus §. creditor, de pignor.* Creditor egit hypothecaria, & hypotheca ei adiudicata fuit. Quæritur, qua ratione eam ſit habiturus? debet, inquit, agere hypothecaria, & ſi opponatur exceptio rei iudicatæ, debet replicare hoc modo: ſi non ſecundum me iudicatum eſt. Et ſimiliter in alia ſpecie: ſi quis egerit rei vindicatione aduerſus te, & tu rem defendens & putans te rem poſſidere cum non poſſideres, bona fide te liti obtuliſti: ſed mox ficte eam emiſti, & lis data eſt ſecundum petitorem. Quæritur an reſtituere eam debeas. qua ratione? hac nempe, vt ipſe iterum rem petat; & ſi tu ponas exceptionem rei iudicatæ, replicet, ſi non ſecundum me iudicatum eſt. Ex quibus locis colligitur, manere priſtinam obligationem. ſed ſi ſit iudicato nouatio, eſt actio iudicati. actio iudicati eſt aduerſus condemnatum, ſi nullus cōdemnetur non erit actio iudicati, ergo nouatio nulla: ſi nulla nouatio, ergo priſtina actio eſt. at fit nonnunquā vt reus non cōdemnetur, vt in ſpecie quā ſupra indicauimus, ſi reus accepit iudicium vindicationis, re cognita non condemnabitur, ſed pronunciabitur tantum de iure actoris, rem actoris eſſe videri. in hypotheca potiorem actorem videri. i. res ei adiudicabitur, hypotheca ei adiudicabitur: aliud eſt rem adiudicari, aliud reum condemnari. Igitur cum his caſibus non poſſit damnari reus etiamſi mox emerit eam rem, ſed res ea adiudicatur actori cum non ſit noua actio, non aliter ad rem ſuam poterit peruenire actor, quam ſi eadem re poſt acquiſita eandem rurſus actionem mouerit: cui ſi obiiciat exceptionem rei iudicatæ, ille replicabit, ſi non ſecundum me iudicatum ſit. denique is ſecundum quem iudicatum eſt, vel cui hypothecam adiudicatā eſt, aduerſus eundem poteſt eandem rem perſequi quaſi ſuam, ſi pronunciatum eſt ſuam eſſe, quia nulla ſupereſt actio. Igitur vbi ex iudicato actio, nouatio fit iudicato, non aliter.

Ad l. 2. Licet.

Licet iudice accepto cum tutore tuo egiſti: ipſo tamen iure actio tutelæ ſublata non eſt: & ideo ſi rurſus eundem iudicem petieris: contra vtilem exceptionem rei iudicatæ, ſi de ſpecie de qua agis in iudicio priore tractatum non eſſe allegas, non inutiliter replicatione doli mali vteris. PP. VI. Kal. Ian. Fauſtino & Rufiniano Conſſ.

Actione iudicati, vt heri diximus, nouatur prior contractus, prior obligatio, *l. 3. §. de vſur. rei iud.* & ideo priori iudicio rurſus vtiliter agi non poteſt. poteſt quidem ipſo iure: nam res iudicata ciuilem actionem non tollit niſi remedio exceptionis, naturalem nullo modo tollit. atque ita ſi rurſus quis agat priori actione poſt rem iudicatam, perimetur ea actio per exceptionem rei iudicatæ, quæ vulgaris eſt exceptio, *l. 3. de pop. act.* cuius rationem adfert *l. 6. de excep. rei iud.* ſingulis cauſis ſingulas actiones ſufficere, & vnum iudicati finem, alioquin nullus erit iudiciorum exitus, & litium modus multiplicatus ſummam faciet difficultatem, & ob id parere exceptionem rei iudicatæ frequens eſt .i. ſolenne, & M. Tullius lib. 5. *de finib. vt in actionibus præſcribi ſolet, de eadem re fecit alio modo*, vbi eſt legendum, *de eadem re egit.* hæc eſt *præſcriptio rei iudicatæ: de eadem re egit alio modo.* Nam hæc exceptio competit aduerſus eum qui iterum agit eadem de re, licet agat alio modo, *l. 5. l. 7. §. pen. & vlt. de exc. rei iud.* vulgare eſt igitur ſic actionibus præſcribere: de eadem re agis, alius eſt modus quem modo inſtituis, ſed ea res tantum, de qua iam pronunciatum eſt. Ex Rhetoribus Suidas cum definit quid ſit παραγραφὴ, duo exempla ponit; vnū eſt, præſcriptionis maleficij inſcripti, id eſt, lege non comprehenſi, περὶ οὗ οὐδὲν ὥρισται παρὰ τοῖς νόμοις: nam ſi me eo accuſaris crimine, præſcribam inſcripti maleficij, licet etiam ſit interdum inſcripti maleficii actio, quæ dicitur ſtellionatus: omne enim crimen inſcriptum dicitur ſtellionatus. Aliud genus exceptionis, eſt exceptio rei iudicatæ, quæ litem perimit omnino, & congruit cum legibus quæ vetant οἱ νόμοι πλεονάκις δικάζεσθαι περὶ τῶν αὐτῶν οὐ συγχωροῦσι. ſæpius agi aut pronunciari eadem de re. Ergo re iudicata ſemel

mel prior obligatio perimitur iure exceptionis, & fit nouatio .i. prior actio transfunditur in actionem iudicati. vnum tamen casum exposuimus, quo priori actione agitur vtiliter sine metu exceptionis rei iudicatæ, si rem meam esse petiero, vel, si ius hypothecæ meum esse petiero, & iudex pronuntiarit rem meam esse, vel hypothecæ ius meum esse, quod est iudicare rem, *l. si fundus* §. *creditor, de pigno.* & *l. creditor qui prior* 12. *qui pot. in pig.* his actionibus varie pronuntiatur. modo rem actoris esse, quo genere pronuntiatur etiam de iure rei: videlicet eius eam rem esse. modo: pronuntiatur, rem actoris non esse, quo genere nō ideo pronuntiatur, rem esse aduersarij, cum nec actoris esse possit, nec rei. Itaque est diuersum genus pronuntiationis. multum interest pronuntiari rem meam esse, vel rem actoris non esse, *l. si inter me & te, de exc. rei iud. l. sed & si possessori, de iureiur.* modo absoluitur reus simpliciter quod non possideat. in *l. 9. in prin. de exc. rei iud. vel,* inquit, *adiudicatur res, vel absoluitur reus.* Notat duo genera pronuntiationis. modo reus condemnatur in æstimationem litis quod non restituerit arbitratu iudicis: sed cum reus nec absoluitur nec condemnatur, sed simpliciter adiudicatur res actori. non est actio iudicati ex iudicato ipso: sed si reus possessionem eius rei nactus sit, rursus eam rem ab eo persequar quasi meam: quia pronuntiatum est meam esse, nec aliter ex iudicato possum agere. persequar igitur meam esse, & si excipiat possessor de re iudicata, replicabo de re secundum me iudicata: atque ita vtiliter priorem actionem iterabo, *d. l. 9.* §. *1.* Alter casus, quo priori actione agitur vtiliter, proponitur in hac l. 2. si eadem actione agatur rursus, sed alia de re, de qua priori iudicio tractatum non sit: nam & hoc casu obiicietur quidem exceptio rei iudicatæ, quia eadem actio reiteratur: sed quia alia de re, quæ omissa est priori iudicio, intentionem actoris adiuuabit replicatio doli mali. Sed aut actio est generalis aut specialis: hæc est diuisio quæ proponitur in l. *pro socio 38. D. pro soc. Iudicia,* inquit, *aut sunt specialia,* .i. de specie vna, veluti mandati, commodati, depositi: *aut sunt generalia, veluti pro socio,* quod est de communione vniuersa atque adeo de rebus variis, *actio negot. gestor. & actio tutelæ* quæ adducit multas species, *l. si quis separatim* § 1. *de appell. l. etiam* §. *1. de minor.* & ita in hac *l. species* .i. caput litis vnum. Dubium autem non est speciali actione sæpius agi posse ex variis causis non obstante præscriptione rei iudicatæ. vt puta, agam aduersus te si certum petatur sæpissime ex variis causis. nec obstabit præscriptio rei iudicatæ .i. non competet. quæ non competit, nec opposita nocet, *l. si in iudicio, de excep. rei iud.* at generali actione sæpius agi potest. Hæc l. est de generali actione .i. tutelæ actione, quam generalem esse ait lex 38. cum & complectatur multas species administrationis. Finge igitur: pupillus egit cum tutore tutelæ actione, qua hoc intenditur, vt tutor tutelæ rationes reddat. tutor igitur condemnatus soluit quod erat in condemnationem deductum, puta, subduxit iudex rationes, & subductis rationibus damnauit tutorem, vt cætera tutelæ restitueret pupillo. Quæritur an hæc actio tutelæ possit repeti ob certam speciem, quæ priori iudicio omissa est: & videtur posse agi. sed obstabit exceptio rei iudicatæ, qua generaliter actio tutelæ in iudicium deducta est, & generaliter de restitutione tutelæ pronuntiatum est semel. Actio tutelæ generale iudicium est. quid igitur? agit nunc pupillus eadem actione. æquum est ex ea specie quæ priore iudicio est omissa, pupillo actionem non auferri: & ideo aduersus exceptionē rei iud. poterit opponere pupillus replicationē doli mali. idemque censendū de qualibet actione generali, vt possit repeti: nam & actio fam. ercisc. potest repeti ex magna causa, non vtique temere, non quod vna forte res manserit indiuisa, cum sufficiat iu-

Cod.

A dicium com. diuid. *l. si filiæ* §. *familiæ, fam. erc. & l. 8. i. de collat.* Apponenda est omnino species ad hanc legem, *ex l. Lucius 2.* §. *tutelæ, de adm. tut.* Cum tutore egit pupillus tutelæ: finita tutela tutor edidit librum rationum, & secundum librum rationū condemnatus soluit pupillo: postea pupillus egit cum debitoribus paternis, quorum nomina continebantur libro rationum tutoris: debitores protulerunt apochas tutoris, quibus probauerunt se soluisse tutori, quod tamen libro rationum non comprehendebatur. quæritur vtrum pupillus habeat actionem eo nomine aduersus tutorem, an aduersus debitores? Paulus respōdit, si debitores paterni soluerunt pecuniam tempore administrationis, ipso iure esse liberatos, & ideo superesse tantum actionem aduersus tutorem nec quicquam obesse quod B semel actum sit generali iudicio tutelæ: poterit enim pupillus propter eam causam quæ non est deducta in iudicium, idem iudicium repetere & aduersus exceptionem rei iudicatæ poterit se tueri replicatione doli mali. Ergo ex his colligitur, actionem tutelæ repeti propter aliam causam quæ priori iudicio omissa est, sed non repetetur apud eundem iudicem. in *l. de rebus, de rec. qui arb. rec.* si compromissum fuerit generale & plenum, & forte quædam species in petitionem deductæ non sint, & nihil etiam de his arbiter pronunciauerit, earum specierum quæ omissæ sunt petitio superest, apud iudicem scilicet ordinarium, non apud arbitrum, nisi de his speciebus rursus in eum compromittatur: ita etiam in hac specie repetitur actio tutelæ non apud eundem iudicem, sed C dandus erit alius vel idem ipse. non igitur apud eundem iudicem necessario; & ideo quod ait lex *si rursus eundem iudicem petieris.* i. si tutelæ addici iudicem petieris non eandem personam, nam non est necesse iterata eadem actione eandem personam iudicem accipi: potest quidem accipi idem, sed & alius. non ergo necessario is, quoniam desijt esse iudex qui semel functus est suo officio, nec potest de hac specie quæ omissa fuerat, nisi rursus detur, cognoscere, *l. iudex, D. de re iudic.* & hæc l. 2. est de iudice dato. in ordinario nullus est labor. ad ordinarium eundem semper itur. male igitur Accurs. notat ad hanc l. apud eundem iudicem, non apud alium. Mouetur legibus quæ non sunt de iudicio finito quale fuit in hac l. sed de iudicio incœpto, vt omnes species eius litis, omnia capita ad eundem iudicem mittantur, non vni vnus, alteri alter D iudex addatur, ne continentia causæ diuidatur, vt si plures sint tutores & sumptus sit iudex aduersus vnum, priusquam iudicium illud peragatur, cæteri tutores quibuscum vult etiam experiri pupillus, ad eundem iudicem mittendi sunt, *l. 5. inf. arb. tut. l. 2. D. de quib. reb. ad eund. iud. eatur.* Quintilianus 3. cap. 10. *priuata,* inquit, *iudicia vnum plerunque habent iudicem multis & aduersis formulis.* nec aliæ species erunt, etiamsi vnus a duobus petat, quia quamuis in multis personis, quæstio tamen vna est, & ita etiamsi sint plures correi eiusdem pecuniæ, omnes sunt mittendi ad eundem iudicem datū, Nou. 99. & potest iudex datus eos cogere, vt omnes ad se veniant, non quidem sua apparitione, sed apparitione magistratus, qui dederit eum iudicem. Et similiter si inter plures sit actio fam. ercisc. comm. diuid. fin. regund. omnes priusquam ex- E periantur ad eundem iudicem mittendi sunt: *l. 1. de quib. reb. ad eun. iud. eat.* quia facilius cœunt in eumdē iudicem, & facilius res diuiditur, Et similiter si duo sint qui vindicent dominium serui, vel si vnus vindicet dominium, alter vsumfructum, coram eodem iudice res agitanda est, *l. si pariter & l. agnitio, de lib. cau.* & in specie *l. 22. de iudic.* qui non est huius fori, si agat vltro aduersus aduersarium suum, & reconueniatur mutua petitione, cogitur ibidem recipere reconuentionem, & ad eundem iudicem

F

debet ire quod confirmatur. *Nou. 66.* & postremo A in specie *l. nulli inf. hoc tit.* si lis sit de proprietate & possessione, vna est lis, vna causa, quæ habet duo capita, vnum caput est de possessione, alterum est de proprietate, sed vna causa. an potest quis impetrare a magistratu vt vnus iudicet de proprietate, alter de possessione, minime: non est scindenda causa, nec etiam si beneficium principis impetrauerit, diuidetur causæ continentia .i. συνοχή, περιοχή .i. non diuidetur tenor causæ qui est vnus, & ita in *l. iuxta, §. de lib. cau. iuxta edicti nostri continentiam* .i. tenorem. Græci illo loco ἀκολουθίαν, & *l. 3. C. The. de testam.* si scripturæ continentia inchoata sit, quod male Alciatus explicauit, sed palam est, quid hoc sit, ne causæ continentia diuidatur .i. ne vnius causæ tenor distrahatur, idem B iudex debet de proprietate & de possessione cognoscere, primum de possessione, deinde de proprietate, vel simul, si res ferat, scilicet vt cumulet vtrumque caput, quod permissum Constitutionibus Symmachus scribit 1. Epist. sed omnino opus est vt apud eundem iudicem de possessione & proprietate agatur. D. Gregorius 7. Epist. cap. 10. *Legati prouisione decretum est, vt momenti & proprietatis causa in vno eodemque iudicio ventiletur.* Sed cum iudicium finitum est, vt cum finitum est iudicium tutelæ, si deinde repetatur ob causam priori iudicio omissam, tunc non est eundum ad eundem iudicem: desiit enim esse iudex re iudicata, nisi rursus detur. Sed dari etiam potest alius, cũ scilicet actio tutelæ repetitur, de aliis speciebus nullo modo potest repeti, *l. 1. sup. si adu. rem iud.* Et eadem est C ratio cautionis generalis, puta apochæ generalis. exempli gratia, si spe futuræ solutionis cum mihi deberentur decem, ego scripsi me accepisse totum, & nihil amplius petiturum: & ita scripsi spe futuræ solutionis, non animo donandi, nec transigendi, nec liberandi debitorem per acceptilationem: si postea soluantur mihi tantum quinque, ego petam reliquum priori actione quam acceptilatio non sustulit, quamuis apocha sit generalis, & si obiiciatur exceptio pacti, quod inducit apocha, replicabo de dolo malo: atque ita ad reliquum perueniam, *l. 7. inf. de except. & l. si inter, inf. de solut.* quod si non fuerit apocha generalis facta spe solutionis, non donandi causa, non transigendi causa, sed si fuerit transactio generalis de omnibus speciebus D .i. rebus, corporibus, & quot sunt res in vna causa, tot sunt etiam capita: de re omissa amplius agi non potest. quod videtur pugnare cum his quæ diximus, & tamen ita definitur in *l. sub prætextu 2. de transact.* & præcipuum hoc habet transactio, quoniam in transactionibus res non solet ad viuum resecari, vt in iudiciis quibus subtilius & pressius de nostro iure experimur: sed in transactionibus hanc veluti aleam sub incerto adimus transigentes hoc animo, vt neque nihil neque tantum quantum competit præstemus. Itaque si generales fuerint ob rem de qua non est tractatum, non rescindentur .i. de ea re contra transactionem agi non poterit: repeti tamen poterit generale iudicium, si quid in eo obliuione omissum est. cui tamen sententiæ opponitur *l. 4. huius tit.* cuius hæc est species. Ado- E lescens egit cum curatore negotiorum gestorum, quæ actio est generalis in *d. l. pro socio.* in eo iudicio inter cætera curator adolescenti reputauit pretium, quo adolescenti emerat prædia quædam, & ei tradidit instrumenta emptionis, *les tiltres.* Sed cum in emptione eorum prædiorum curator omisisset stipulationem euictionis imprudenter, huius culpæ habita ratio non est in actione negot. gestor. atque ita res iudicata est finitumque iudicium illud generale nego. gestor. Quæritur, an propter eam culpam possit adolescens repetere iudicium nego. gestor. & rescriptum est, non posse, quod finitam litem restaurari non oporteat. cur non potest ob eam repetere iudicium nego. gestorum? quia ea species prædiorum emptorum iam deducta est in iudicium nego. gesto, & licet non sit plene tractata propter omissæ euictionis rationem: tamen verum est, caput illud in iudicium fuisse deductum: nec quod plene non fuerit deductum, lis restaurabitur, lis enim vna est, sed habet varia capita. quælibet species rursus diuiditur in alia capita. Igitur satis est caput vnum in iudiciũ fuisse deductum, vt non audiatur qui idem iudicium volet repetere ob caput non plene tractatum, quæ non est species *l. 2.* nam in ea integrum vnum caput omissũ fuerat, in specie *l. 4.* nullum caput omissum fuerat.

Ad l. 3. quoties.

Quoties quæstio status, bonorum disceptationi concurrit: nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causa status cognoscere non possit, disceptatio terminetur. PP. Idib. Febr. Iuliano II. & Crispino Conss.

IN *l. 3.* ait Imp. *Quoties quæstio est, &c.* Ponit bonorum disceptationem esse principalem causam, & in eam ait incidere quæstionem status, & ait, *nihil prohibet quo magis, &c.* quibus verbis affirmat & status controuersiam ab eo definiri posse & disceptari, non aliter quam si dixisset, nihilo minus, sicut idem est sensus siue dixeris, nihil prohibet eum iudicare: vterque sermo affirmat, & ita in *l. 1. inf. qui dare tut.* idem Alexander, *nihil oportuit impediri, quo magis tutor curator daretur*, id est dandum vtique fuisse curatorem: & contra, *nihilominus* non adfirmat, & significat, *nihil*, οὐδαμῶς in *l. properandum §. vlt. l. Alexandrinis, C. de decurio. lib. 10. l. qui fundum §. seruus, pro emp.* Igitur hæc est sententia. principalis causa est de bonis, siue de hereditate. incidit in eam in modum exceptionis quæstio status. iudex de hereditate iudicare potest, de statu iudicare non potest: sed cum in quæstionem hereditatis incidit quæstio status, nihil prohibet, quo minus cognoscat de statu: & vulgo non male ponunt exemplum in iudice dato .i. addicto petitioni hereditatis, qui tamen de status causa non potest cognoscere, aut status causæ addici non potest. Potest etiam poni exemplum in præside prouinciæ ex *l. 1. inf. de ord. iudic.* si sit quæstio libertatis & seruitutis inter fiscum & priuatos, cuius rei cognitio pertinet ad procuratorem Cæsaris, non ad præsidem rationalem, vel magistrum rei priuatæ, *l. pen. §. vbi causa stat. agi deb.* Sed si sit aditus præses de hereditate principaliter, poterit etiam de causa status cognoscere. Potest etiam poni exemplum in procuratore Cæsaris qui regulariter de causa status cognoscere non potest, *l. 2. inf. vbi cau. sta. agi deb.* Sed si in causa bonorum vel hereditatis mota apud procuratorem Cæsaris incidat quæstio status, de ea cognoscere potest, sicut latrunculator, qui de re pecuniaria principaliter cognoscere non potest, *l. solemus, de iudic.* si in causa criminali apud eum mota incidat quęstio pecuniaria, de ea agere poterit: sed in specie hic posita cum concurrit causa hereditatis principalis & status incidens, priore quidem loco est ordinanda causa status & disceptanda, *l. 8. §. de pet. her. l. 2. de ord. iudic.* sed de ea non est pronunciandum, nisi cum definitione causæ principalis .i. si pronuncietur de re principali, & illa controuersia iudicio terminabitur. Cæterum non est de ea quicquam diserte pronunciandum: vt si fiscus possideat hereditatem quasi caducam, & quidam eam suam esse petat quasi filius defuncti, contra fiscus inducat quæstionem libertatis in modum exceptionis, dicens seruum eum esse, non filium defuncti: hoc casu quæstio libertatis est priori loco ordinanda, sed de hereditate tantum est pronunciandum, non de libertate, *l. 1. de ord. indic.* in principali quæstione qui est actor, in incidenti quæstione erit reus .i. qui petit hereditatem & libertate

tate vtitur .i. qui est in possessione libertatis in quæstione incidenti pro reo habebitur: qua quæstione discussa pronunciabit procurator Cæsaris de hereditate tantum. Cæterum si pronuntiarit hereditatem esse actoris, tacite videtur pro actore pronuntiasse. Itaque extrema principalis illius rei definitio tacite & incidenter determinat: igitur de principali pronuntiatur, non de incidenti. & hac ratione is qui principaliter non potest cognoscere de liberali causa, si aditus sit de hereditate, potest cognoscere etiam de liberali causa, quæ inducitur per modum exceptionis, quia de ea non pronuntiat, sed tacite tantum eam discutit. Itaque facile patimur, vt in omnibus causis similibus in incidente quæstione cognoscat, etiamsi de ea non possit cognoscere principaliter. Illi autem tituli *de ord. indic. & de ord. cogn.* quid distant inter se? titulus *de ord. cognit.* est tantum de liberalibus causis ordinandis: nam proprie cognitio est de liberali causa, & cognitor, vt Ascon. ait 3. in Verr. cum de alicuius statu quæritur. Titulus *de ord. iudic.* est de omnibus causis, vt si concurrat criminalis causa in ciuili, si quæstio generis, familiæ ercisc. si quæstio status & hereditatis, si quæstio possess. & proprietatis. ordine certo quæ concurrunt lites sunt discernendæ. si concurrat ciuilis cum criminali: prius est vt finiatur criminalis, etiamsi incidat, non principaliter moueatur: quanquam possit iudex vtramque definire, *l. 3. eo. tit.* Ad summam, quoties ciuilem incurrit criminalis, vel contra criminalem ciuilis, prior est criminali iuris ordine: sed potest tamen iudex negligere hunc ordinem, & de vtraque simul pronuntiare, sicut dicebam ex Symmacho, priorem esse causam possessionis quam proprietatis: iudicem tamen posse vtramque simul definire: nam in causis prophanis vtramque litem simul disceptat, non etiã in Ecclesiasticis beneficiis: nam de possess. tantum primum disceptant, quæstionem de proprietate transmittunt ad Ecclesiasticos: si possent iudices sæculares de vtraque cognoscere, simul de vtraque iudicarent.

Ad l. 5. A iudice.

A iudice iudex delegatus, iudicis dandi potestatem non habet, cum ipse iudiciario munere fungatur, nisi a principe datus fuerit. PP. IV. Non. Septemb. Vlpio & Pontiano Conss.

HÆc est definitio. iudex delegatus, siue datus, nihil interest, alium iudicem dare non potest, & subiicit rationem, *cum ipse iudiciario munere fungatur.* hæc ratio videtur petere principium, nisi ita accipiatur: iudici dato iniungitur munus publicum, munus personale: munerum publicorum hæc est conditio, vt quibus iniunguntur ea necessario obire cogantur, *l. munus, de verb. sign.* Ergo iudex datus necessario delegati munere defungi debet: nam si iudicandi munus, munus est, non potest delegari alteri *l. vlt. §. iudicandi de mun. & honor.* potest & alia ratio adferri: quia iudicis dandi facultas aut lege datur, aut propter vim imperij competit. lege non datur iudici dato, non potest etiam ei competere vi imperij, quoniam iudicis dati nullum est imperium. ergo iudici dato non est ius dandi iudicis. Et similiter is cui est mandata iurisdictio, eam non potest alteri mandare, *l. vlt. de offic. eius cui mand.* quod non eadem ratione obseruatur in contractu mandati: nam procurator, aut est procurator ad negotia, vel ad litem: procurator ad negotia potest alium procuratorem facere post litem contestatam, potest procurator ad litem procuratorem facere; quia litis contestatæ quodammodo dominus constituitur, ante contestationem non potest alium dare, *l. si procuratorem §. 1. mand. l. nulla, de procurat. C.* at cui man-

A data est iurisdictio non potest mandare alteri, alioquin res exiret in infinitum: potest tamen iudicem dare: iudex datus habet tantum cognitionem, non exequitur sententiam, sed qui dedit, *l. a Diuo Pio de re iudic. l. cum Prætor, de iudic.* nam & mixtum imperium in eum, cui mandatur iurisdictio, transit, *l. 1. §. vlt de off. eius cui man. est iurisd.* pars mixti Imperij est iudicis dandi facultas, *l. imperium, de iurisd.* quæ l. definit tantum Imperium merum & mixtum. quid est merum Imperium? est gladij potestas. definit merum Imperium a maiori parte, sed merum Imperium est ius gladij, vel cuiusuis alterius animaduersionis grauioris, lege nominatim concessum. lege, quia non competit iure magistratus: potest ius gladij competere priuato, si lex dederit. Mixtum Imperium est quod iurisdictioni cohæret, quod iure magistratus competit: Mixti Imperij duo ponit exempla: vnum est bonorum possessionem
B dare: nam hoc habet magistratus, etiamsi non detur lege: alterum est iudicem dare. Et notandum est quod ait *d. l. etiam*, qui articulus hunc sensum facit, mixtum Imperium iurisdictioni, vel iurisdictionem mixtam imperio non tantum consistere in danda bonorum possessione, sed etiam in iudicum datione: & pertinet ea l. ad magistratus vrbanos: Magistratus vrbani iudicem dant propter vim imperij, *l. cum Prætor, de iudic.* magistratus prouinciales dant legis auctoritate, vt *d. l. cum Prætor.* Finge igitur a Prætore iurisdictionem mandari alteri, hunc sequitur & mixtum Imperium, ergo iudicis dandi facultas: ergo non definitur in ea l. iurisdictio simplex, cuius definitio hæc est. Iurisdictio, est notio quæ iure magistratus competit. vno casu etiã iudex datus alium iudicem potest dare in eandem speciem, videlicet si a principe iudex datus sit, *l. 1. inf.*
C *qui pro sua iuris. iud. da pos.* quia scilicet huic videtur princeps dare iurisdictionem, licet faciat tantum specialem iudicem .i. in lite certa: & ob id etiam datus a principe sibi adsumit comites & adsessores, Nou. 63. soli magistratus adsumunt adsessores. Est autem magistratus qui iurisdictionem habet. iudex itaque datus a principe cum videatur iurisdictionem habere ad eam litem ad quam datus est, recte eam causam alij delegabit: sed hic qui ab eo delegatus fuerit, alium rursus non delegabit, quia hic tantum cognitionem habet. & in illa Nou. 60. quoniam eius sententiam Irnerius adiunxit huic *l. 5.* breuiter hæc definitio est, vt adsessores soli non præbeant audientiam litigatoribus sine magistratibus. verum distinguitur inter magistratum vrbanum, & prouincialem, & iudicem datum a principe:
D nam coram vrbano magistratu non est lis agenda in integrum, satis est si lis coram eo contestetur, si vltima cognitio coram eo peragatur. & vltimam cognitionem ibi Iulianus vocat ex *l. vlt. C. de præs. 30. annor.* nouissimam cognitionem, cum litigatores finem controuersiis imponunt, *appointement en droict*, satis est si magistratus interceperit appellationem, cætera posse peragi apud assessores eius. Sed si sit magistratus prouincialis vel iudex a principe datus, omnia quæ sunt eius iudicij coram eo agitanda, nihil coram adsessoribus inconsulto principe, *l. 2. C. de adsess.* cauetur autem *l. 1. inf. qui pro sua iurisd.* vt qui iurisdictionem habet possit iudicem dare, qui iurisdictionem non habet, sed cognitionem habet tanquam iudex datus, vt non possit iu-
E dicem dare, & multo minus is, qui nec iurisdictionem, nec cognitionem habet: & si forte quis temere dederit iudicem cum cognitionem tantum haberet, ait lex, eius præcepto patientiam non esse accommodandã, sic iampridẽ emendaui, Cassiodoro vsitatum vocabulum, vel si obtemperauerit & sententiam dixerit, sententia nullius est momenti, nec appellare necesse est. Cæterum a iudice quem dedit princeps potest alius iudex dari, & ab isto appellabitur ad iudicem datum a principe: si princeps dederit iudicem Titiũ, & Titius Caium

a Caio appellabitur Titius ſecundum regulam iuris, qua dicitur eum appellari qui iudicem dedit, *l. 1. & 3. quis & a quo app.* vnde recte Moſchopulus appellationem ita definit: appellatio eſt tranſitus a iudicibus datis ad iudices ordinarios, qui dederunt ſcilicet: vnde etiam magnam intelligitur eſſe differentiam inter iudicem datum, & delegatum,& eum cui mandata eſt iuriſdictio: nam ab eo cui mandata eſt iuriſdictio non appellatur is qui mandauit, *d. l. 1.* ne videatur a ſe ipſo appellari, quia ius dicit vice mandantis, non ſua, *l. 5. & 16. de iuriſd. l. 3. de offic. eius cui man. eſt iur.* & ob id ab eo cui mandata eſt iuriſdictio prouocatur is, qui prouocaretur ab eo qui mandauit, licet ſecus ſit in legato Proconſulis, cui Proconſul ſolet mandare iuriſdictionem, quoniam ab eo appellatur proconſul, quia legatus Proconſulis videtur habere propriam iuriſdictionem, quamuis eam iuriſdictionem non habeat niſi eam delegauerit Proconſul, *l. 2. quis & a quo appelletur. l. legati, de off. Proconſ.* Interpretes hoc loco nullam faciunt differentiam inter iudicem delegatum, & eum cui mand. eſt iuriſdictio. iuriſdictio quidem mandata poteſt dici delegata, ſicut iuriſdictio aut cognitio criminum quæ lege datur, non etiam competit iure magiſtratus, dicitur delegata *l. 1. de off. eius* & iuriſdictio de fideicommiſſis dicitur delegata a Suetonio in Claudio: iudicis tamen datio iuriſdictio dici non poteſt, quia cognitionem tantum habet. poteſt delegari vniuerſa iuriſdictio, vel ſpecies tantum.

Ad l. 6. & 7.

L. 6. Seruus in iudicio intereſſe non poteſt, nec ſi condemnatio aliqua in perſonam eius facta ſit, quod ſtatutum eſt, ſubſiſtit. Dat. 15. Kal. Sept. Gordiano & Auiola Coſſ.

L. 7. Cum debitoris tui ſeruum tibi pignoris iure obligatum, bona domini ſui quondam rebus humanis exempti tenere profitearis, aduerſus eum dari tibi actiones contra ius poſtulas: ſiquidem inter ſeruum & liberum conſiſtere nullum poſſit iudicium. Ad poſſeſſionem itaque pignorum magis officio iudicis venire te conuenit, quam illicita poſtulare. S. 14. Cal. Maij, Sirmij CC. Coſſ.

CVm ſeruo iudicium non eſt, iudicium non eſt ſine iudice, actore, reo, & teſtibus, quibus præſentibus lis ordinetur, vnde litis conteſtationis nomen, vel teſtibus productis rei probandæ cauſa, & hos omnes liberos eſſe oportet. ſerui neque iudices, neque actores aut rei, neque teſtes eſſe poſſunt. inter ſeruos & liberos ciuile iudicium non eſt, nec ex contractu, nec ex maleficio, ſed ſerui nomine dominus agit, vel cum domino agitur de peculio vel noxali iudicio. ipſe ſeruus neq; dictat, neq; ſuſcipit actiones: cauſam perorare ſeruum hominem leges non ſinunt, *l. 1. §. ſi per vim aut alio modo*, & conſequenter cœpto iudicio inter ſeruos & cum ſeruis & ſecuta ſententia, ea ſententia nulla eſt ipſo iure, nec appellare neceſſe, nec iudicati actio in dominum competit de peculio, *l. 3. §. ſi ſeruus, de pecul.* quia & ex ea cauſa ſeruus naturaliter non obligatur: vbi ſeruus iure naturali non obligatur, nec dominus de peculio, *l. 3. §. ſi ſeruus, de pecul.* quoniam & ex ea cauſa non obligatur naturaliter. vbi ſeruus non obligatur iure naturali, nec iure prætorio dominus obligatur de peculio. Idem etiam ſi cum quidam litem exerceret cum domino, ſeruus ei cum quo res erat, domino detulerit iuſiurandum: nam ex ea etiam cauſa nulla eſt obligatio naturalis, nulla in dominum actio de peculio, quoniam per omnia eorum quæ ſunt iudicij expers eſt ſeruus, *l. depoſiti §. 2. de pecul.* licet Proculeiani diſſenſerint quos intelligit *l. quidam, de iureiur.* illa autem *l. 3. §. ſi ſeruus, de pecul.* a iudicio argumentatur recte ad compromiſſum. Species hæc eſt: Seruus cum ſe gereret pro libero, inter liberos compromiſit de re ali-

A qua libero homini cõſtituta pœna ni parerent arbitrio. Quæritur an ſi ſententiam dixerit arbiter, nec paruerit ſeruus qui compromiſerat, poſſit peti pœna a domino ſerui ex compromiſſo actione de peculio, quaſi negotio geſto, quæ verba ſunt notanda: nam reſpiciunt ad edictum de peculio, quo Prætor ſic pollicetur actionẽ de peculio, *de eo quod cum eo qui in aliena poteſtate eſt negotium geſtum eſſe dicetur.* Quærit igitur merito, an quaſi ex negotio geſto ſcilicet, pœnæ compromiſſæ aduerſus dominum actio ſit, vt ex cauſa traiectitiæ pecuniæ, qua ex cauſa ſolebant ſtipulari contrahentes ni ſua die pecunia redderetur, ſi eam pœnam commiſerit ſeruus, tenebitur dominus eo nomine de peculio, an igitur etiamſi commiſerit pœnam ex cauſa compromiſſi, teneatur dominus de peculio eo nomine? minime: quia etiamſi iudicio condemnetur ſeruus, non eſt
B contra dominũ actio iudicati de peculio. irritũ eſt iudicium, irritum & iudicatum, irritum & compromiſſum & arbitriũ. & ita in *l. non diſtinguemus §. ſi ſeruus, de recep. arb.* Si ſeruus cõpromiſerit non cum ſeruo, vt ibi ſupplet Accurſ. ſed cum libero de controuerſia aliqua, arbiter non cogitur ſententiã dicere: vel ſi dixerit ſentẽtiam, nec ei obtemperauerit ſeruus, non erit etiã pœnæ compromiſſæ executio aduerſus dominum de peculio: & e cõtrario ſi liber homo cum quo compromiſit ſeruus non obtemperauerit arbitrio, non erit executio pœnæ compromiſſæ aduerſus liberum hominẽ, vt ius ſit æquabile. nam ſi non tenetur ſeruus ex compromiſſo, nec teneri debet liber homo cum quo compromiſit. Recte autem diximus ſuperius inter ſeruum & liberum
C hominem non eſſe iudicium ciuile, quod diximus ex *l. vlt. §. de nox. act.* non eſt inquã ciuile iudicium, ſiue id ſit ex contractu, ſiue ex delicto. eſt tamen criminale iudicium. i. accuſatio, *l. 5. de accuſ.* hæc igitur *l. 6.* eſt accipienda de ciuili iudicio, & nominatim lex 7. ponit exemplum in actione hypothecaria, quam ait non dari in ſeruum pignori obligatum, etiamſi teneat alia bona debitoris defuncti pignori obligata, quia cũ ſeruo nullum eſt iudicium. Sic non poteſt creditor cum eo experiri. Quid igitur fiet? Finge nondũ aditam hereditatem defuncti, ſeruum hereditatem iacentem tenere pro domino, cum quo experietur creditor? extra ordinem venietur ad poſſeſſionem pignoris officio iudicis ordinarij, puta prætoris vel præſidis. i. apprehendet pignora nulla dictata actione, & idem erit effectus: nam & actio
D hypothecaria nudam poſſeſſionem auocat, *l. ſi cum venditor, de euict.* dominium non vindicat, *l. ſi fundus §. ſi creditor, de pignor.* ait *d. l. 7. Quam illicita poſtulare* .i. iudicium quo non licet experiri cum ſeruo, iudicium Seruianum puta: & ita etiam officio iudicis extraordinario ſi abſens poſſideat rem ſuam per ſeruum ſuum, perturbata poſſeſſione ſerui, puta deiecto de poſſeſſione ſeruo abſentis, dabitur ſeruo momentum .i. interdictum reſtituendæ poſſeſſionis: Eſt enim momentaneum interdictum, & appellatur celeris reformatio, atque ita cum lis diuiditur in duo capita de poſſeſſione & de proprietate, eſt primum celeriter expediendum re non exquiſita diligentius, ſed poſſeſſione apud eum locata, cui magis competere videbitur, & diligentiori
E diſquiſitione reſeruata in ſecundum caput. vel ſi diligentiorem adhibeas, ſtatim ęquum eſt expedire vtrumque caput: primum debet eſſe momentarium: ſed hic ſeruus reſtituetur in poſſeſſionem extra ordinem *l. 1. §. ſi per vim aut al. mo.* Et ſimiliter officio iudicis ſeruo præſtantur legata, ſeruo ſuo nemo legat iure, & ſeruo nõ poteſt eſſe actio ex empto. Sed Finge: quidã reliquit ſeruos ad cuſtodiam templi, quales olim erant ſerui publici vt Tullius indicat in Verrinis, tẽpli, inquam, quod nondum extruxerat, ſed extruere parauerat: & iis ſeruis reliquit annua veſtiaria certa, & menſtrua cibaria certa. Quæritur cum nondum templum extructum ſit, an eis debeantur veſtiaria & cibaria ex die mortis, an ex

ex eo tempore quo explicitum & conſummatum fuerit templum;& ait,heredem eſſe compellendum officio iudicis, extraordinario ſcilicet, ad præſtanda alimenta ſeruis ex die mortis. Et ſimiliter a domino ſerui petent libertates quæ ei debebantur, extra ordinem, *l. vix certis, de iudic.* Additur hic vulgo ab interpretibus vnus caſus quo cenſent iure ſeruum conuenire aut conueniri iudicio ciuili ex *l. vlt. inf. vbi cau. fiſc.* Lex ait, colonum vel inquilinum domorum ſacrarum & ſeruum earumdem domorum, debere conuenire aut conueniri apud præpoſitum ſacri cub. nec poſſe eius declinare iuriſdictionem ſiue ſit criminale iudicium, ſiue ciuile. Ergo ſeruus domorum ſacrarum poteſt criminali & ciuili iudicio conuenire & conueniri. eſt peſſima collectio: nam quod ait de ciuili iudicio, hoc tantum conuenit colonis & inquilinis non ſeruis, cum quibus non eſt ciuile iudicium. Sed quod ait de criminali iudicio hoc conuenit omnibus.

Ad l. 8.

Placuit in omnibus rebus præcipuam eſſe iuſtitiæ æquitatiſque quam ſtricti iuris rationem. Datum Idibus Maij Voluſiano & Anniano Conſſ.

ADditur vulgo male, *ſcriptæ. ait, in omnibus rebus,* quæ in iudicium veniunt ſcilicet: & ita etiam Græci vertunt ἐπὶ παντὸς πράγματος προτιμᾶσθαι τῆς ἀκριβείας τὸ δίκαιον. Ius ſtriſtum eſt ſcriptum, æquitas non eſt ſcripta. & obſeruandum eſt Græcis ſemper ſcriptum ius vocari νόμον, æquitatem vero δίκαιον. Et vt æquitas dicitur ab æqualitate quod ius faciat æquabile: ita etiam δίκαιον quaſi δίχαιον. quod inter duos æquabilitatem faciat bipartitam: æquitatem cum dicimus, naturalem dicimus. hæc non eſt ſcripta, ſed nata nobiſcum. Et ita definitur, æquitas eſt ius quod lex ſcripta prætermiſit. Ariſt. 1. Rhetor. ἔστι δὲ ἐπιεικὲς τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον, eſt æquitas quod lege ſcripta non eſt comprehenſum. non poſſunt omnia comprehendi ſcripto, *l. non poſſunt, de legib.* quam æquitatem iudicem ſpectare oportet potius ſemper, quam ius ſtrictum, quod etiam ſcriptum dicitur, *l. in his, de cond. & demon.* & debet inſpicere, non verba & literas, ſed vim ac poteſtatem, non factum, ſed facientis voluntatem, non partem, ſed totum: non quod nunc fuerit, ſed quod fuerit fere ſemper. Recte autem coniungit hoc loco iuſtitiam cũ æquitate, & ita Tryphoninus in *l. bona fides, depoſ.* loquens de æquitate, *& hanc probo eſſe iuſtitiam quæ ſuum cuique ita tribuat, vt non diſtrahatur, &c.* Ariſt. 6. Eth. ἐπιείκεια δικαιοσύνης ἐστι, *&c. & M. Tullius, difficile eſt,* inquit, *cum pluribus præſtare concupieris æquitatem, quæ iuſtitiæ proxima eſt.* Accur. definit æquitatem, rerum conuenientiam quæ in paribus cauſis paria iura deſiderat, quam conflauit ex verbis Ciceronis *in Topic.* Illa etiam verba rerum conuenientiam deputo Ciceroni, propterea quod æquitatem vocat conueniens, quod proprie exprimit verbum ἐπιεικὲς: nam facit tres partes iuris, legitimum, conueniens, moris vetuſtate comprobatum. Legitimum eſt ius ſcriptum, mos eſt ius non ſcriptum, conueniens eſt etiam ius non ſcriptum. Sed commune omnium gentium, non quod conficiunt pacta conuenta, ſed æquitas naturalis. Non deſunt exempla quibus poſſit comprobari definitio huius legis. prætermittam quæ ponit Accur. Græci vnum ponunt ex *l. quidam, de reb. cred.* Creditor petit a debitore 10. debitor offert 5. quæritur, an creditor cogatur ea quinque accipere, & reliqua perſequi. minime. ius hoc non patitur, cum ſit ei actio in 10. verum æquius erit ſi Prætor compulerit eum ad accipiendam partem quæ offertur, *cum ad officium Prætoris pertineat lites diminuere*: ſic recte Flor. non, *dirimere.* minuitur lis cum quæ erat in 10. redigitur ad 5. Et ita Seneca *Controu.* 23. declamatorem tanquã

A prætorem quædam facere debere litis minuendæ cauſa. Ponunt & aliud ex *l. 8. de nox. act.* Seruus plurium noxam nocuit. is cui iniuria facta eſt damnumue datũ, egit cum vno ex dominis noxali actione in ſolidum, tenentur enim in ſolidum, vt ſcilicet vel ſoluant æſtimationem litis ſolidam, vel ſeruum dedant noxæ in ſolidum. hic igitur cũ quo ſolo actum eſt noxali iudicio, non euitabit litis æſtimationem niſi ſeruum dederit noxæ in ſolidum. nec ferendus erit, ſi velit partem ſuam reddere, id eſt, pro parte ſua noxæ dedere. Quod vtique ita procedit poſt litem conteſtatam: nam ante litem conteſtatam partem ſuã reddendo poteſt conſequi ſecuritatẽ, ſed quid inde accidet videamus. Ponendum eſt ceſſiſſe partẽ ſuam ante litem conteſtatam actori: Eſt igitur factus dominus ſerui actor pro ea parte, qua de
B cauſa amiſit actionẽ noxalem: quia dominus ſerui nomine non habet actionem noxalem. qua ratione igitur ſuũ conſequetur? an dabitur ei actio comm. diuid. aduerſus alios? minime: nam in actionem communi diuidundo nõ venit quod ante communionẽ admiſſum eſt, antequã acquiſierit partẽ eius ſerui, qui noxam nocuerat. Igitur euidenti iniuria afficietur dominus, quia non erit via qua ſuum poſſit ſibi ſeruare. & vbi eſt euidens iniuria, euidens equitas eſt quæ poſcit vt ſubueniatur læſo, *l. 8. de reſtit. in integ.* quapropter melius erit Prætorem ei accommodare aduerſus ſocios vtilem actionẽ comm. diuid. ne ei partis acquiſitio fraudi ſit, ne euidenti iniuria afficiatur propter rigorem iuris ſcripti. Et aliud ponunt exemplum ex *l. ſi ex duobus, de pecul.* Sed
C his quę ſunt certiſſima duo obſtant valde. vnum eſt *l. 1. ſup. de legib.* vbi Imp. ait, *inter ius & æquitatem interpoſitam interpretationem nobis ſolis oportet & licet inſpicere.* Ergo Imp. ait, ſe ſolum eſſe ęquitatis interpretem, & ſequeſtrum inter ius ſcriptum & æquitatem, quod tamen hæc l. tribuit iudici, & vindicat ſibi quiſque iuriſperitus. Alterum ex l. *proſpexit qui & a quib. ma. lib.* ſi ſit quæſtio de adulterio mulieris, lege Iulia cauetur, vt ſerui eius familiæ intra 60. dies non manumittantur, ne ſcilicet quæſtioni ſubducãtur, quoniam liberi non torquentur, ſoli ſerui torquentur. Sed finge: eo tempore quo admiſſum dicitur adulteriũ, quidam ſerui erant extra miniſterium, an hi etiam non poſſunt manumitti a
D quibus fides rei geſtæ elici non poteſt? Lex ait, eos etiã non eſſe manumittendos, quia lex Iulia omnes omnino vetat manumitti, & alienari intra 60. diem. quodquidem, inquit, Vlp. *eſt per quam durum, ſed lex ita ſcripta eſt.* Ergo cenſet duro ſcripto hærendum potius quam iuſtitię, & ęquitati. His duobus argumentis eodem modo eſt reſpondendum. æquitas præualet ſcripto, & ſequẽda eſt a iudice potius, quam ius ſcriptum, quoniam vis ſcripti eſt in æquitate, non in verbis. vis ſcripti eſt in mente ſcriptoris, non in literis: alioquin admitterentur calumniæ ſæpe: ſed vbi non eſt metus calumniæ vllus .i. vbi euidens eſt ſcriptum, ſicut in ea lege Iulia, quæ vetat omnes omnino vbicumq; fuerint manumiti,
E id ſequi oportet, quamuis ſit prædurum: & ita etiam ſcripturam teſtamẽti, cum eſt obſcuriſſima, ſequi oportet potius, quam coniecturas voluntatis, *l. in his, de condit. & demonſt.* In his quæ ſunt extra teſtamentum .i. vt Rhetores loquuntur ἐν τοῖς ἔξω quæ extrinſecus adueniunt, eſſe faciendam interpretationem ex bono, & æquo. in his quæ ex teſtamento oriuntur ἐν αὐτοῖς ἐκτὸς, omnino eſſe ſequendum ius ſcriptum: nam ſi verba teſtatoris ſunt clara, quid argumentamur? ſequendum eſt ius ſcriptum omnino: & ita in legibus quoties eſt ſcriptum euidens, id omnino ſequimur, quamuis ſit prædurum: & ſolus princeps poteſt moderari interpretationem. hæc eſt ſententia *l. 1.* vt cum ſcripto repugnat æquitas, interpretationem non apponat iudex, ſed princeps: atque ita duritiem legis Iuliæ de qua in *d. l. proſpexit,* imperator eſt moderatus poſtea, *l. adulterij, C. ad leg. Iul. de adulter.* opus fuit

Conſtit.Imp.& ita plerunque Iuriſconſulti non audent adhibere interpretationem æquitatis aduerſus euidens ſcriptum, ſed dicunt opus eſſe reſcripto, & ſuper his conſtituendum eſſe *l. 2. de reb. eor. qui ſub tut. l. pen. §.pen. C. ad Trebell.*

Ad l. 9. Iudices.

Iudices oportet in primis rei qualitatem plena diſquiſitione diſcutere, & tunc vtramque partem ſæpius interrogare, num quid noui addere deſideret: cum hoc ipſum ad alterutram partem proficiat, ſiue defendenda cauſa per iudicem, ſiue ad maiorem poteſtatem referenda ſit. Datum 2. Id. Ianua. Sirmij, Licinio V. & Criſpo Conſſ.

VVlt vt plena ſit inquiſitio eius rei quæ in iudicium venit. & ſimiliter plenam eſſe ſententiam oportet, vel plenam relationem: aut enim iudex poſt inquiſitionem ſententiam fert, aut rem omnino ad principem refert, ſi in ea re forte iudex pendeat animi. inquiſitio vtrique rei ſufficit, ſententiæ, vel relationi: nam ſi plena inquiſitio fuerit, erit & plena ſententia vel relatio, quod nominatim etiam Conſtitutiones exigunt, *l. 2. & 3. C. Th. de ſenten. ex per. rec.* vbi, *ex periculo* .i. ex libello, ex ſcripto. nam hoc periculum ſignificat. M. Tull *ſententia promatur plena, vt non dicatur memoriter, ſed ex ſcripto:* qua, vt ait alia Conſtit. *ad plenum poſſit recenſere quicquid negotij fuerit.* Præcedit ſententiam vel relationem inquiſitio plena. nam debet iudex perfecte inquirere rei qualitatem & ordinem, & omni ex parte percontari ac inquirere, & facere poteſtatem litigatoribus adiicere quicquid vt voluerint, ita finem controuerſiæ afferat potius litigatorum ſatietas, quam voluntas iudicis, ac tum deinde debet pronuntiare ad plenum, aut referre, nihil non inſtructum aut indefinitum relinquens. Vltimam cognitionem ſequitur ſententia vel relatio: vltima cognitio Iuliano *Nou. 60. & 115. & Imp. in l. vlt. inf. de præſ. 30. annor.* eſt cum litigatores finem allegationibus ſuis impoſuerunt, cum ita pronunciat iudex ſe iturum in conſilium ea de re, *appoinctement en droict*, nec poſt eam audiendus eſt litigator, qui quid vult proferre noui, ſed mox eam vltimam cognitionem ſequitur ſententia vel relatio ad principem in re perplexa. L. 10. expoſui in l. 2. ſup.

Ad l. 11. & 12. Græcas, quæ deſiderantur.

L. 11. Subtilitatẽ legũ iudex curæ habeat: non antè his quæ præter ius dicta, vel prolata ſunt ab imperatore attendens.
L. 12. Omnes magiſtratus & diuini iudices compendioſe lites decidant, &c.

DEſiderantur Conſtitutiones 11. & 12. quæ fuerunt Grecæ, Zenonis quantum ſuſpicor, ductæ ex ampliore Conſtitutione de iudicibus, cuius meminit Iuſtinianus ſæpe in Nouellis, & qui his duabus Conſtitutionibus hactenus caruerunt damni paruum fecerunt: ſunt enim parui momenti. Conſtit. 11. iubet iudicare ſecundum leges, non ex præcepto, aut voluntate principis, non ex ambitioſis ſcriptis emiſſis lite pendente, quæ plerunque extorquet aulicorum gratia bono & facili principi: in lite non ſunt ſpectanda ambitioſa reſcripta, ſpectandæ leges, ſpectandi mores. non inuidebo verba. Conſtitutionis. τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων ὁ δικαστὴς φροντιζέτω, μηδὲ τοῖς παρανόμως ῥηθεῖσι παρὰ βασιλέως προσεχέτω: i. Iudici ſint curæ leges ſcriptæ, & non animum aduertat ad ea quæ contra leges princeps interloquitur: habeat curam τῆς ἀκριβείας τῶν νόμων .i. iuris. quod videtur pugnare cum *l. placuit, ſup.* ſed id iam eo loci expeditum eſt, nec dignum repetitu.

Idem ſtatuendum eſt de æquitate, quod de conſuetudine. Eſt frequens quæſtio, vtrum ſit potior conſuetudo legibus. in his quæ lege nominatim comprehenſa ſunt, plus valet lex quam conſuetudo: in his quæ nominatim comprehenſa non ſunt, plus valet conſuetudo quam lex. Idem ſtatuendum de æquitate. in his quæ nominatim lege ſcripta ſunt, non ſpectamus æquitatem, ſolius principis eſt eam interpretari, non iudicis, *l. 1. ſup. de legib.* at in his quæ nominatim lege comprehenſa non ſunt, non tam ſpectamus legem obſcurius ſcriptam, aut argumentum quod ex lege duci poteſt, quam æquitatem. ad hanc l. Theodorus Hermopolites hanc interpoſuit interpretationem: ἡ παροῦσα διάταξις κελεύει μηδέποτε τὸν δικαστὴν παρὰ τὸ δίκαιον καὶ τὸ νόμιμον κρίνειν, κἂν πρόσταξιν δέξηται βασιλικὴν διοριζομένην αὐτῷ δικάσαι παρὰ τὸ δίκαιον, ἀλλὰ τὴν μὲν πρόσταξιν παραβλέψασθαι, τὴν δὲ ἀπόφασιν αὐτοῦ δικαίαν ποιῆσαι καὶ νόμιμον. *hæc Conſtit.* inquit, *iubet vt nullatenus iudex contra leges iudicet: et ſi forte acceperit præceptum a principe quo iubeatur contra leges iudicare, vt præceptum illud inſuper habeat* (hoc eſt enim παραβλέψασθαι) *& ſententiam proferat legibus congruam.* Conſtit. autem 12. vult, vt magiſtratus & maiores iudices breuiter cauſas terminent: Et vt ſi quis eorum forte interpellatus a litigatoribus rẽ protulerit, liceat litigatori adire principẽ & de recraſtinata cognitione conqueri. A maiori iudice dicta ſententia appellabatur ad principem, & ſemel tantum licebat appellare, quod hodie audio renouari, vt ſemel appelletur. Et inde in *l. 1. D. a quib. app. non lic. ſtultum eſt admonere principem non poſſe appellari.* Deinde conſtitutum fuit vt liceret iterum appellare a minore ad maiorem, deinde ad principem, & ne liceret tertium appellare, *l. 1. ȷ. Ne lic. in vna cau. ter. app.* ante ſententiam quamuis non poſſit appellari princeps, tamen poteſt apud eum inſtitui querela recraſtinatæ cognitionis ſi rem proferat iudex nulla neceſſitate coactus. additur in conſt. 12. ne recuſatio iudicum fiat poſt litem conteſtatam. Verba earum conſtitutionum protuli obſeruatione IX. cap. XX.

Ad l. 13. Properandum.

Properandum nobis viſum eſt, ne lites fiant pene immortales, & vitæ hominum modum excedant, (cum criminales quidem cauſas iam noſtra lex biennio concluſerit, & pecuniariæ cauſæ frequentiores ſunt, & ſæpe ipſæ materiam criminibus creare noſcuntur) præſentem legem ſuper his per orbem terrarum, nullis locorum vel temporum anguſtiis coartandam ponere, &c.

COnſtit. 1. indefinite ſtatuit, vt magiſtratus & maiores iudices lites terminent celerrime: non definit, certum tempus. ob id ſubnectitur a Iuſtiniano Conſt. 13. quæ certo tempore circumſcribit actiones ciuiles, nempe triennio. vult vt a lite cõteſtata lis ciuilis omnino finiatur intra triennium, quod ait eſſe in poteſtate potiſſimum iudicis: ideoque poteſtatem dat iudicibus vt intra triennium lites dirimant, ne eis liceat protelare vltra triennium .i. protrahere & proferre. qua ſignificatione dicunt Plinius & Lucilius *protela boum* iuga boum, quæ quid protrahunt. Iuſtinianus ante hanc Conſtit. circunſcripſerat certo tempore lites criminales, *l. vlt. inf. vt in cer. tem. crim. qu. term.* qua ſtatuit, vt cauſa criminalis a litis conteſtatione finiatur intra biennium, biennio terminari criminalem inſtantiam & reum abſolui obſeruatione iudicij, non vtique ſemper crimine: nam crimina durant annis 20. .i. criminum perſecutio: ſed ipſa criminis inſtantia perimitur biennio: & ſi iudex forte aut officium eius moram iudicio attulerit, multatur ea conſtitutione. Dixi biennio non ſemper finiri criminale iudicium, ſed obſeruationem tantum iudicij. Idemque

statuendum de ciuili iudicio: trienniQ non finiri ciuile iudicium, sed obseruationem tantum iudicij. si diceres triennio a lite contestata finiri actionem ciuilem, obstaret, quod dicitur, litis contestatione perpetuari actionem i. prorogariusque ad annos 30. si fuerit temporaria, puta annalis, aut quinquennalis, qualis est actio inofficiosi testamenti, l. aliam de nouat. *l. vlt. de fideiussorib. tutor.* pugnaret etiam id cum eo quod constitutum est, actionem omnem finiri annis triginta, nisi si qua breuiori tempore coerceatur. hæc igitur res vtique distinguenda est hoc modo: aut per iudicem, aut per aduocatos stat quo minus causa expediatur intra triennium: & finito triennio reus absoluetur obseruatione eius iudicis iudicijque, sed actione non absoluetur: nam licebit ex integro agere apud alium iudicem. iudex & aduocati mutabuntur. B Si per actorem stat, quo minus causa finiatur intra triennium, plerunque reus absoluetur obseruatione iudicij, Galli *congé.* Interdum tamen, si omnia sint in præsenti, debet iudex sententiam definitiuam proferre absente actore, & trahente moram: si sententiam dicat de re omni, perimitur actio: nam iudicato perimitur actio, fit enim nouatio, *l. 3. C. de vsur. rei iud.* Sin autem per reum mora fiat, etiam plerunque iudex reo absente discutit qualitatem & ordinem rei, & sententiã, fert quo genere extinguetur etiam actio principalis quæ in iudicium deducta est. Quæsieris forsitã, actionibus ciuilibus vel criminalibus quæ olim fuerint præstituta tẽpora? Olim & ciuilibus & criminalibus videtur fuisse præstitutus annus, & hic esse annus litium C Iuuenali & Seruio in 2. Æneí. de causis criminalibus constat eis præscriptum fuisse annum, tit. *vt int. ann. quæst. crim. term. C. Th. & l. 2. C. Th. ad leg. Cor. de fal. & l. reus, de mun. & honor.* proponitur initio eius l. vt reus delatus ante sententiam non possit honores petere, sed subijcit, eum non prohiberi post annum honores petere, nisi per eum steterit quo minus intra annum terminaretur causa. cur non prohibetur honores petere? quia finitus est reatus, hodie non poterit petere honores nisi post biennium, quandiu durat reatus, non licet cuiquam reo esse candidatum: vt Catilina repetundarum reus prohibitus est consulatum petere. & hoc nomine culpat Tullius 2. contra Rullum legem agrariam quod non excipiat reum, quo minus fiat decemuir agris diuidundis. Est etiam D alius locus in *l. in SC. §. pen. ad Turpill.* incidit in Senatusconsul. Turpil. qui desistit ab accusatione. & hoc est certum si desistat ab accusatione cum fuerit in potestate peragere. i. si reum non peragat intra annum, vel hodie intra biennium. quid si desistat post inscriptionem ante litem contestatam? de his loquitur *d. §. pen.* & ait, *hi qui post inscriptionem ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint, varijs præsidum occupationibus & ciuilium officiorum necessitatibus, destricti non incidunt in Senatusconsul. Turpilianum.* cur ait, *anno?* quia hic erat finis iudicij criminalis. cur adijcit *biennio?* hoc adijcit Tribonianus ex Constitutione Iustiniani. Sed idem §. probat etiam, eum incidere in Turpillianum, qui E non peragit litem intra præstituta tempora non contestata lite, si modo inscripserit se. Ergo etiam qui desistit post inscriptionem tenetur Senatusconsult. Turp. i. nisi litem peragat intra annum, hodie intra biennium. In ciuilibus autem hac Constit. definitur generaliter triennium. ait ciuiles actiones, vel in rem, vel in personam, vel præiudiciales dirimendas esse intra triennium, & non tantum eas, quæ inter priuatos, sed etiam quæ inter ciuitates, vel cum ciuitatibus agitantur, quarum omnium idem est terminus. & actiones præiudiciales significat, cum ait, super conditionibus .i. super statu personarum, quæ dicuntur esse iudicia præiudicialia: vt cum illum dico esse

A meum filium, vel libertum, vel colonum, vel adscriptitium, quæ actiones videntur esse in *rem §. præiudiciales, Instit. de actio. videntur*, inquit, nam est verbum ἀπαρεμφατικόν; præiudicia proprie non sunt actiones, non sunt in personam: nec enim in his intenditur dari fieri oportere: nec vero sunt in rem, quia liber homo non vindicatur, quem assero esse filium meum, vel libertum, vel colonum, hi sunt liberi homines: non ergo proprie vindicantur. actionum autem in rem notantur varia genera hac *l. his verbis, super possessione* quod præcedit, *siue*, est delendum. Sunt quatuor genera vindicationum, nec plura, vindicatio dominij .i. proprietatis, est vindicatio hypothecæ per actionem Seruianam, est vindicatio seruitutis per confessoriam, *Aio ius mihi esse vtendi fruendi*, his verbis vindicatur seruitus. Et est quarta vindicatio possessionis in *l. 3. §. Pomponius, ad exhib.* Sed proprietas, hypotheca, & seruitus vindicantur per actionem, possessio non vindicatur per actionem, sed per interdictum vti possid. si sit res immobilis. Igitur vindicatur alia formula: nam inter interdictum & actionem in formula tantum agendi discrimen est: & ita euicta emptori sola possessione rei venditæ est aduersus venditorem actio de euictione, quod tamen in alijs non est, nisi quod euictum est, euictum sit vindicationis genere, *l. 38. §. si quis forte, de verb. obl.* denique non est actio de euictione nisi euicta proprietate, vel possessione per interdictum, vel Seruianam: nam Seruiana auocat possessionem solam, vel euicta seruitute. Et in summa, hæc omnia genera vindicationum, & generaliter omnes actiones, vult intra triennium definiri. Sunt tamen quædam causæ, quæ celeritatem desiderant, quæ quales sint, & quatenus huic constitutioni nouellis constitutionibus derogatum sit, die crastina explicabitur. Causæ criminales intra biennium, causæ ciuiles intra triennium ex constitutione Iustiniani finiendæ sunt. Numeratur autem triennium vel biennium a litis contestatione, imo ab inscriptione etiam incipit aunus in causis criminalibus, *l. 1. inf. vt intra cert. temp. l. in SC. §. pen. D. ad Turpil.* nam & accusator qui subscribit in crimen, profitetur se perseueraturum in crimine vsque ad sententiam, & satisdat eo nomine, *l. si cui crimen, de accusa. l. 1. & 2. ad Turpil. l. 5. §. sunt qui putant, de his quæ vt ind. auf.* & numerari tempora perorandæ causæ criminalis ab inscriptione palam definitur *l. 2. C. Th. vt int. an. crim. quæ. ter. a die*, inquit, *inscriptionis intra anni curricula, &c.* Sed postea magis placuisse videtur Iustiniano, vt biennium tantum numeraretur a die litis contestatæ, *l. vlt. J. vt int. cert. temp.* & obid in *l. 2. eiusdem tit. Tribon.* mutauit verba. C. Th. nec enim scripsit vt tempus numeraretur a die inscriptionis, sed vt numerarentur tempora legitima præcedentibus inscriptionibus. & *l. 1. eiusdem tit.* etiam potest accommodari ad mentem Iustiniani, ita vt interpretemur, non satis esse, si quis hominem detulerit inscriptione, nisi & litem cum eo contestatus fuerit. a litis contestatione demum numerari biennium: præcedit inscriptio in crimen, sequitur litis contestatio: quia proprie reus fieri dicitur, cum scilicet legibus interrogatur, vt Ascon. Ped. ait, in litis contestatione sunt tantum interrogationes & responsiones, & vt accusator inscribit, ita actor in ciuili dicitur proprie contestari litem cum reo: nec enim recte dixeris reũ contestari litem cum actore, nisi sit petitio mutua. & ita in *l. si a me, de iudic. si a me*, inquit, *fuerit adrogatus qui mecum litem contestatus est, vel cum quo ago, solui iudicium Marcellus scribit:* quia inter patrem & filium non potest esse lis vlla. si reus fiat mihi filius vel actor, necesse est iudicium perimi: quia res recidit in eam causam, a qua incipere non potest. Sed ait, *si mecum litem contestatus est, vel cum quo*

ego. Quibus verbis significat litem contestari actorem solum, litem accipere reum, litem facere actorem. Ergo vt ad me redeam, secundum mentem Iustin. & in causis criminalibus biennium, & in causis ciuilibus triennium numerari iubet a litis contestatione, non a citeriori tempore, puta ab inscriptione, vel libelli datione, vel admonitione executoris, vel editione actionis: quæ omnia præcedunt litis contestationem. His ita positis cætera videamus. Iustin. hac Const. excipiendas ait tantum esse causas fiscales, & eas quæ sunt de muneribus publicis vel honoribus. excipit primum causas fiscales: nec tamen declarat intra quę tempora peragendæ sint, & nescierunt interpretes quoad prodijt Constit. Græca .i. *l. vlt. inf. de iure fis.* quę constituit vt causa fiscalis peragatur intra menses sex, nisi instrumentorum, vel personarum causa litem produci necesse sit: quid enim si instrumenta longius petenda sint? quid si testes longius euocandi? necessitatis ratio excipienda est semper in omni re, necessitati ius succumbit, *l. vlt. de excus.* vel etiam nisi ipse reus .i. cum quo fisco res est quasi imparatus moram iudicio attulerit: tunc enim licebit procuratori Cæsaris rem proferre vltra menses sex. Est igitur hac in re melior conditio fisci quam Reip. quia non tantum priuatorum, sed etiam rerum publ. lites ciuiles terminandæ sunt intra triennium, fiscales intra menses sex. neque nouum est vt melior sit causa fisci quam Reip. vt non debeat confundi Resp. cum fisco. nam primum post addictionem quæ fit auctione publica, cum scilicet ei qui pluris licitatus est res addicitur, post eam addictionem, Galli *(estrousse)* factam a Rep. amplius liceri non licet, *l. Lucius §. vlt. ad municip.* post addictionem tamen factam a fisco intra certa tempora admittitur adiectio, propter vtilitatem fisci, *l. si tempora, inf. de fide & iure hastæ fiscalis lib. 10.* & pariter in eadem venditionum, siue auctionũ causa fiscus qui quid vendidit non tenetur ædilitiis actionibus. Respublica quæ vendidit, tenetur redhibitoria, & æstimatoria, *l. 1. §. illud, de ædil. ed.* ac posttemo fiscus habet semper tacitam hypothecam in bonis debitoris, habet priuilegium, quo anteponitur creditoribus chirographariis etiam antiquioribus, & hypothecariis posterioribus, vt *tit. de priuileg. fis. l. aufertur § fiscus, de iu. fis.* Respu. non habet tacitam hypothecam, non habet priuilegium, nisi commmune tempus sit, nisi scilicet ex beneficio principis, vel nisi lege propria hoc sibi vindicet. i. lege municipali & inueterata cõsuetudine: sicut etiam dicitur de adiectione non admittẽda post addictionem factam a Rep. nisi ea in re propria lege semper vsa sit, *d. l. Lucius §. vlt. ad municip. l. 2. de iu. repub. lib. 11.* vnde elicienda est interpretatio *l. Antiochensium, de reb. auct. iud. poss. alias de priuileg. cred. verba hæc sunt: Antiochensium Celæsyriæ, &c.* videtur res repetenda ex historia. Fuit Antiochia celeberrima ciuitas quæ multa habuit priuilegia a principibus. Legitur primum Seuerum Antiochensibus ademisse multa quod se administrantem in Oriente derisissent, vt scribit Spartianus: idem scribit Vulcatius de Antonino, eum Antiochensibus quod Auidio Cassio tyranno consensissent, sustulisse spectacula, & multa alia ciuitatis ornamenta. Pone igitur: Seuerus vel Antoninus ademit beneficia quæcunque concessa erant Antiochensibus: quærunt modo Antiochenses, an etiam si sint adempta beneficia principum, possint vti aduersus debitores suos iure tacitæ hypothecæ, an etiam priuilegio aduersus creditores priores hypothecarios, & contendunt hoc non esse ademptum, quia habent hoc non beneficio principum, sed sua lege, more ducto a maioribus suis, semper iure tacitę hypothecæ vsum Rempub. Antiochensium: & Papin. respondet, ei ciuitati ius pignoris durare. i. non videri ademptum a Seuero qui ademit beneficia omnia, quia sci-

A licet sua lege i. lege propria, vel more inueterato hoc priuilegium in bonis defuncti habuit & exercuit Resp. Cæterum Resp. priuilegium illud non habet quod fiscus habet semper: proinde hac Constit. Iustin. excipit causas, quibus agitur de muneribus & honoribus publicis. est quædam propria & specialis lis de munerib. & honorib. In *l. pen. de var. & ext. cog.* proponuntur quatuor summa genera cognitionum. primum hoc est, cum agitur de muneribus & honoribus: secundũ cum de re pecuniaria, tertium cum de existimatione alicuius, quod potest esse criminale vel ciuile iudicium, vt actio tutelæ, vel cum agitur de capitali crimine. Est igitur proprium litis genus de munerib. & honorib. cum consideratur persona eius cui honor defertur, an sit idonea, cum spectatur origo natalium, cum
B excutiuntur facultates, an sint muneri soluendo pares; consideratur etiam lex municipalis secundum quam honoribus fungi oportet, *l. hon. §. de honorib. de mun. & hon.* Sed intra quæ tempora peragendæ hæ causæ sunt? intra tres menses, *l. generali, de decurion. lib. 10.* si quæratur, an quis sit decurialis, ac proinde non possit inuitus vocari ad munera ciuilia, & contendat quis forte non esse curialem. huius rei disceptatio finienda est intra tres menses: nonnunquam intra quatuor: vt si quis vocetur ad munus tutelæ, quod est publicum, & excuset se: nam causa excusationis est peragenda intra menses quatuor, *l. quinquaginta, de excusat.* Excipiamus igitur ab hac Constit. causas fiscales, & causas quibus agitur de munerib. & honorib. sed has tantummodo excipiemus? Iustinianus ait, *tantummodo.*
C Sed in Nouell.s adiecit alias. primum actionem ex testamento, quam vult omnino intra annum terminari, si petatur legatum, si fideicommissum, si libertus ex assignatione, si libertas, vt heres voluntatem defuncti exequatur intra annum, vel si malit litigare, vt lis ea finiatur intra annum, ne mora fiat voluntati testatoris Nou. 1. de Ecclesiarum fauore aut ministrorum qui Ecclesijs deseruiunt, vel præfuerint etiam: vt si quis forte electus Episcopus criminis insimuletur, vt accusator qui statim ab electione prodijt consecrationis impediendæ causa eam accusationem intra menses tres peragat, *Nou. 123. §. cæterum, si quis.* & vt si clericus qui seruiat cultui diuino reus deferatur ad præsidem prouinciæ, terminetur hæc causa intra duos menses, Nou. 83. sed licebit etiam hoc amplius exci-
D pere generaliter eas quæ celeritatem desiderant, quæ summatim expediuntur, & de plano: has enim noluit in hanc quæstionem includere: vt si sit quæstio de naufragio, de rebus quæ ex naufragio perierunt recognoscendis: hæc causa meretur celeritatem aliquam, & tamen annus præstitutus est, vel bienniũ pro locorum interuallo, *l. 2. & pen. inf. de naufr. lib. 12.* & nuntiationi noui operis tres menses: hoc etiam meretur celeritatem, ne inchoatum opus imperfectum maneat, vt cito definiat iudex, abstinere debeat ædificio, an exequi, *l. vlt de ædif. priuat.* Et similiter si magistratus deposita administratione misso successore conueniatur ciuiliter vel criminaliter eorum nomine quæ gesserit in magistratu, non ante potest excedere prouincia quam se purgauerit: sed tamẽ ne diutius mo-
E rari cogatur, curare debet iudex huius rei vt rem finiat intra 20 dies, *ex l. 1. §. vlt. sup. vt om. iud. tam ciu. quam crim.* Sed generaliter potest tentari, posse adijci omnes causas quæ celeritatem desiderant, ne scilicet liceat eas prorogare in triennium hoc argumento: Olim cum lis instituebatur ex rescripto aliquo principis, quod extraordinarium iudicium dicitur in *tit. de dilation. l. 2. inf.* debebat interuenire solemnis denuntiatio & editio rescripti, dabanturque certa tempora ad denuntiandum ex quo quis faciebat litem: & illis temporibus finitis ex causa dabatur reparatio denuntiationis, de qua in *tit. de temp. cur. & repa. denunt.* C. Th. quæ om-

nia

nia sunt abolita. Sed tamen cum obtinerent, excipiebantur causæ quædam quæ celeritatem desiderant, vt momenti causa, quæ vocatur celeris reformatio, *l. momentariæ, inf. vnde vi.* & in ea non obseruabantur ea tempora: pari ratione videntur non esse obseruanda tempora biennij vel triennij. Sic & *l. 6. & 7. C. Th. de denun. & edit. res.* causa Ecclesiastica, & actio si certum petatur, cum quis repetit, quod mutuum dedit, & actio ex testamento, & actio tutelæ, vel curationis propter vtilitatem pupillorum. Ad hæc interpretes quærunt, an aliquid huic Constit. Iustiniani qua præscribitur triennium, derogauerint Nouellæ. moti sunt Nou. de litigiosis, quæ videtur aliqua ex parte huic Constit. derogare. Et verior est Placentini sententia, per No. 112. *de litigiosis*, huic Constit. derogari: Nam si post contumaciam vel actor, vel reus vocandus sit edictis tribus, intermisso spatio singulis edictis dierum 30. ex ea Nou. vnde fiunt menses tres, & post tria edicta expectandus sit annus tantum, ad finem anni ferenda extrema sententia, cum tamen ex hac l. post tria edicta sit expectandus vel reus vel contumax vsque ad finem triennii, vt hic definitur aperte: consequens est, huic constitutioni derogari. Nouella non dicit, vsque ad finem triennij, sed ad annum, quæ derogatio est apertissima: nulla tamen in re alia huic Constit. aperte derogatur. Deinde quærunt an triennij præscriptio valeat in causis appellationum. dic non valere: nam causis appellationum alia tempora præstituta sunt, vt peragantur intra annum, vel si qua iusta causa exigat tempora proferri, intra biennium: *l. vlt. §. illud, de temp. & repar. appell. Nou. 49. & 50. & 126.* Tertia quæstio est an triennium possit prorogari consensu partium, an consensus partium possit efficere, vt liceat iudici rem proferre vltra triennium: respondetur non licere, non plus valere pactionem priuatorum, quam ius publicum, constitutionem hanc legem dixisse iudici non litigatores, & hoc vt verissimum existimem facit *l. 2. C. Th. vt int. an. qu. crim. term.* Est ius antiquum, sed vbique manet, suntque ex eo ducenda argumenta, nisi cum palam huic derogatum est: præscribitur hac Constit. annus: sed si non sit causa proferendæ causæ criminalis in annum, si possit iudex eam dirimere citius, & nulla sit causa dandæ dilationis, debet eam mox finire non expectatis anni moris, nisi actor & reus voluerint communi consensu annum a iudice obseruari, dum sperant interim se habituros complura documenta litis suæ: nam volentibus litigatoribus assentiri debet iudex. Voluntas itaque litigatorum aliquid potest, sed intra legitima tempora: nihil potest vltra legitima tempora: Itaque si voluerint rem proferri, id possunt, tamen vsque ad legitima tempora. Vltima quæstio est hæc, an si forte Iudex sententiam dixerit post trienniũ, valeat sent. non potest valere sent. dicta post triennium quia perempta est lis, contigit mors liti. vbi lis mortua est, nulla res est. *l. 2. iudic. sol.* Plauto dicitur res mortua, occisa, animam efflasse: lis mortua est, cuius instantia amissa est, non etiam actio: & ita *l. 3. quæ infr. cred.* lite mortua nulla res, ac proinde fideiussores iudicatum solui liberantur. si lis mortua est, nulla potest consequi sententia: nam sententia est litis definitio, & post triennium finita sententia desiit iudex esse. quid igitur? redintegranda est actio refusis sumptibus litis ab eo qui produxit litem vltra triennium: vel si iudex moræ fuerit, iudice mulctato & mutato, lis igitur ex integro mouenda apud alium iudicem. Nec putem huic definitioni triennij iure pontificio derogari *ca. pen. de iudic.* ex quo vulgo definiunt triennio non terminari instantiam. perperam: nam hæc est species. Archiepiscopus Rauennas dicebat se iurisdictionem habere in ciuitatem Seruiam: negabant ciues ciuitatis eius, & lite mota apud iudicem delegatum ciues quod causæ suæ diffiderent rem protraxerunt moris & cauillationibus vltra triennium. post triennium tracta, dicunt peremptam esse instantiam, & nolunt respondere coram iudice delegato, quia perempta instantia litigatores obtemperare non coguntur iudici. constituitur, vt iudici delegato liceat rem finire vltra triennium, & cogere ciues illos, vt litem exequantur, quia per eos stetit quo minus causa intra triennium expediretur: illi moram attulerunt iudicio, & volunt moram sibi opitulari: non æquum est, non patitur *l. reus, de muner. & honor.* Reus post annum potest honores petere, quo anno finitur reatus, nisi per eum steterit quo minus causa intra annum finiretur, quia tũc anno non finitur reatus. Cum Iustinianus causis ciuilibus finiendis earumve instantia perimenda præscripsisset triennium: si tamen vltra triennium res proferatur, aut ita adducatur, vt sit vltra triennium producenda, iudex prospiciet. Et ita distinguit, aut moram iudicio adfert actor, aut reus, aut iudex, aut aduocati.

Ad §. Et si quidem.

Et si quidem pars actoris cessauerit, quatenus multiplici dilatione reus fatigetur, & trienij metæ post litem contestatam iam prope finem veniant, vt semestre tempus tantum ei superſit, licentia erit iudici per executores negotij actorem requirere parte fugiente ex vna parte actoris absentiam incusante, & iudicibus omnimodo suas aures huiusmodi quæstionibus reserantibus, & si per tres vices hoc fuerit subsecutum, decem dierum spatio per vnumquemque introitum destinato, & nec ita pars actoris fuerit inuenta, & neque per se, neque per procuratorem instructum peruenerit, tunc iudicem negotij acta apud se confecta conspicere censemus.

DE actore agitur in §. *& si quidem.* si post litem contesta. actor absit, nec cœptam litem exequatur, constituit Iustinia. vt reus ex vna parte. i. etiam absente aduersario possit queri de absentia actoris, & vt audito reo iudex euocet actorem per apparitorem, vel tribus edictis, vel tribus literis, vt Paulus ait *5. Sent. tit. 5. & l. absentem §. aduersus, de pœn.* Videtur hic Iustinia. loqui de tribus denunciationibus tãtum. Sed nihil refert tres fuerint denuntiationes, vel tria edicta vel tres litteræ. Edicta publico loco adfiguntur, literæ mittuntur a iudice: denuntiationes fiunt per officium siue executorem litis, & ideo male in *l. contumacia, de re iud. Contumax*, inquit, *est qui tribus edictis euocatus, vel vno pro tribus litteris euocatus*, legendum, *vel litteris euocatus præsentiam sui facere contemnit*, vt in Senten. Pauli. Additur & post tria edicta quartum quod peremptorium dicitur vt, *l. & tertium de iudic.* & hæ omnes dicuntur legitimæ induciæ quæ dantur absentibus vt veniant & liti subsistãt. Rodericus 3. de gestis Friderici cap. 17. *legitimas inducias iurisperiti vocant iudicis edictum vnum, mox alterum, & tertium.* Quarto edicto iudex cõminatur, se absente aduersario cogniturum & pronuntiaturum: sed nõ necessario datur etiam quartum edictum: sufficiunt enim tria edicta si ita iudici videatur, *l. 2. & l. tres, C. quomodo & quan. iud.* non dantur etiam necessario tria edicta: nonnumquam enim datur statim vnum pro tribus quod dicitur peremptorium, *d. l. contumacia, l. nonnumquam, de iudic.* hoc totum positum est in arbitrio iudicantis, vt pro conditione causæ vel personæ vel temporis edictorum ordinem moderetur, modo vtetur vno pro omnibus, modo tribus, modo quatuor. Cum autem dantur edicta tria, necesse est intermitti aliquod interuallum: ex hac l. spatium 10. dierũ, quod congruit cum iure veteri, *l. ad peremptorium & §. pen. de iudic. l. vlt. ℑ. de delatoribus lib. 10.* & interponun-

tur hæc edicta, vt hæc Conſtit. declarat prope finem triennij. & finem triennij ita definit Iuſtinia. ſi ſemeſtre tantum tempus ſuperſit ad explendum triennium: qua in re imitatus videtur eſſe quod eſt in *l. non tantum, in prin. de excuſ. tut.* proximum pubertati eum videri cui reliqui ſex menſes ſunt ad complendam pubertatem, & vtitur iiſdem verbis, quibus hic Iuſtinianus, quod poteſt pleriſq; rebus vſui eſſe, cum quæritur, quid ſit prope finem certi temporis rem perueniſſe, quid ſit proximum eſſe pubertati adoleſcentiæ ve, ſi videlicet ſex menſes modo ſuperſunt: nam & huius articuli temporis aliquam definitionem tradi par erat. ex Nou. *de litigioſis* 112. *in* §. *ſi vero cauſam* intermittūtur dies 30. & aduerſarius quocunque tempore citari poteſt ſtatim atque abeſſe cœperit, citari poteſt edictis tribus, & poſt tres citationes expectatur annus. igitur ex ea Nou. 112. ea edicta non interponuntur prope finem triennij, ſed cum primum abeſſe cœperit aduerſarius, & præſens aduerſarius hoc deſiderauerit. Et ita ſi maturius data ſint tria edicta, abſens expectabitur, & deinde ſiue venerit ſiue non, res definietur a iudice. hic eſt igitur ordo edictorum. Modo videamus, quid fiat ſi abſens edictis non paruerit, ſi non obtemperauit: incidit in contumaciam, & contrahitur eremodicium, vt ait in hac Conſtit. Eſt conſtit. hæc tota tracta ex ſermone Græco, tota Græca phraſi conſcripta: nam & reos hæc Conſt. vocat fugientes, ſicut Græcis φεύγοντες, & διώκόμενοι, actores. Græcis dicitur actor διώκειν, quod eſt fugare, reus φεύγειν, id eſt, fugere. Et in hac conſtit. quod dicit ex vna parte Græcis eſt ἐκ τοῦ ἑνὸς μέρους, & μονομερῶς. Ac proinde ait poſt tria edicta ſi illis non obtemperauit abſens, actor contrahit eremodicium. Eremodicij pœnæ hæ ſunt, primum, vt poſſit iudex diſceptare μονομερῶς. i. non præſente altera parte. lis conteſtatur vtraque parte præſente, cum perorant ambo præſentes, vt eſt in 12. tab. nec poteſt eſſe conteſtatio litis, quin vtraque pars præſens ſuæ cauſæ merita enarrauerit coram iudice, teſtibus præſentibus: ſed lis quæ ſemel conteſtata eſt, etiam agenda eſt vtraque parte præſente: regulariter nullum eſt iudicium, ſi cauſa agatur abſente parte altera, ſi abſens condemnetur non contumax, non denuntiatus ſolenni edictorum ordine, etiam ſi præſens abſenti condemnetur, nulla eſt ſententia, *l. ea quæ inf. quom. & quan. iud. l. certum* §. *ſi quis, de confeſſ.* ſed aduerſus contumaces pronuntiari poteſt, vel etiam pro eis vt inferius dicetur, & cauſa agi poteſt illis abſentibus, etiam ſi fuerit criminalis: modo tamen non damnetur abſens capitali crimine: nam etiam ſi abſit per contumaciam, non poteſt damnari capitali crimine, damnari tamen poteſt crimine non capitali, quæ eſt diſtinctio legis *abſentem, de pœn.* hæc eſt igitur pœna contumacis, vt poſteaquam incidit in contumaciam, quod fit ſi tribus edictis non paruerit, ſi tria edicta contempſerit, cauſa agi & definiri poſſit μονομερῶς contra regulam iuris ex vna parte, quod etiam ſingulariter receptum eſt in cauſa appellationis, *l. vlt. ad Trebell. l. vlt.* §. *illud, de temp. appellat.* & vt in cauſa appellationis poteſt etiam pro abſente pronuntiari, ſi ab eo magis ſtare videatur æquitas, Nou. 49. ita etiam ſi quis abſit per contumaciam nonnunquam poteſt pro eo pronuntiari, *l. & poſt edictum, de iudic.* & hac Conſtit. iudex enim cum abſens incidit in contumaciam, perinde rem diſceptat, quaſi vtraque pars præſens eſſet. Itaque ſi æquitas ab abſente ſtare videatur, pronuntiabitur etiam pro contumace: ſed ſicut in cauſa appellationis ſi vicerit forte abſens reddit ſumptus totius litis ei qui victus eſt Nou. 49. ita priori iudicio ſi vicerit abſens & contumax, reddit omnes ſumptus litis victo, vt hac conſtit. aperte definitur, quæ eſt, altera pœna contumaciæ: prima hæc fuit vt cauſa agatur & definiatur μονομερῶς. Secunda hæc eſt, vt etiam ſi vicerit

A contumax, non obſeruetur regula iuris, quæ vult victū victori condemnari impenſarum nomine. Nā ex diuerſo victor condemnabitur expenſarum nomine: atque ita victoris peruicacia plectetur. Hæ igitur ſunt duæ pœnæ eius qui abſens eſt per contumaciam. quid eſt eremodicium? eſt ἐρήμη δίκη, cum abeſt aduerſarius i. lis déſerta. & ſi quæris definitionem, Eremodicium eſt deſertio litis conteſtatæ, ſiue cauſæ dictio ex vna parte tantum. male vulgo innumeri confundunt vadimonium & eremodicium, & litem conteſtatam. dicunt enim eremodicium eſſe deſertionem vadimonij: nos, eſſe deſertionem litis conteſtatæ, & aliud eſſe vadimonium, aliud litem conteſtatam. deſertio vadimonij eſt deſertio promiſſionis iudicio ſiſtendi cauſa factæ ante litem conteſtatam, *l.* 4. §. *quæſitum, & l.* 5.

B §. 1. *ſi quis caut.* longe aliud eſt deſertio litis conteſtatæ. quæ deſertio magis punitur: nam deſertio vadimonij ſi is cui dies datus eſt non venerit, non coercetur damno litis, deſertio litis conteſtatæ coercetur damno litis: & hæc eſt tertia pœna contumaciæ: nam ſi abſens per contumaciam damnatus fuerit, & poſtea ſuperuenerit, non poterit ex integro cauſam agere, vel etiam ſi abſens per contumaciam vicerit, quod aliquando accidit, & reuerſus dicat nondum plene ſibi ſatisfactum eſſe, non poterit ex integro litem inchoare. quod hac conſtit. eſt expreſſum: Igitur ſiue condemnatus fuerit, ſiue vicerit, non poteſt ex integro cauſam agere quam dicit non plene diſcuſſam: quin etiam non poterit appellare, *l. ex conſenſu* §. *vlt. de ap. l. & poſt edictum* §. *vlt. de iudic. l.* 1. *inf. quo. app. non recip.* & hoc eſt quod dicitur in *l. contumacia, de re iu-*

C *dic.* contumaciam coerceri damno litis, quia ſcilicet lis non poteſt ex integro agi, nec appellare licet a ſententia. Perit igitur lis, moritur lis, moritur & actio, nec infirmari prouocatione iudicatum poteſt. quod non ita euenit in deſertione vadimonij: nam & cum quis deſeruit litem conteſtatam, iudex ad finem triennij fert ſententiam definitiuam. Cum verò quis ad diem dictum liti conteſtandæ non adeſt, iudex non fert ſententiam definitiuam: ſed ſi abeſſe perſeueret aduerſarius cum quo res eſt alteri, iudex de re cognoſcit ſummatim, & actorem præſentem mittit in poſſeſſionem eius rei de qua agitur, non ei rem addicit, quia non fert definitiuam ſententiam, vel reum præſentem relaxat obſeruatione iudicij. Igitur non fert ſenten-

D tiam definitiuam, Nou. 53. & l. 2. *inf. vbi in rem act. exc. deb.* ſed tamen non inficior Nou. *de litigioſis* hæc eſſe commutata: nam ex ea etiam ante litis conteſtationem contrahitur contumacia, non eremodicium, quia nondum fuit lis, nondum δίκη, lis non dicitur niſi ſit conteſtata. Sed dixerit aliquis non male ex ea Nou. ante litem conteſtatam contrahi contumaciam cuius plectendæ ratione poſſit iudex vna tantum parte præſente litem diſceptare, peragere, definire, atque ita ſi quis contumax fuerit ante litis conteſtationem, ſi denuntiationibus non paruerit, ſiue poſt litem conteſtatam, lis extinguetur poſtrema ſententia iudicis, nec licebit eam reſtaurare abſenti nec appellare. Poteſt & alia differentia tradi inter deſertionem vadimonij &

E deſertionem litis conteſtatæ, quod deſerat vadimoniū reus, contrahat eremodicium & actor & reus .i. quilibet aduerſarius abſens, *l. cum quærebatur, iud. ſol.* Attulimus aliam in *l. ait prætor* §. *vlt de minor.* 25. *an.* Sed ad rem. Liquet ex his quæ diximus, contumaciam plecti damno litis: litem ergo extingui, & actionem interire, non tantum inſtantiam interire, ſed etiam actionem. quod tamen non eſt perpetuo verum: nam accurate Iuſtinia. diſtinguit hac Conſtit. nam cum actor abeſt poſt litem conteſtatam, euocandus eſt prope finem triennij, ſi non paruerit edictis, atque ita inciderit res in eremodicium, ita diſtinguendum eſt: aut non liquet iudici de re tota, aut liquet: ſi non liquet iudici ex actis, ita vt

non

non possit liquido pronuntiare de re quæ in iudicium venit, absoluet tantum reum ab obseruatione iudicij, quo genere perimitur instantia tantum, non lis, ne cogatur amplius eo iudicio interesse: lis manebit, poteritque redintegrari: actio manebit, eaque licebit rursus agere vel apud eundem, vel apud alium iudicem: & præterea absens damnatur expensarum nomine, quæ æstimatur iureiurando rei. fideiussores etiam dati a reo iudicio sistendi causa vel iudicatum solui, liberantur ipso iure, quia instantia perimitur. Cum autem iudici liquet, tum debet etiam in absentem vel etiam in præsentem sententiam definitiuam pronunciare, quæ non tantum instantiam perimit: sed etiam litem translata principali actione in actionem iudicati: nam remedio appellationis eadem lis rursus introduci non poterit. & similiter cum aduersarius euocatus est edictis tribus quibus singulis dicitur dies illi vt adsit decimo die, hodie tricesimo, postremo die quo adesse iussus est, edicto postremo: solet etiam absens aduersarius in foro voce præconis citari, *l. & post edictum, de iudic.* ex qua sumptum est quod hodie videmus fieri, in foro citari absentem ad ostium tribunalis. Igitur non satis est proponi tria edicta, sed adhibenda est etiam vox præconis, quæ die cognitionis euocabit absentem, & si non comparuerit, res peragetur. Sed si venerit, si præconi responderit, vis edictorum circunducetur, quia non faciet iudex quod se facturũ edixit: nam etsi forte adfuerit is qui edictis euocatus est, abfuerit autem qui edicta illa impetrauerit, aduersus absentem lis non definietur, no pronuntiabitur secundum absentem: sed instantia perimetur .i. is qui venit & vocationi paruit, absoluetur obseruatione iudicij circumscriptis edictis, quod Græcis est ἐρήμην λύειν, *casser le defaut, donner congé.* Lis tamen non perimitur: nam licebit ex integro causam agere cum alter redierit qui cœpit abesse aduersario veniente. & hæc est sententia *l. & post edict. de iudic.*

Ad §. Sin autem reus.

Sin autem reus abfuerit, & similiter eius processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris diximus, etiam absente eo eremodicium contrahatur, & iudex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex vna parte cum omni subtilitate causam requirat, &c.

DIximus de actore qui per contumaciam abest. hodie dicemus de reo *ad* §. *sin autem reus.* Reus incidit in contumaciam si tribus edictis vel denuntiationibus euocatus sui præsentiam facere contempserit. post tria edicta habetur pro contumace, non ante: & sicut dictum est de actore, per singula edicta quæ publice proponuntur, vel per singulas denuntiationes quæ fiunt per apparitorem intermitti etiam debet spatium 10. dierum. supra dixit per vnumquemque introitum, introitum ad iudicem scilicet: nam absenti euocato edicto siue denuntiatione prima dicitur dies decimus, vt eo adsit in iudicio: quo siue venerit, siue nõ venerit altera pars, quæ præsens fuit iudicium ingreditur, & rursus incusat absentiam aduersarij, *il demande defaut, ou congé*, edicto si non paruerit aduersarius ingreditur iudicium, & postulat alterum, & tertium postea, cuius tertij edicti die rursus iudicium ingreditur, & postulat vt habeatur pro contumace, habita pro vnoquoque introitu semper expensarum ratione. Contumaciæ autem rei eadem est pœna quæ actoris, vt absente reo per contumaciam eremodicium contrahatur. Et ait Iustinia. in hoc §. *etiam absente eo.* i. reo, *eremodicium contrahatur*: quo articulo, *etiam*, hoc significatur: non tantum absente actore, sed etiam absente reo per contumaciam eremodicium contrahi .i. litem haberi pro deserta, & agi, disceptari, definiri μονομερῶς, non conflictu partium mutuo. Igitur in eremodicium incidunt non tantum rei, sed etiam actores: alij solos actores, alij solos reos: vtrique decipiuntur: & actores & rei, si absint per contumaciam, contrahunt eremodicium, quod apertius significatur in §. *cum autem* quod in Codice Gallico est his verbis expressum: *quand la cause est ainsi menée qu'il n'y a qu'vne des parties, & celle du demandeur ou celle du deffendeur*, vterque contrahit eremodicium, & omnino ἐρήμη δίκη, & μονομερὴς δίκη idem est. cũ scilicet causa agitur vna tantum parte præsente, & fit condemnatio vel absolutio sententia definitiua contra regulam iuris, quæ vult causam contestari, agi, definiri vtraque parte præsente. & ita in Nou. 69. καταδικαζέσθω καὶ ἀπὼν κατὰ τὸ καλούμενον τῶν ἐρημοδικίων σχῆμα: i. *condemnetur etiam absens secundum formam eremodicij*: quasi licet causa redierit ad eremodicium, vt iam iudex cogatur eã expedire μονομερῶς. & ita Hesychius recte ἐρήμη μονομερὴς δίκη. Idem est cum scilicet causa agitur vna parte tantum præsente, & fit condemnatio vel absolutio sententia definitiua, contra regulam iuris, quæ vult, causas contestari, agi, peragi, definiri vtraque parte præsente, sed quid ageres aduersus contumaces nisi liceret μονομερῶς causam expedire. Et ita in *Nouel. 69. condemnetur etiam absens secundum formam eremodicij*, scilicet si causa reciderit ad eremodicium. vt iam cogatur iudex eam expedire μονομερῶς. Et ita Hesychius rectissime, ἐρήμη μονομερὴς δίκη ὅταν μὴ ἀπαντήσῃ, lis quæ agitur vna tantum parte præsente, cum scilicet reus quod non concurrat ad iudicium, condemnatur. Sed restringit Hesychius, ἐρήμην δίκην, ad reum non occurrentem ad iudicium, cum tamen nos extendamus etiam ad actorem litem inchoatam deserentem: absens reus de quo hic agitur ex contumacia condemnatur si obnoxius reperiatur, & quod ait, *obnoxius*, est ex Græco, ὑπεύθυνος. videtur tota hac lege Iustinianus Græce loqui. Igitur condemnabitur vel etia absoluetur: nam & pro contumace dicenda est sententia, si id bonitas causæ illius exigat: condemnatus autem si fuerit reus absens, sententia erit perducenda ad effectum auctoritate iudicis qui condemnauit si iurisdictionem habuerit, vel si iurisdictionem non habuerit: veluti iudex datus, auctoritate eius qui eum iudicem dedit: nam qui iudicem dedit, exequitur iudicis dati sententiam, non ipse iudex datus: dicta enim sententia definit esse iudex, & iudex datus cognitionem tantum habet, ac perinde sententiæ executionem non habet, sed quod pronunciauit, exequitur idem qui dedit captis pignoribus, *l. a Diuo Pio, de re iud.* Et hoc est quod ait hoc loco, *per rei & facultates fugientis victori satisfiat*: & præterea reo condemnato ac post condemnationem reuerso non licebit litem redintegrare, non licebit datis fideiussoribus possessionem captorum pignorum recipere. hæc est pœna contumacis, vt plectatur damno litis: nam numquam potest litem restaurare, nec si offerat fideiussores, nec si appellet: nam damnato etiam ex contumacia non licet appellare, *l. ex consensu* §. *vlt. de appell. & l. post edictum* §. *vlt. de iudic. l.* 1. *ǰ. quo. app. & No. 82* & ex eo petenda est ratio quam vulgo ignorant, *l. liberto* §. *litem, de neg. gest.* species hæc est. reus litem contestatam deseruit, & euocatus edictis iudicis non rediit, frustrator est qui litem, & iudicem, & aduersarium frustratur, & moratur. cum ita reus abesset ex contumacia, quidam vltro ex suis amicis obtulit se non defensioni quidem litis, igitur non suscepit defensionem litis, hoc enim si fecisset purgasset frustrationem rei, sed allegauit tantum causas absentiæ: quod etiam in criminalibus est permissum. Nam licet reus criminis accusatus non possit per procuratorem vel gestorem defendi, *l. pen de pub. iud.* potest tamen causas absentiæ allegare per procuratorem vel per gestorem: & vbicumque absens potest damnari, ibi quilibet pro eo verba faciens & absentiam eius excusans, vt audiatur *æquum est & ordinarium* ait *l. seru-*

uum §. *publice, de procur. æquum & ordinarium est*, pro vsitatum& rectum, vnde illud, *ordine & recte factum*, & citat rescriptum Imp. quod est in *l.* 3. *inf. de accus.* Igitur in specie§. *litem* cum reus litem deseruisset, amicus eius vltro egit excusans absentiam rei, defensionem rei non suscepit, sed tantum absentiam excusauit ne damnaretur eremodicio. Quæritur, an dicta sententia contra absentem, videatur negotiorum gestor ille contraxisse culpam, quod a sententia dicta contra absentem non appellauerit, & an eo nomine teneatur actione neg. gestorum? minime, *quia*, inquit, *frustrator condemnatus est:* quod sic explicant: quia amicus non est condemnatus: sed ratio hæc est, quia ex cõtumacia condemnatus est, & eius nomine appellare nõ licet, & obid culpam non contraxit, si non appellauit, cum nec possit appellare: alioqui sententia dicta in absenté pro presente vel in præsentem pro absente, nullius momenti est, si non abfuerit per contumaciã. i. si non fuerit edictis solénibus citatus prius in *l. ea quæ*, *ſ. quom. & quã. iud.* Et male distinguit inter actoré & reũ Accurs. quem hic reprehendit Bartolus; nam siue absit actor, siue reus, modo non absit per contumaciam, sententia in eum dicta nulla est, *l.1.§. item cum ex edicto quæ sent. sin. app. res. l. certum §. si quis, de confessis.* His explicatis repetitur in hac Constit. illud quod iam attigerat supra, nihil obstare quo minus causa agatur μονομερῶς siue absit reus, siue actor per contumaciam: *quia*, inquit, *absentia vnius litigatoris Dei præsentia suppletur*: propterea quod tum iudicabant iudices sacrosanctis propositis Euangeliis, quæ Dei præsentis simulachrum erant iudicibus, aut esse debebant: & ideo nihil est damni, nihil periculi, & si absit pars alterutra, cum eius absentia Dei præsentia suppleatur, nihil obstare debet metus appellationis: quia non licet appellare a sententia dicta in contumacem: Et adiicitur præterea, vt sententia non dicatur in absentem ex eremodicio, nisi prope finem triennij, cui tamen rei derogauit *Nou. de litigios.* §. *sin autem.* Ergo ante huius triennij finem non contrahitur eremodicium, non potest lis definiri, non potest perimi aut mori: moritur lis. an dicta sententia? minime, nisi dicta sit ab eo a quo appellare non licet. Sed si appellationis remedium superfit, quo extinguitur iudicatum, iudicato non moritur lis, nec sententia definitiua perimit litem. Sed cum dicitur seutentia in contumacem, plane lis moritur, quia non licet appellare. non potest igitur interimi lis nisi prope finem triennij, ante interimi lis non potest, sed potest tantum condemnatio fieri expensarum nomine, primo vel secundo, vel tertio introitu, vel absolutio: nam hoc loco §. *huiusmodi autem*, hæc verba, *in sola expensarum datione vel absolutione*, illud *absolutione*, vulgo male interpretantur, ab obseruatione iudicij: falsa est interpretatio: nam sicut in absentem sententia definitiua non potest ferri nisi prope finem triennij, ita nec dari relaxatio ab obseruatione iudicij. Non ergo loquitur de interitu instantiæ, sed de absolutione tantum expensarum: nam plerunque iudex absenti, qui primo edicto non paruit, si forte amicus eius causam absentiæ iustam allegauerit, remittit ei sumptus litis in quos tamen condemnandus videbatur vno quoque introitu: nam primum præsens aduersarius postulat edictum primum in absentem, quo impetrato, euocat absentem die dicta decima: ea die si non venerit, quæritur rursus de absentia & postulat eum condemnari in expensas. Dat & alterum edictum: sed iudex non semper absentem in expensas condemnat, dat alterum edictum, hoc addito vt quod primo edicto non paruerit, nullæ ei restituantur impensæ. Igitur ante proximum finem triennij tantum potest fieri condemnatio expensarum, vel etiam absolutio expensarum, si ita iudici videatur, vt in Nou. 82. At prope finem triennij post illa

A tria edicta totius rei condemnationem faciet iudex extremam, vel etiam absolutionem, atque ita perimet & instantiam & litem.

Ad §. Siue autem alterutra.

Siue autem alterutra parte absente, siue vtraque præsente lis fuerit decisa, omnes iudices qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum causa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium
B *iurauerit: non ignorantes quod si hoc prætermiserint, ipsi de proprio huiusmodi pœnæ subiacebunt, & reddere eam parti læsæ coartabuntur.*

AD extremum hac parte Iustinianus constituit, vt siue causa agatur cognitionaliter, & συςάδην .i. vtraque parte præsente, siue μονομερῶς, & secuta sit sententia definitiua secundum ordinem hac Constit. præscriptum, semper victus victori condemnetur expensarum nomine; alioqui vt iudex vel officium eius ex sua substantia huiusmodi detrimentum læsis resarcire compelletur, vt in *l. sancimus, inf.* .i. vt ipse iudex victori reddat expensas omnes in quas non condemnauit victum, vel officium eius qui non exegit eos sumptus ex sententia iudicis. Igitur victor recipiet sumptus litium vel a victo vel a iudice, vel ab officio iudicis. a iudice, cum iudex non habuit iustam causam remittendorum sumptuum: nam excipitur
C hic casus, si vterque habuit iustam causam litigandi: sed necesse est, id adiiciat nominatim in sententia iudex, vt *Nou.* 82. & excipitur etiam alius casus ex §. *sin autem ex gestis, sup.* si pronuntietur pro contumace & condemnetur præsens: nam hoc casu non victus victori condemnatur in expensas, sed victor victo, si est contumax victor: quia non potuit ei ius suum auferri. non auferetur ergo suum ius, sed auferetur expensarum lucrum, quæ est sententia eius §. *sin autem ex gestis*, male explicata ab Accur. explicata ita recte ex *Nou.* 49. & declaratur hic etiam, expensas litis esse æstimandas iureiurando victoris, qui iurare potest in infinitum, *l. videamus* §. *iurare, de in litem iur.* Itaque huic iuriiurando adiicit iudicem iusiurandum moderaturum, si in immensum iurauerit, *l. sancimus, hoc tit.* & sumptus
D litis sumpto prius iureiurando iudicem æstimaturum, ac taxaturum prius. quod tamen pugnare videtur cum Nou. 82. quæ vult, vt iudex omnino sequatur iusiurandum victoris non habenda ratione impensarum: sed ita id intelligi debet, si prius iudex iussit iurari ad certum modum, tunc idem debet sequi iusiurandum, *l. si quando inf. vnde vi.* Sed si victor suo arbitratu modum expensarum edixerit, sine vlla præscriptione iudicis, iudici licet hoc iusiurandum moderari, *l. videamus & seq. de in lit iur.* hæc condemnatio expensarum non infligitur tantum victori, sed etiam ei qui nondum vicit, quique victurus forsitan non est, puta præsenti aduersus absentem etiam ante litem contestatam, vt si
E reus vocatus non venerit ante litem contesta. vel etiam si post litem contestatam non venerit actor vel reus, ac postea venerit nondum lite finita, non prius recipientur quam refuderint impensas *d. l. sancimus.* Et adiicit ea l. hoc esse obseruandum siue citati litigatores, siue requisiti mala conscientia abfuerint, quod vulgo explicant male. Citantur solennibus tribus edictis, & eo genere constituuntur contumaces, requiruntur sine literis, sine denuntiationibus, vt *Nou.* 53. *cap.* 3. si reus in iudicium vocatus iurauerit iudicio sisti, non satisfederit, nec tamen venerit in iudicium litis contestandæ causa, sed latitauerit contra fidem quam fecit re, quiri debet ab apparitoribus & duci manu iniecta etiam in causa ciuili iussu iudicis cuius iurisdictio est: & si forte non inueniatur, a iudice ei debet præstitui dies certus intra

intra quem veniat, & si intra illum diem non venerit actor, nisi sit eius euidens calumnia, mittitur in possess. bonor. rei debiti seruandi causa, *l. pen. inf. de dignit. lib.* 12. quo genere constituitur pignus prætorium, *l. misso, pro empt.* & ita captis pignoribus constituto pignore prætorio, nondum tamen vendito, siuenerit reus in iudicium non ante admittendus est ex ea *Nou. cap. 3. & ex d. l. sancimus.* quam refuderit impensas litis quas interim fecit actor dum eum expectat: & nisi satisdederit iudicio sisti, pro iureiurando nunc ab eo exigetur satisdatio: & hæc pignorum captio fit causa cognita summatim, non plene. Igitur res non potest definiri vltima sententia, sed cũ venerit & restituerit impensas, ac satisdederit iudicio sisti, tum iudex sententia plenam pronuntiabit. summaria cognitio litem non definit: est autem hoc casu pœna periurij, vt absens non citetur edictis solemnibus, sed vt requiratur & ducatur, & hoc est quod ait *l. sancimus.*, non tantum citatos, sed etiam requisitos, si venerint in iudicium, cum ante abfuissent mala conscientia, non esse prius audiendos quam ante aduersario refuderint sumptus litis & viatica .i. itineris sumptus.

Ad §. Sin autem vtraque.

Sin autem vtraque parte imminente & litem peragere cupiente, iudex eam accipere non maluerit, vel propter amicitias, vel inimicitias, vel turpissimi lucri gratia, vel propter aliud quodpiam vitium quod miserrimis animis huiusmodi iudicium innasci potest, litem ipse ausus fuerit protelare, & propter hoc triennium fuerit transactum: iudex si quidem in magistratu positus est, vel in maiore dignitate vsque ad illustratus gradum, decem libras auri priuatis nostris largitionibus inferre per scholam Palatinam compelletur, &c.

DIximus hactenus de actore & de reo qui moram iudicio adfert: deinceps dicetur de iudice & aduocatis qui moram iudiciis adferunt, per quos fit vt causa ciuiliter intra triennium non expediatur, ac primum vt proponit in §. *sin autem vtraque parte*, si iudex rem ciuilem protulerit vltra triennium, minor multatur tribus libris auri, maior decem, inferendis in ærario priuato priuatis largitionibus, & quod idem est, publicis rationibus: exigitur ea multa per scholam palatinorum. Palatini sunt apparitores Comitis sacrarum vel priuatarum largitionum sacri vel priuati ærarij, qui & dicuntur priuatiani, & largitionales, qui multas inferendas ærario priuato exigunt, vt in Nou. 117. Multatur ergo ita iudex siue maior siue minor qui rem protraxit vltra triennium, res & lis salua manet, sed alius iudex sumendus est, non frustrator ille temporis legitimi. quid tum fiet, si forte intra triennium mutetur iudex? puta morte, vel qua alia ratione, incidente infirmitate, vel necessaria profectione, veluti rei suæ familiaris periculo: his omnibus casibus necesse est alium sumi iudicem, *l. Iulianus & seq. de iudic.* Quæritur vero quantum temporis dederis nouo iudici ad litem definiendam? quod deerit triennio, si non minus anno sit, vel si minus sit anno, annus replebitur subdito iudici. Nec quicquam refragatur *l. si iudex, D. de iudic.* primum enim hæc Const. loquitur de omnibus iudicibus delegatis. ergo etiam de iudicibus datis, de quibus est *l. si iudex*, & ita loquitur de iudicibus datis, quibus is qui dedit, nullum certum tempus præscripsit ad iudicandum. illa *l. si iudex* loquitur de iudice dato cui magistratus præscripsit certum tempus ad iudicandum: sed & omnino congruit ea *l. si iudex* cum definitione Iustiniani: vult enim vt si iudex iudicare iussus intra certum tempus non iudicauerit, vt alius iudex detur,

Cod.

A & si subdito iudici non sit præscriptum certum tempus ad iudicandum, vt fuerat priori, intelligantur ei tanta tempora præstituta, quanta priori. proinde si, verbi gratia, primus iudex iussus sit iudicare intra sex menses, nec iudicauerit, subditus in eius locum iudex simpliciter iudicare iussus, intelligitur iudicare iussus intra sex menses: redintegrantur ergo tempore quot fuerant priori præstituta. Sed adijcit l. hunc modum, *ita tamen vt legitimum tempus non excedat*, quem modum Accur. ibi recte conijcit esse triennium ex hac Constit. nam verbi gratia, si prior sit iudicare iussus intra biennium, nec iudicauerit, an sequenti iudici dabitur biennium? minime: dabitur tantum annus, ne qua lis excedat triennium: hæc est sententia *d. l. si iudex*. Cum igitur moras liti attulit iudex, ita vt

B iam triennium sit elapsum, alius iudex assumitur qui iudicet intra annum: ex quo apparet litem saluam manere, nec extingui triennio, maxime quia non per litigatorem, sed iudicem causa labitur, vt in *Nou.* 119. *&* 23. triennio ergo actio non perimitur cum alius iudex accipitur, & male Accurs. in hanc rem adfert *l. sed & si §. ait Prætor, ex quib. cau. maior.* quæ ait, dandam esse restitutionem in integ si per iudicem aut dilationem iudicis effectum sit, ne res iudicaretur: dilatio ergo iudicij extinguit actionem, cum sit necessaria distinctio. non loquitur hic IC. de tempore finiendæ litis, sed de tempore finiendæ actionis. Sunt quædam actionibus præstituta tempora. si magistratus, dum moratur actionem dare, ita tempus actionis

C frustratus sit vt exciderit actio actori, actio perempta est suo tempore mora, aut dilatione magistratus: quia distulit actionem dare: Sed æquum est restitutionem ex ea causa fieri: perimitur sane actio suo tempore. Aliud est lis, aliud actio: lis non tantum actionem significat, sed institutum cœptumque iudicium, Nouella 10. Mora igitur siue cunctatio iudicis apud quem lis contestata est, non perimit actionem. longe aliter fit, si reus vel actor post litem contesta. frustrentur, & qualibet tergiuersatione efficiant, ne lis peragatur: hoc enim casu licet solo trienij lapsu lis non perimatur, tamen perimitur sententia iudicis, qui ex hac Constit. prope finem triennij, id est, iam imminente triennij fine debet sententiam definitiuam ferre. Atque ita non triennij lapsus necem liti adfert, sed sententia iudicis, quæ est huiusmodi, vt

D neque ex ætate, neque restitutionis beneficio, neque appellationis lis possit redintegrari. itaque plane lis moritur, quia resuscitari non potest vlla ratione. Iterum dico, non perimi litem solo triennij lapsu, sed pronuntiatione iudicis, si liqueat: si non liqueat, perimitur tantum instantia. Idemque sequemur omnino secundum Nouellas: nam hæc Constit. loquitur tantum de his qui frustrantur post litem contesta. sed ex Nouellis si ante litem contestatam litigatores frustrentur, si citationi iudicis non obtemperauerint, idem dicendum est Nou. 112. & Leonis 108. atque ita in eum qui ad vadimonium non occurrit, veluti ex eremodicio condemnatio fieri potest, quanquam non proprie contrahatur eremodicium, nisi post litem contestatam: sed ex his No-

E uellis quodammodo contrahitur eremodicium etiam ante litem contestatam: cum absens possit condemnari, hoc tamen exigitur vt qui euocatus non venit ad litem contestandam post tria edicta, expectet annum, deinde in eum promatur sententia definitiua, si liqueat. Nihil hæc constit. dicit de officijs siue apparitoribus iudicum, qui tamen litibus moras adferre possunt, dum nolunt eas introducere in iudicium. Sed de his idem statuit Iustinianus in *l. vlt. vt int. cer. tem. crim. qu. ter.* vt eadem pœna adficiantur qua iudices.

Ad §. Illo proculdubio.

Illo proculdubio obseruando vt si neque per alterutram litigantium partem, nec per iudicem steterit, quo minus lis suo marte decurrat, sed per patronos causarum licentia detur iudici & eos duarum librarum auri pœna afficere per scholam Palatinam exigenda, & similiter publicis rationibus aggreganda, &c.

NVnc de aduocatis videamus. Multantur etiam hac Const. aduocati qui moram iudicio attulerũt adiecta causa in sententia, quod aduocati rem protulerint: non enim tantum fuit vnus aduocatus in vna causa, sed plures: vt Comicus docet: vnus causam orat, cæteri dicenda suggerunt: atque inde in *l. prouidendum sup. de postul.* de eo qui plures & nobiliores rogauit aduocatos dolo malo, sibi & suæ defensioni adesse, vt aduersario subtraheret (quod fit etiam hodie fraudulenter) *paris defensionis copiam*: & adijcit de aduocatis, vt cœptam causam peragere cogantur, vt non possint prius susceptum clientem deserere, *nisi* inquit *lex, vel iusta causa impediat*, vt in *l. rem non nouam §. patroni autem, inf.* forte pendente lite aduocatus qui rem omnem non intellexerat initio, intellexit litem esse improbam, vel penitus desperatam, & ex mendacibus allegationibus compositam: tunc aduocatus rectius fecerit si clientem deseruerit, quam si in ea lite perseuerauerit agenda. sicut e contrario, non licet clienti mutare aduocatum: & eadem est ratio aduocati & procuratoris, vt non possint mutari re non integra. Sciendum est aduocatis honoraria prorogari, *l. 1. §. Diuus, de extraord. cogn.* atque etiam vt possent exigi per executores litium instantibus aduocatis, qui suam operam clientibus contulerant. cogitur ergo qui elegit operam aduocati ei honorarium prorogare: sed non si velit mutare aduocatum: potest enim re integra .i. lite nondum contestata: quod primum est munus aduocati. Sic procurator ante litem contesta. mutari potest: potest ita aduocatus, post litem contestatam tamen non potest aduocatus mutari, nisi causa cognita, *l. post litem, de procur. & l. seq. §. patrono.* Illud non est omittendum quod ait, honoraria esse præstanda a clientibus qui dare possunt: alioqui notum est aduocatos interuentu iudicis debere gratuitam operam accomodare his qui honoraria prorogare non possunt, *l. nec quicquam §. aduocatus, de offic. Proconf. l. 1. §. ait Prætor, de postul.*

Ad §. vlt.

Sin vero causæ vel pupillorum vel adultorum sint, vel aliorum sub cura agentium masculorum vel fœminarum: vt per tutores vel curatores, vel actores, vel eorum procuratores agantur, & eorum desidia triennium fuerit elapsum, & causa ceciderint, litem quidem nihilominus suum habere vigorem, omnem autem iacturam quæ ex hac causa oritur, ad tutores & curatores au t eorum fideiussores, heredesque & res eorum, & ad omnes quorum in hac causa legitime interest, redundare, &c.

POstremum est de his qui alieno nomine experiuntur, puta de tutoribus, actoribus, curatoribus, procuratoribus maiorum. Primum videamus de procuratoribus maiorum. si quis litem egerit per procuratorem, & procuratoris contumacia euenerit vt diceretur sententia ex eremodicio quæ rescindi nulla ratione potest, nec per appellationem: an poterit restitui lis beneficio restitutionis in integrum ex clausula generali, *si qua iusta causa, &c.* Si lis sit mortua contumacia procuratoris, non si lis omissa sit culpa procuratoris, non est ius petendi restitutionem in integrum, sed est ei qui

A causam amisit, est in procuratorem regressus per actionem mandati, vel negot. gestor. vt litis amissæ periculum præstet: pinguius succurritur pupillis, & cæteris qui consilio tutorum, vel curatorum reguntur, vel qui litigant per procuratores & actores. Tractans hic Iustinianus vltima parte de minoribus, numerat actores, tutores, curatores, procuratores: nam hi omnes possunt de iure minorum experiri. Sed quando etiam & quomodo etiam vtuntur minores opera actorum & procuratorum? cum scilicet absuturus tutor vel curator necessariæ rei causa potest actorem constituere, qui agat pupilli nomine, qui vtique cauere debet de rato cum non datus sit a domino, *l. actor, rem rat.*

B *hab. l. vn. inf. de act. a tut. dan.* procurator constituitur non a tutore, quia non est dominus, soli domini procuratores dant .i. ante litem contesta. sed post litẽ contest. tutor potest, quia contest. fit litis dominus: quia quilibet procuratot post litem contesta. potest procurat. dare, poterit tamen ea causa ante litem contesta. procuratorem constituere pupillus si præsens sit, & si fari possit tutore auctore, *l. neque, de procur. l. cum & minores, inf. si adu. rem iud.* Nunc finge: tutores vel curatores, vel procuratores, vel actores qui litem minorum agitabant, litem amisisse, & triennium lapsum fuisse, & causa cecidisse, quid fiet? duplici via succurretur minoribus, restitutione in integrum ætatis beneficio. Item succurritur eis actione data tutelæ vel nego. gestor., vel ex stipulatu, vel in factum aduersus tutores, curatores, procuratores, heredes eorum,

C fideiussores eorum, magistratus municipales, qui eos dederunt: vt ea via minor ad ius suum perueniat. Sed videtur Iustinia. significare hac vlt. parte Const. litem perimi solo triennij lapsu: nam ait, *& triennium fuerit elapsum, &c.* subijcit litem nihilominus suum habere vigorem .i. nullum habere vigorem, vt in *l. qui fundum §. seruus, pro empt. l. Alexandrinis, inf. de Decurion.* litem ergo perire: sed damnum præstari a tutoribus, curatorib. & cæteris, vel beneficium restitutionis in integrum dari. Sed quod dicit triennium elapsum, adsignificare videtur triennij lapsu solo litem interire. triennij lapsu solo perit instantia, *l. vlt. infra vt in. cer. tem. criminal. qu. term.* .i. reus relaxabitur obseruatione iudicis & iudicij, id est, iam non cogitur respondere amplius coram iudice & præsens esse in iudicio. sed tantum

D abest vt actio perimatur, vt litis contestatione perpetuetur actio quæ est temporaria, litis contestatione perpetuatur .i. prorogatur in annos 30. *l. aliam, de no. & deleg.* & actio quæ erat perpetua litis contestatione prorogatur in annos 40. *l. vlt. inf. de præs. 30. anno.* Quid igitur dicemus si ex contumacia sententia dicatur? lis omnino consumitur, quia redintegrari nulla ratione potest, nec ius est appellandi: excipitur beneficium ætatis, cum minores egerunt causas suas per alios, & hi per eorum contumaciam sunt condemnati. lis moritur cum nec est spes restitutionis, nec appellationis, *l. 2. iudicat. solui*: quæ scilicet deperdita est, sicut res dicitur mortua Plauto, quæ deperdita est. at

E cum dicta est sententia non ex edicto peremptorio, sed vtraque parte præsente, tunc tentari potest etiam sententia definitiua actionem extingui: quia nouatur actio, *l. 3. inf. de execut. rei iud.* Sed quomodo hoc? datur enim pro actione pristina, actio iudicati. Sed an actio ex actione, an lis ex lite nascitur? sed hæc actio iudicati expedita est & facillima, quoniam habet summariam cognitionem, sicut actio iurisiurandi habet summariam cognitionem: & hac de re est singularis locus in *l. minor annis 40. de minor.* Iudex pronuntiauit vt minori solueretur pecuniarium fideicommissum. minor scripsit se accepisse, & debitor iudicatus tantæ pecuniæ quasi creditæ ei cautionem fecit, & hac ratione cœpit deberi pecunia quasi

si ex causa crediti, an eo nomine potest minori competere restitutio in integrum? sic sane, quia actionem paratam ex causa iudicati nouo contractu redegit ad initium nouæ petitionis, quod est incommodum. Sic igitur tene, quod finitur actio in iudicium deducta sententia iudicis, & datur actio iudicati: qua ratione dices, actionem perimi, sed non omnino recte dices actionem perimi, quia superest restitutio in integrũ. tunc igitur proprie moritur lis cum sententia lata est ex eremodicio. Hic erit finis, si modo adiecero quod prætermisi hodie, si ante litem contest. moretur aduersarius, cum posse damnari sententia definitiua, si de re possit liquere, hac ratione restitutum fuisse ius antiquissimum: nam & iure antiquissimo litem amittebat qui vadimonium deserebat, non quidem statim, sed causa cognita & expectato aliquantum temporis absente. quæ tamen causa si videbitur stare ab absente, vtique semper pro illo iudex est iudicaturus. sic restitutum est ius antiquissimum: nā si spectamus ius quod est proditum Digestis & Codice, qui deserebat vadimonium, qui non veniebat ad litem contestandam, is tantum committebat pœnalem stipulationem iudicio sisti, quæ semper interponebatur ante litem contestatam, vel etiam iudex summatim cognoscebat de re: & si non erat euidens calumnia actoris, actorem mittebat in possessionem rei seruandæ causa, *l. 2. inf. vbi in rem actio.* Sed hæc summaria cognitio litem non consumebat: licebat enim aduersario reuerso possessionem recuperare datis fideiussoribus, & litem peragere, & ita Nouellæ restituerunt ius antiquissimum, Nou. de litigiosis, & Leonis 108.

Ad l. 14. Rem non nouam.

Rem non nouam neque insolitam aggredimur, sed antiquis quidem legislatoribus placitam: cum vero contempta sit, non leue detrimentum causis inferentem. cui enim non est cognitum, antiquos iudices non aliter iudicialem calculum accepisse, nisi prius sacramentum præstitissent, omnimodo sese cum veritate & legum obseruatione iudicium esse dispposituros, &c.

L. 14. est de iureiurando iudicis & aduocatorum. Postquam edidit Constit. Iustinia de iureiurando litigatorum, quæ est *l. 2. supra de iureiu. prop. cal. dan.* reuocat primum antiquum morem qui obsoleuerat, vt iudices priusquam iudicent se obstringāt religioni, & iurent in leges. Ascon. Ped. 2. in Verrem ait, solitos iudices iurare in leges priusquam iudicarent, & ob id in Pandectis sæpe religio iudicantis adducitur. *ad religionem*, inquiunt, *iudicis pertinet*, *&c.* iudex sententiam proferre debet pro vt religio suggesserit, quia iurabant in leges, *l. eum quem* §. *2. de iudic. l. 2. si vsusf pet.* priusquam acciperent *iudicialem calculum*. i. prius quam sorte delatam pouinciam iudicandi susciperent: sortito enim eligebantur iudices: & inde alij iudices κληρωτοὶ. i. sorte electi, alij αἱρετοὶ .i. *arbitri cõpromissarij*, *alij* κατὰ κλῆρον, alij καθ' αἵρεσιν, καὶ ἐπίσκεψιν τῆς αἰτίας: nam id declaratur his verbis postea, *ante quam primordium litis acciperent*: quod eo dicimus, quia in Const. Iustinia calculus sicut Græcis ψῆφος significat postremam sententiam iudicis. vtitur Græco loquendi modo, vocat etiam eadem ratione formam, vt Græci τύπον vocant, id est, sententiam, *l. de recep. arb. inf.* Sed hic calculus, non postremam sententiam, sed litis initium significat, & sortitionem iudicis, & hoc reducit hodie Iustinia. vt similiter iudices omnes iurent in leges, iudices omnes Romani iuris disceptatores vocat: quid est iudex? iuris disceptator. quid est iudicium? iuris disceptatio, vt Tull. ait in Top. *iudicij finis est ius*, ex quo etiam no-

Cod.

A men. monet igitur vt iudices iurent in leges. i. vt iudicent semper propositis sacrosanctis scripturis, & quasi Deo teste, idque a contestatione vsque ad extremæ sententiæ ex periculo recitationem, *l. 2. in prin. de iu. iurur. prop. cal.* cum ita rem executiunt, disceptant, definiunt, definitam recitant ex periculo, litigatoribus propositis sacrosanctis scripturis: ita omnia quæ litis sunt videntur iurati peragere, quasi præsenti diuino numine. Et hæc cum ita definit illo loco, *cum etiam ipsis magis, &c. Si quidem*, sic legendum, *litigatores causas proferunt*, legendum, *perferunt*: perferre dicitur causam iudex qui examinat, atque etiam aduocatus qui agit, *d. l. 2.* & litigator qui actionem mouet, vel etiam qui vincit, pertulisse dicitur: sicut legem pertulisse, cui adscriptum est, vti rogas, *l. cum filius*,

B *prin in. de leg. 2.* at vt intelligatur hac Constit. astringi omnes iudices, libet Iustinia. enumerare omnia iudicum genera: etiam eos enumerat qui speciem tantum iudicum obtinent: nec sunt vere iudices. primum hanc Constit. vult obseruari ab omnibus magistratibus, & maioribus, & minoribus qui imperium & potestatem habent, deinde a iudicibus, qui a principe dantur, de quibus dictum est *l. 5. hoc tit.* qui dicuntur iudices extraordinarij, *l. 2. inf. de dilat.* & a Paulo, *5. Sent. tit. 5.* qui a principe extra ordinem petuntur, tum ij qui a magistratibus dantur, iudices pedanei, iudices delegati. Item ij qui iurisdictionem aliquam habent sine Imperio, vt Duumuiri siue magistratus municipales, qui iurisdictionem ha-

C bent vsque ad certam summam: Imperium non habent, vt ait Paulus eodem loco, ea quæ sunt Imperij magis quam iurisdictionis exequi non possunt, *l. ea quæ, ad municip.* hi etiam non debent iniurati ad iudicandum accedere. Item ij qui aliqua lege confirmantur, *l. pen. de iudic.* vulgo exemplum non adferunt, sed petendum ex *l. & quia, de iurisd. omnium iud.* Hi sunt quibus magistratus mandat iurisdictionem: his enim lex iurisdictionem non detulit, sed confirmauit mandatam, & quibus lex Iulia videlicet iudiciorum priuatorum. His etiam adiunguntur qui ex recepto. i. compromisso adeuntur, quod iudicium imi-

D tatur: recipere est promittere: & ideo in Digestis tit. de receptis. i. compromissariis. Qui enim adeunt arbitrum inuicem promittunt pœnam ni arbitrio, id est, sententiæ arbitri paruerint, atque ita vinculo pœnæ ei obtemperare coguntur, qui alias non obstringerentur, & quod ait, compromissum iudicium imitari, id est interpretandum ex *l. 1. de recep. arb.* quæ ait compromissum redigi ad similitudinem iudiciorum, sed nõ vtique semper compromissum comparatur iudicio, *l. quid ergo* §. *ex compromisso, de his qui not inf.* dicite, ex iudicato infamia notari condemnatum, vt si damnetur furti, aut depositi, aut tutelæ, vel generaliter de dolo malo: sed ex compromisso arbiter infamiam non facit, etiamsi damnetur quis depositi vel tutelæ, *quia*, in-

E quit, *non per omnia sententia est*: & ob id etiam ex sententia arbitri non est actio iudicati, non est exceptio iudicati, *l. 2. de recep. qui arb. l. 1. sup. de re. arb.* sed est actio ex stipulatu pœnæ nomine in stipulationem deductæ aduersus eum qui non obtemperat arbitrio, vel est actio ex clausula doli mali, quæ etiam compromissis adiiciebatur, *dolum malum abesse absuturumque*: & si est actio ex illa clausula, est etiam exceptio doli mali: nam si sordes aut euidens gratia eius qui arbitratus est interuenerit, & ob id condemnatus nolit parere arbitrio, si conueniatur ex stipulatione pœnæ nomine, se tuebitur exceptione doli mali; *l. 3. inf. de recep. arb. l. non distinguemus* §. *cum quidam, eod. tit.* est igitur tantum actio ex stipulatu vel exceptio doli mali, non iudicati actio, vel exceptio. non licet etiam ab arbitro appellare quem elegisti, cum tamen liceat a iudice quem inuitus suscepisti:

æquo animo ferre debes eius ſententiam quem ipſe elegiſti, hoc iure non licet ab arbitro appellare, *l.* 1. *& l. non diſtinguendum* §. *& idem*, *de recep. arb.* quod tamen in Gallia non obſeruatur: nam ab arbitro appellare licet. non igitur per omnia arbiter perinde habetur: ſed quod attinet ad iuſiurandum, arbitri hac Conſtitutione iudicibus comparantur. idemque omnino ſtatuendum eſt de arbitris qui adeuntur ſine compromiſſo ex Carthag. ſynodo can. 89. & 123. Quidam ſunt arbitri compromiſſarij, quidam ſunt arbitri qui adeuntur ſine compromiſſo iureiurando interpoſito, nec enim pœnam interponunt litigatores, *l.* 3. *§. de rec. arb.* quod tamen ſuſtulit Iuſtinia. *Nou. de iudicibus*, nec voluit iureiurando interpoſito adiri arbitros, & ante eam non erant arbitri ſine compromiſſo. Quidam etiam erant arbitri qui dabantur a iudicibus ve luti arbitri fideiuſſoribus probandis cum non poteſt iudex huic rei operam dare, *l. arbitro*, *qui ſatiſd. cog.* vel arbitri rationibus excutiendis, quibus excuſſis res redibat ad iudicem *l. ſi cui*, *de cond. & demon. & l. ſi pater* §. *ſi Sticho*, *de fideicõ liber. l. ſi quis dicat*, *de manum.* Et arbitri ad reſtituenda bona ex cauſa fideicommiſſi cum eſt difficilis æſtimatio bonorum *l. cum fideicommiſſum*, *de confeſſ.* & arbitri ad diſtrahenda bona miſſis creditorib. in poſſeſſ. ad perquirenda ea bona quæ deteriora futura ſunt mora, *l. magiſtratus*, *de reb auct. iud. poſſ.* & hi arbitri poſſunt etiam dari a iudicibus delegatis. non poteſt quidem iudex datus alium iudicem dare, veluti rationibus excutiendis, fideicommiſſis probandis: quod probat *l. vlt. ſup. vbi & ap. quem cog. reſt. in int.* quidam alij ſunt arbitri qui eliguntur conſenſu communi partium, ſiue compromiſſo, ſiue iureiurando, ſiue auctoritate iudicis, ſine vinculo vllo cui impune non parent, niſi ſit forte iudex incompetens, quem tamen faciunt competentem communi conſenſu: nam ei quem habuerunt pro competente iudice cum eſſet incompetens, quem adierunt communi conſenſu non quaſi arbitrum, huic parere coguntur, *l. 1. de iudic.* ſed ſi is quem adierunt communi conſenſu quaſi arbitrum ſi priuatus ſit, ſane impune non parebunt, niſi ſententiam eius ſua ſubſcriptione confirmauerint. tunc enim obtemperare ſententiæ compelluntur, *l. pen. ſup. de recep. arb.* & ita tot fere ſunt arbitrorum genera qui iudices imitantur, quot iudicum. poſuimus quatuor arbitrorum genera, totidem ſunt iudicum: & quod diximus de arbitris, explicatur his verbis in hac *l.* cum ait, *vel qui ex recepto*, id eſt, ex compromiſſo, *cauſas dirimendas ſuſcipiunt.* hoc eſt primum genus arbitrorum, vel qui arbitrium peragunt ex auctoritate ſententiarum, vel partium conſenſu electi ſunt: delendum, *ſunt*, quibus verbis comprehenduntur alia duo genera arbitrorum qui prætermiſſo compromiſſo dantur a iudice, vel qui eliguntur communi conſenſu. confirmat §. *patroni* in illo loco, *vel apud arbitros ſiue ex compromiſſo*, *vel aliter datos.* i. ſine compromiſſo. idem etiam indicat *l. vlt. ſup. vbi & apud qu. cog. reſt.* hos omnes iudices vult iurare in leges, & iudicare rem totam ab initio vſque ad extremum terminum propoſitis Sacroſanctis ſcripturis. Adijcit de iureiurando aduocatorum, vt hi poſt litem conteſtatam iurent: & litem conteſtatam eleganter ita definit, *poſt narrationem propoſitam & contradictionem obiectam.* litis conteſtatio conficitur ex narratione actoris & reſponſione rei: poſt litem ita conteſtatam aduocati iurant ſe nihil prætermiſſuros, quod ad rem clientis pertineat, ſe liti iniuſtæ ac improbæ operam non daturos: & ſi forte ſuſceptam poſtea cognouerint talem eſſe, ex animi ſui ſententia deſerturos, qua ſola ex cauſa aduocatus ſuſceptum ſemel clientem deſerere poteſt, ſicut etiam ex contrario non poteſt cliens mutare aduocatum. Sed hoc debet intelligi ſecundum initium §. quo

A proponitur litem conteſtatam eſſe: nam hoc ordine procedit res, vt poſt litem conteſta. aduocati iurent, & poſt iuſiurandum non poteſt ipſe deſerere clientem, nec deſeritur ab illo: & quo loco hoc proponit Iuſtinia. vtitur his verbis *ſpreto.* verbum illud cruciat Accur. ſed omnes libri ſcripti auctores ſunt eſſe delendum, & Græci vocem illam prætermittunt. *μὴ ἔχοντος ἄδειαν τοῦ δικαζομένου ἕτερον δικολόγον προτρέπεσθαι.* Itaque comparatur hodie aduocatus procuratori: nam etiam procurator poſt litem conteſtatam non poteſt mutari, & tamen vt ſecus ſtatueretur in aduocato quam in procuratore erat ratio: non enim mutatur niſi ex rectis cauſis procurator: quia litis conteſtatione dominus litis efficitur, & exequitur ſuo nomine vt ait lex 11. *procurator* § 1. *de do. ma. excep. l. ab executore* §. *vlt. de ap.* B *pell. l. nulla*, *ſup. de procurat.* aduocatus non conſtituitur dominus litis, quia non experitur ſuo nomine vllo modo, ſed recitat tantum ius alienum. Itaque erat quidem ratio non mutandi procuratoris, non vero aduocati. Verum hæc Conſtit. iubet etiam non mutari aduocatum poſt litem conteſtatam, quinimo ſi vni litigatori plures fuerint aduocati, & quidam clientem deſeruerint moti forte iniquitate cauſæ, non poteſt cliens in locum illius aduocati qui reiecit clientem alium ſubſtituere, ſed cogitur eſſe contentus cæteris qui ſecus ſentiant. Verum ante litem conteſtatam in ipſo articulo inchoandæ litis non eſt dubium quin mutari poſſit procurator, & ita eſt accipienda *l. præcedens* §. *pen. l. ante litem*, *de procur.* ſicut conſtat procuratorem poſſe mutari ante litem conteſtatam qualibet ex cauſa. legem 15. expoſuimus in C *l. properandum.*

Ad l. 16. apertiſſimi.

Apertiſſimi iuris eſt, licere litigatoribus iudices delegatos, antequam lis inchoetur, recuſare, cum etiam ex generalibus formis ſublim. tuæ ſedis ſtatutum ſit, neceſſitatem imponi, iudice recuſato, partibus ad eligendos arbitros venire, & ſub audientia eorum ſua iura interponere. Licet enim ex Imperiali numine iudex delegatus eſt: tamen quia ſine ſuſpicione omnes lites procedere nobis cordi eſt: liceat ei, qui ſuſpectum iudicem putat an- D *tequam lis inchoetur, eum recuſare, vt ad alium curratur, libello recuſationis ei porrecto: cum poſt litem conteſtatam, neque appellari poſſe ante definitiuam ſententiam iam ſtatuerimus, neque recuſari poſſe, ne lites in infinitum extendantur: eodem ſcilicet executore neceſſitatem partibus per ordinarium iudicem & omne ciuile auxilium imponente, & arbitros eligere, & ad eos venire, & ſic litem appetere, quaſi arbitri fuerint ab Imperiali culmine delegati. Quod etſi ab Imperiali Maieſtate iudex delegatus non ſit, ſed ab alio culmine, obtinere cenſemus. Dat. V. Kal. Maii Conſtantin. Lampadio & Oreſte VV. CC. Conſſ.*

E L. 16. eſt de recuſationibus iudicum. iudex datus recuſari poteſt ante litem conteſtatam, etiamſi extra ordinem datus ſit a principe. princeps ipſe recuſari non poteſt. poſt litem conteſtatam non admittitur recuſatio iudicis hoc iure, quia litis conteſtatione approbari videtur iudex, & omnino in eum conſentire videntur litigatores & recuſationibus renunciare, quas forte habuerint ante litis conteſtationem, *l. vlt. inf. de ſent. & interl. om. iud.* non licet etiam vt *d. l. vlt.* & lex iſta oſtendit, appellare poſt litem conteſtatam ante definitiuam ſententiam: & hac in re comparatur recuſatio appellationi: nam recuſatio etiam non fit poſt litem conteſtatam: ſed quia nec ante litem conteſtatam appellare

pellare licet, vel a libelli citatione, vel edicto peremptorio, vel qua alia iussione iudicis emissa ante contestationem litis: Ideo distat recusatio ab appellatione: nam ante litem contestatam licet iudicem recusare, cum tamen ab eo non liceat appellare: sed iure canonico nihil interest: nam appellari potest a iudice, & ante litem contestatam & post, si quis se a iudice grauari existimet: *cap. super eo 2. de appell.* & recusari iudex potest post litem contestatam ex noua causa, vt hodie fit, *cap. insinuante, de offic. deleg. & qua in causa non admittitur appellatio, nec admittitur recusatio iudicis, d. ca super eo.* hoc iure recusatio fit. i. remouetur iudex quasi suspectus ante litem contestatam tantum, recusatio igitur non fit nisi ante litem contestatam, vt palam definitur hac constitutione: quod etiam potest confirmari ex iure canonico *ex ca. inter monasterium, de senten. & re iud.* quo Ponifex causas remouendi iudicis quasi suspecti censet iure dilatoriarum exceptionum: constat autem dilatorias exceptiones esse opponendas ante litem contestatam: ergo & causas remotionum siue recusationum quæ comparantur dilatoriis exceptionibus. Exceptiones dilatoria esse opponendas ante litem contestatam indicat *sl. 19. infra de probat. l. pen. & vlt. inf. de except. l. nemo, de iurisd. om. iud. l. sed etsi susceperit, in princ. de iudic.* cuius generis est præscriptio fori. hæc obiicienda est in ipso limine quæstionis, vt ait Symmachus in Epistola ad Theodosium loquens de procuratoria exceptione, cum dicitur procurator non iure datus aut dicitur falsus esse, quæ etiam est dilatoria exceptio & opponenda ante litem contestatam, *l. ita demum, & l. licet, sup. de procurat. l. cum filiusfam. §. veterani, l. Pomponius, eo tit. l. & ideo, de no. ap. nunc.* peremptoriæ exceptiones, veluti rei iudicatæ aut iurisiurandi, aut Macedoniani, aut Velleiani opponi possunt post litem contestatam, quia dilatoriæ exceptiones, veluti præscriptio fori ex personis descendunt: peremptoriæ ex causis & rebus: Illæ quia descendunt ex personis, initio iudicii opponendæ sunt. Iudicium cõstat ex personis his: nempe iudice, actore, reo vel procuratoribus eorum. cum igitur iudicium non possit esse sine his personis: de personis prius constituẽdum est quam iudicium inchoetur. i. lis contestetur, an iudex sit competens, quæ est præscriptio seu exceptio fori, an procurator vere sit procurator. sed cum dilatoriæ exceptiones descendant ex causis, qualis est exceptio pacti temporarij, puta si pacti sunt ne intra triennium petatur, hæc posset opponi post litem contestatam, vt quidam interpretes adnotarunt *ad l. 19 de probat.* Igitur dilatoriæ exceptiones quæ ex persona descendunt, opponendæ sunt ante litem contestatam. his comparantur causæ recusationum cum iudex dicitur esse suspectus: nam & hic de persona iudicis agitur, iudicij principe. Igitur par est ante litem contestatam expediri, suspectus sit nec ne iudex. Et quod dicitur *in capite, insinuante*, quodque probat etiam post litem contestatam iudicem recusari, id ita accipitur, si noua quædam causa suspicionis superuenerit, quæ nulla fuerit initio litis, vel quæ non fuerit litigatori explorata initio litis, tunc licet etiam iudicem datum post litem contestatam recusare, quod a iure ciuili non abhorret: nam etiamsi omnibus locis iure ciuili proditum sit, iudicem recusari debere ante litem contestatam, tamen facile hanc exceptionem admittunt, nisi quæ noua suspicionis causa interuenerit, vt si contraxerit adfinitatem cum altero ex litigatoribus, vel si alteri ex litigatoribus inimicus esse cœperit; & cum alio in iudicio criminali reum postulauerit. sed ex causa quæ nota fuit litigatori ante litem cõtestatam, postea non potest iudex recusari, quoniam litem contestando videtur ei renuntiasse, non potest litigator de

A persona iudicis queri. Olim etiam auctore Asconio ij. in Verr. reiectio, id est, recusatio, & vt est in veterum glossis, ἀποβολὴ καὶ ἀπόλυσις κριτῶν, fiebat statim post sortitionẽ ante litem contestatam his fere verbis quasi solemnibus, *Eiero illum iudicem, quia iniquus est, 2. de Oratore.* cur eiero? quia fiebat reiectio interposito iureiurando, sufficiebat iurisiurandi religio, nec erant probandæ vel adferendæ causæ suspicionum, *Cic. de petit. consulatus: vocem adiicimus iurantes se Romæ cum Græco homine certare nõ posse.* sed hodie non interponitur iusiurandum: fit enim recusatio libello porrecto iudici, & addita causa, cuius nonnumquam etiam probatio a litigatore exigitur, *l. si pariter, de lib. cau.* cuius sententia hæc est. vbi sunt mutuæ petitiones, conuentiones & reconuentiones, mittendos esse litigatores ad B eundem iudicem, *nisi* inquit, *iustam causam adferat quare ad eum mitti non debeat forte si eum iudicem, sibi inimicum esse affirmet.* & porrigitur libellus ei iudici qui recusatur, vel vt declarat lex vlt. huius tit. si iudex datus quem recusat litigator longius forte absit, nõ est libello conueniendus, potest enim tunc absentem iudicem recusare apud acta præsidis prouinciæ, si præsto sit, vel si is absit, apud acta defensoris locorum, vel apud acta Magistratus municipalis. hodie etiam hæc omnia Nouellis Iustiniani comprobantur, & hoc tamen adiectum Nouellis. LIII. & LXXXII. dari a Iustiniano litigatori cuilibet post oblationem libelli ante litem contestatam dies XX. vt proinde deliberet velitne iudiem datum recusare an approbare: nec potest lis contestari antequam dies illi XX. præterierint, C si nolit eum iudicem vnus ex litigatoribus sequi: si quæ causa suspicionis moueat vel dimoueat eum ab eo iudice. recusato autem iudice, hac Constit. & vlt. declaratur, alium dandum esse iudicem vel arbitrum: esset enim absurdum si in locum dicti iudicis non daretur alius, qua de causa is, qui recusat iudicem datum, cogitur eligere arbitros, & apud eos litigare: eligi debet hic arbiter, qui subditur in locum recusati iudicis communi consensu partium, vel si non possunt consentire in vnum iudicem, eligi debet imminente præside Prouinciæ & eos cogente vt consentiant in vnum, vel defensore locorum, vt Magistratu municipali, *l. vlt. hoc tit.* & cogitur primus qui recusauit alium arbitrum optare non inuito aduersario per executorem intra triduum post recu- D sationem prioris iudicis, per executorem eius litis scilicet qui initio litis datus est, id est, per apparitorem, non vt Accur. male ait, per iudicem delegatum cui mandata est huiusmodi causæ exactio, vulgo male, examinatio, quod imposuit Accur. sed causam exigit apparitor, & cui mandata est, causæ exactio, id est ἐκβιβασμὸς: nam & executor dicitur ἐκβιβαστής. Igitur eam exigit & exequitur apparitor, & sic recte Haloander legit *exactio.* sic apparitor dicitur executor. & in hac l. 16. *eodem*, inquit, *executore:* perperam Haloander, *in eo*, cum tamen nihil dixisset supra de executore, sed ita est interpretandum, *eodem executore* qui initio ei controuersiæ datus est, non alio. mutatur quidem iudex & recusatur, *sed executor numquam mutatur*, & ea æ- E tate qui iudicem dabat, & executorem dabat, nec enim iudex datus habebat propriam apparitionem, sed accipiebat a magistratu, & quoties res maiorem apparitionem exigebat, vtebatur apparitione magistratus, *Nou. de testibus & Nou. de duobus reis:* quinimo intra triduum post recusationem cogit litigatorem qui reiecit iudicem, executor arbitrum vel arbitros eligere consentiente aduersario. Iure canonico facta recusatione & reiectione coguntur litigatores eligere arbitros apud quos causæ suspicionum examinentur, a quibus expleatur recusatio. requiris *& cap. cum speciale, de appell. & cap.*

licet de foro compet. ſed hoc non ita eſt iure ciuili; nam non ita dicitur ex *hac l. & l. vlt.* eligi arbitros excutiendis recuſationum cauſis, qua in re forſitan abuſi ſunt auctores canonici, qui exiſtimarunt eligi hos arbitros hac conſtitutione recuſationum definiendarum cauſa, cum palam dicatur, eligi litis finiendæ cauſa. Ad ſummam, illo iure recuſatione porrecta eliguntur arbitri apud quos excutiatur recuſationis cauſa: hoc iure eliguntur arbitri recuſatione peracta agente executore litis, apud quos lis diſceptatur, a quibus etiam poteſt appellari, vt ait *l. vlt.* Ad quos vero? ad eum ſcilicet qui recuſatum iudicem dedit, quia ſcilicet hi arbitri videntur ſubditi in locum recuſati iudicis, ac pro eo habentur ac ſi eſſent dati ab eo qui iudicem recuſatum dederat, vt declarat hæc B lex 16. in fi. proinde ſi dederat recuſatum iudicem princeps, & poſtea ſi arbiter electus, videbitur datus a principe, vel etiam ſi prætor iudicem dederit, hic arbiter videbitur addictus a prætore. certum eſt autem a iudice dato appellari eum qui dedit, *l. 1. qui & a quo app.* proinde ab hoc etiam arbitro qui videbitur ſubditus ab eodem illo magiſtratu, debet appellari is qui iudicem recuſatum dederat. Dices: ſic igitur appellatur ab arbitro, quod eſt contra *l. 1. de recep. arb.* Hic arbiter addictus eſt citra compromiſſum, & eſt iudex vere, non imaginem habet iudicis, vt arbiter compromiſſarius. ſed vere iudex eſt vereque dicitur ſubditus ab eo qui recuſatum iudicem dederat. Cur igitur appellatur arbiter non iudex? quia ſcilicet communi conſenſu partium eligi- C tur, ideo arbitri nomen datur qui tamen iudex eſt, vt arbiter pro ſocio, tutelæ, & inde in *l. ex conſenſu, in prin. de appell.* arbitrum datum a Præſide ex communi conſenſu litigatorum ſi ſententiam dixerit, non poſſe impedire, quin ab eo appelletur. vnde res ita diſtingui debet: ab arbitro compromiſſario non poſſe appellari, ab arbitro dato a magiſtratu, vel ab eo qui datus eſſe cenſetur, licere appellare, licet ſumptus ſit communi conſenſu partium citra compromiſſum. Poſtremum hoc erit quod de hac re adnotari velim, recuſari tantum, vt videtur, iudices datos, iudices ſpeciales, vt ait *l. vlt.* ſunt enim ſpeciales iudices quando ſingulis litibus ſinguli iudices addicuntur, ſecundum morem antiquum, & ſic in *l. vlt. de off. præt. & l. 1 &* D *l. 5. de offic. præſ.* Præſes vel Prætor ſeipſum iudicem ſpecialem dare non poteſt. omnes loci qui ſunt de recuſationibus iudicum, loquuntur de Iudicibus datis, non de magiſtratibus, quæ res fecit, vt Bulgarus exiſtimaret, Magiſtratus non poſſe recuſari: & fruſtra in contrarium tentant ex *l. ſi pariter, de lib. cau.* etiam magiſtratum poſſe recuſari: hac ſcilicet ſpecie, quod ibi agatur de liberali cauſa, de qua cognoſcat ſolus Magiſtratus, quem tamen cognitorem palam poſſe recuſari lex definit. Sed hoc etiam eſt falſum, nam etiam iudex ſpecialis poterat dari in liberali cauſa, *l. 6. de reb. cred. & l. Pomponius, & l. inter pares, de re iudic.* fruſtra etiam adferunt *l. nemo, inf. de iuriſd.* quæ non eſt de remotione ſuſpecti iudicis, ſed de præſcriptione fori .i. cum iudex dicitur eſſe incompetens non ſuſpectus, quæ præſcriptio etiam Magiſtratui poteſt opponi, & E hæ exceptiones omnes, quas tentauit ad hanc l. adferre Bulgarus, ſunt de illa præſcriptione fori, non de recuſatione ſuſpecti iudicis, quæ duo non debemus confundere. an igitur dicemus ſolos iudices datos recuſari iure poſſe? dicemus ſolos iudices datos tantum recuſari, quia ſcilicet Magiſtratus non iudicant iure ordinario, ſed tantum iudicem dant: non eſt cauſa eius recuſandi qui iudicem dat: Magiſtratus non iudicabant, niſi extra ordinem, & vbi iudicabant extra ordinem, affirmamus eos potuiſſe recuſari ante litem conteſtatam, idque refert Nouell 96. vel etiam litigator, ſi nolit recuſare, deſiderare poteſt vt ei adiungatur collega vel Epiſcopus συνδικαστής, in Nou. XIII. & LXXXVI.

Ad l. pen. Certi.

Certi iuris eſt, quod conceſſa etiam militaribus hominibus iudicandi facultas. Quid enim obſtaculi eſt, homines, qui alicuius rei peritiam habent, de ea re iudicare? cum ſciamus, & militares Magiſtratus & omnes tales homines per vſum quotidianum iam eſſe approbatos: vt & audiant lites, eaſque dirimant, & pro ſui & legis ſcientia huiuſmodi altercationibus finem imponant Dat. K*al. Nouemb. Lampadio & Oreſte VV. CC. Conſſ.*

Lex pen. eſt aperta, ſcilicet, militares homines poſſe iudicandi officio fungi, puta Magiſtros militum, vel tribunos, inter militares viros ſcilicet; vel etiam inter priuatum actorem & reum militarem: quoniam actor ſequitur forum rei. Idem proditum in *l. pen. ſ. de iur. omn. iud.* in qua Imp. ait, ſe Magiſtris militum concedere facultatem non tantum cauſarum militarium, ſed etiam cauſarum ciuilium audiendarum. Simili loquendi forma vſus eſt Cicero in Vatinium, *Eripueras ſenatui prouincias decernendi facultatem.* & 5. Philip. *agrorum ſuis latronibus condonandi, &* Comicus in Capt. *nominandi iſtorum tibi erit magis quam edundi copia.* ſed inter priuatos nullam habent iuriſdictionem, nec inter militem actorem, & priuatum reum, *l. ij. infra, ſi a non comp. iud.*

AD TIT. DE PETITIONE HEREDITATIS.



PRIMVM notandum eſt, petitionem nihil aliud ſignificare quam venditionem, *l. 28. actio in perſonam, D. de oblig. & acti.* Sed aliam eſſe vindicationem ſpecialem, id eſt, rerum ſingularum, aliam rerum vniuerſalium *l. 1. in princ. D. de rei vind.* hæc vindicatio eſt rerum vniuerſarum, eſt enim hereditas, vniuerſitas ſiue vniuerſum ius quoddam ſucceſſionis: eſt, inquam, hæc vindicatio de vniuerſitate, veluti de hereditate, quæ eſt petitio hereditatis ciuilis, vel etiam de bonorum poſſeſſione, quæ eſt & dicitur poſſeſſoria ſiue Prætoria hereditatis petitio, vel de fideicommiſſo hereditatis vniuerſalis, quæ dicitur fideicommiſſaria hereditatis petitio, vel etiam de caſtrenſi peculio, *l. item veniunt §. non ſolum, D. de petit. hered.* quæ eſt petitio hereditatis ex Conſtitutionibus: Nam teſtamento filijfamilias militis ſcriptum patrem vel extraneum in peculio caſtrenſi Conſtitutiones Imperatorum heredem faciunt, *l. 2. §. ſi filijfam. D. famil. erciſc.* & ſcripto in caſtrenſi peculio datur petitio hereditatis aduerſus poſſeſſorem eius hereditatis, *l. filijfamilias, D. de petit. hered.* Quod ſi filiusfamilias miles teſtamentum non fecerit de caſtrenſi peculio, ſed inteſtatus obierit, peculium caſtrenſe remanet apud patrem ſuperſtitem iure patrio, ac ſi eſſet peculium paganum, & tunc bona caſtrenſia quæ pertinent ad patrem, filio inteſtato defuncto, ſi quis poſſideat, non poteſt ea vindicare pater hoc iudicio, Petitione hereditatis, ſed neceſſe eſt vt experiatur ſpeciali vindicatione, vt vindicet ſingulas res peculiares ſpeciali in rem actione. Denique patri eſt vindicatio in rem, vindicatio rerum peculiarium, ſpecialis non vniuerſalis, non ergo petitio hereditatis, non etiam vindicatio peculii. Generalis eſt quidem vindicatio gregis & armenti & equitij, nec neceſſe eſt ſingula capita vindicari, ſed in vniuerſum vindicatur grex, ſed non vindicatur ſic

sic in vniuersum peculium, sed singulas res peculiares vindicari a possessore necesse est, nec vlla de peculio vniuersalis vindicatio est, quamquam sit vniuersalis condictio, *l. vindicatio 56. D. de rei vindic.* Cur non est de peculio castrensi, quasi de hereditate petitio hereditatis, patri? quia pater ea bona occupat iure suo, iure peculii, non iure hereditario, cum filius decessit intestatus, *l. filiusfamilias 18. D. ad legem Falcid. l. 2. D. de castr. pecul.* Ex his apparet quibus casibus locus sit petitioni hereditatis.

Ad l. 1. Senatusconsultum.

Senatusconsultum auctore Diuo Hadriano auo meo factum, quo cautum est, quid & ex quo tempore euicta hereditate restitui debeat: non solum ad fisci causas, sed etiam B *ad priuatos hereditatis petitores pertinet.* 1 *Vsuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factæ, qui ante posidebat, collectas, nec non etiam fructus bonæ fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterint. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere potuerant, quam vsuras precii rerum ante litis contestationem venditarum, ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur. PP. VI. Kal. Febr. Claro & Cethego Conss.*

FVit de petitione hereditatis factum Senatusconsultum quo exprimitur quid euicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Quæ inspectio prima occurrit in hoc tractatu: Nam vbi intellexeris quibus casibus locus sit petitioni hereditatis, mox quæsieris quid in eam petitionem præter vniuersitatem veniat, & huic rei forma datur Senatusconsulto, quo declaratur quid euicta hereditate per petitionem hereditatis restitui debeat, & ex quo tempore. Id Senatusconsultum lex prima huius tituli ait, factum fuisse auctore Diuo Hadriano, id est, ex oratione Hadriani habita in Senatu, *l. si & rem 22. l. istud 40. D. de petit. hered.* Habuit Hadrianus eam Orationem per Quæstorem, quoniam *l. item veniunt 20. §. præterea hæc, D. de petit. hered.* ait Hadrianum quid de ea re fieri placeret libello complexum: Ergo per Quæstorem (qui dicebatur Candidatus Principis) vt moris erat, *l. 1. D. de offic. Quæstor.* non per se, sed per libellum recitatum a Quæstore siue candidato; & ita *Suetonius* in Augusto *cap. 65. Augustus libello per Quæstorem recitato notum Senatui fecit.* libellus igitur est oratio principis recitata in Senatu per quæstorem, quam solebat sequi Senatusconsultum congruens Orationi & consentiens. Hadrianum auctor huius Constitutionis vocat auum suum. Est igitur hæc Constitutio Marci Philosophi, non Titi, id est, Diui Pij, vt plerique codices male. Tito Hadrianus fuit pater non auus; cuius tamen Titi eadem hac de re Constitutio similis refertur in *l. si ipsa, D. quod met. caus.* Sed quamuis sit hæc Constitutio Marci Philosophi, cum Hadrianum vocet auum suum, non ideo, tamen vt quidam fecit, inscriptio legis ita est emendanda, *Imperator Marcus Aurelius Antoninus* vulgo: M. Ælius Antoninus, recte: nam & in nummis, & in lapidibus antiquis vocatur M. Ælius Adrianus.

Duæ autem sunt partes huius Constitutionis dignissimæ exacta interpretatione. Prima parte Marcus docet, Senatusconsultum illud cuius, fuit auctor Hadrianus, factum quidem fuisse in causa fiscali, fisco scilicet petente hereditatem, sed pertinere etiam hoc Senatusconsultum ad priuatorum causas, id est, quæ fisco petente hereditatem in iudicium veniunt, eadem etiam veniunt priuato petente hereditatem, *l. item veniunt §. in priuatorum, D. de petit. hered.* Ita euenerat vt fiscus peteret hereditatem, quæ res ansam præbuit Principi recitandæ Orationis, qua forma præscriberetur certa his iudiciis centumviralibus. Igitur pertinet S. Consultum ad omnes petitiones hereditatis. inducitur porro eo S. Consulto differentia inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei possessorem. Bonæ fidei possessor est, qui se existimat heredem esse, qui iustam causam habet quare bona ad se pertinere putet: Malæ fidei possessor est, qui prædonis mente res hereditarias apprehendit, qui inuasit bona cum sciret ea ad se non pertinere. Secunda pars huius Constitutionis est de bonæ fidei possessore, id est, de his quæ præstare & restituere debet bonæ fidei possessor, a quo petitur hereditas. Bonæ fidei possessor, si aduersus eum iudicetur, vsque eo duntaxat condemnatur, quo ex ea hereditate locupletior factus est ante litem contestatam. ergo damnatur restituere fructus extantes, non bona fide consumptos ante litem contestatam. damnatur restituere pretia rerum venditarum ante litem contestatam, & pretia fructuum venditorum, quæ scilicet habet, quæue in rem suam vertit, non etiam quæ male consumpsit & dilapidauit, deperdidit, donauit, dum re sua se abuti putat, quo genere non fit locupletior. Idem erit si contemplatione hereditatis quam putat sibi delatam, lautius impenderit & vixerit, *l. sed & si lege §. si quis re sua, & §. quod ait, D. de petit. hered.* Ideo, inquit, *non est factus locupletior, quod lautius contemplatione hereditatis impendit*, id est, vt Basilica vertunt λαμπρότερον, splendidius & lautius vixerit. Itaque non est mutandum in *latius.* & simili ratione, bonæ fidei possessor tenetur restituere pœnam pretii tardius soluti, quam stipulatus erat: nam quandoque venditor ab emptore stipulatur pœnam si tardius pretium soluerit: quam pœnam bonæ fidei possessor, si consequutus sit, restituere damnatur, quoniam lucrum ex hereditate fecit, & sic damnabitur restituere arras, *l. vtrum, l. sed & si lege, in princ. D. de petit. hered.* Vsuras autem pretij siue pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum, bonæ fidei possessor restituere non damnatur, quas scilicet non accepit, vel quibus acceptis non est locupletior factus, & hæc quidem ante litem contestatam. post litis contestationem longe aliter restitutio fit, quia incipit esse malæ fidei possessor: exiguntur ab eo fructus rerum non venditarum interim ex tempore litis contestatæ percepti, atque etiam percipiendi. Itaque damnatur restituere non tantum fructus quos percepit post litem contestatam, sed & quos percipere potuit, & percipere neglexit, quia pro malæ fidei possessore habetur post litem contestatam. exiguntur ab eo etiam pretia rerum venditarum ante litem contestatam, vel pretia fructuum venditorum ante litem contestatam, quod est certum; sed exiguntur etiam vsuræ pretiorum ex tempore litis contestatæ. Et in summa, pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum facta ante litem contestatam, vsuræ non currunt ante litem contestatam, sed post litis contestationem eius pecuniæ vsuræ procurrunt, vsuræ inquam semisses, *l. 1. inf. de his quibus vt indig.* quæ sunt modicæ & moderatæ vsuræ & comprobatæ a Iustiniano tam in fisci, quam in priuatorum causis. Et hæc omnia, id est, fructus & vsuras post litem contestatam præstat possessor hereditatis omnimodo, id est, siue locupletior sit factus, siue non: ante litem contestatam, ita demum si factus sit locupletior. Et hæc est sententia secundæ partis; verba hæc sunt, *vsuras vero &c. qui antea posidebat*, id est ante petitionem, & ita, Thalelæus rectissime hic. Sed si hic bonæ fidei possessor, id est qui ab initio fuit bonæ fidei possessor tempore apprehensæ possessionis, post litem contestatam res hereditarias vendiderit, quid statuendum de pretiis? nam hæc Constitutio loquitur tantum de

eo, qui vendidit ante litem conteſtatam. & hunc ait, A debere vſuras pretiorum computandas non ante litem conteſtatam, ſed a die conteſtationis tantum, & debere etiam pretia reſtituere, atque etiam fructus omnes perceptos, aut percipiendos poſt litem conteſtatam. Sed quid fiet ſi poſt litem conteſtatam, id eſt pendente lite, vendiderit res hereditarias, & pretium ex his receperit, an nihil intereſt vendiderit ante vel poſt litem conteſtatam? imo multum intereſt: quia ſi vendiderit ante litem conteſtatam, pretij tantum & vſurarum nomine tenetur a tempore conteſtationis, ſed ſi vendiderit poſt litem conteſtatam, non pretia, ſed ipſæ res venditæ, & fructus earum in petitionem hereditatis veniunt, exemplo malæ fidei poſſeſſoris, quia habetur pro prædone. Itaque curare debet, vt eas B res & earum fructus recipiat ab emptore, ſi extent apud emptorem, ſi deperditæ non ſint: vel ſi non poſſit recipere ab emptore, tantum præſtari quantum in litem petitor hereditatis iurauerit, vel ſi res ſint deperditæ vel vſurpatæ, debet reſtituere non pretium quod accepit; quid enim ſi minoris vendiderit iuſto pretio? ſed debet reſtituere iuſtum pretium rerum diſtractarum *l. item veniunt* §. *ſimili modo*, *&* §. *cæterum*, *&* §. *quid ſi poſt*, *&* §. *vlt. D. eod.* Igitur malæ fidei poſſeſſor, vel bonæ fidei poſſeſſor poſt litem conteſtatam, ſi vendiderit res hereditarias, tenetur in ipſas res & fructus earum, nec poteſt defungi præſtatione pretii & vſurarum. Verum huic ſententiæ in dicto §. *cæterum* Vlpianus opponit Reſcriptum Seueri, id eſt, opponit *l.* 1. *de his quib. vt indig. inf.* Ea lex eſt de malæ fidei poſſeſſore: nam loquitur de herede ſcripto vel legitimo, qui C reliquit inultam necem defuncti, cui fiſcus eripuit hereditatem quaſi indigno, & eſt plane hic malæ fidei poſſeſſor, quia ſcit hereditatem eam pertinere ad Fiſcum non ad ſe, cum non vltus fuerit necem defuncti: Fiſcus igitur petet ab eo hereditatem quaſi a malæ fidei poſſeſſore. recipiet ergo fructus integros etiam perceptos & qui percipi debuerunt, recipiet etiã pretium rerum diſtractarum ex hereditate poſt litem conteſtatam, & vſuras & pecuniam exactam a debitoribus, & præterea recipiet etiam pretium fructuum venditorum, qui ſunt percepti ex ea hereditate, vel qui in ea ſunt inuenti. Igitur Conſtitutio declarat, malæ fidei poſſeſſorem, vel etiam eum qui poſt litem conteſtatam vendidit res hereditarias, qui eſt ſimilis malæ fidei poſſeſſori etiamſi initio bonæ fidei poſſeſſor fuerit, D eum inquam, non teneri in res ipſas, & fructus earum, ſed in pretium & vſuras. Et ita aduerſatur ea Conſtitutio Senatuſconſulto Adriani, quo bonæ fidei poſſeſſori hoc tantum conceditur, vt pretium præſtet & vſuras a tempore conteſtationis, & non amplius. idem tamen dat Conſtitutio illa *l. prima*, malæ fidei poſſeſſori, vt pretium præſtet & vſuras, nec adſtringitur rebus præſtandis & fructibus earum reſtituendis. Rem ita diſſoluit *Vlpianus d.* §. *cæterum*, quæ diſſolutio eſt ſumme notanda, vt eo exemplo intelligatur, nobis licere quoties vrget iuris ratio, Leges & Conſtitutiones, etiamſi quid in eis ſit prætermiſſum, ſuis coaptare & coercere caſibus: Nam rem ita cenſet ſoluendam *Vlpianus*, vt dicat *eam l.* eſſe intelligendam de rebus E poſt litem conteſtatam venditis, quæ erant ſteriles, vel quæ erant tempore perituræ, quæ magis erant oneri hereditati, quam fructui: has, ſi quis vendiderit poſt litem conteſtatam, quia ea venditione cauſam hereditatis meliorem fecerit, quandoquidem hæ res onerabant hereditatem, ideo non aſtringitur res ipſas præſtare aut fructus earum, aut quanti in litem iuratum erit, ſed licebit actori eligere pretia & vſuras. Vlpianus ſic euitat eam *l.* 1. quæ valde obſtabat. Et tamen poſſet quis dicere, Vlpianum diuinare: nam quis illi dixit, eam Conſtitutionem Seueri eſſe accipiendam de rebus ſterilibus: nam de iis nullum verbum eſt in hac Conſtitutione. Qua etiam poteſtate Vlpianus eam Conſtitutionem ita interpretatur, vt tamen ſeruetur electio actori ſiue malit computationem facere rei & fructuum, ſiue pretii & vſurarum? Videtur hac in re multum ſibi tribuiſſe Vlpianus. Sed ideo notare hoc exemplum oportet quo intelligamus, vrgentibus iuris rationibus poſſe nos ita Conſtitutiones interpretari, & ſi nihil tale in legibus dicatur, vt videatur ſcriptum rationi ſeruire, non ratio ſcripto. Ex his quæ diximus reſtat hæc differentiæ inter bonæ fidei & malæ fidei poſſeſſorem: Bonæ fidei poſſeſſor non tenetur fructuum ante litem conteſtatam percipiendorum nomine, id eſt, fructuum nomine, quos non percepit, ſed percipere debuit quaſi diligens paterfamilias. horum nomine non tenetur, quia quaſi rem ſuam ſe negligere putauit: neſciuit enim hereditatem eſſe alienam, non tenetur etiam nomine fructuum perceptorum ante litem conteſtatam, niſi quatenus ex iis locupletior factus eſt. non pecuniæ redactæ ex venditione rerum hereditariarum vel fructuum hereditariorum facta ante litem conteſtatam, niſi etiam vſque eo dumtaxat, quo locupletior factus eſt. & multo minus eius pecuniæ vſuras debet, eius ſcilicet temporis ratione, quod fuit ante litem conteſtatam, Hæc de bonæ fidei poſſeſſore, & de tempore ante litem conteſtatam. Malæ fidei poſſeſſor, etiamſi locupletior factus non ſit, tenetur nomine fructuum ante litem conteſtatam perceptorum vel percipiendorum, & rebus hereditariis diſtractis ante litem conteſtatam, tenetur in res ipſas & fructus earum, niſi ſi quas diſtrahi expediat, veluti tempore perituras, aut ſteriles & inutiles, ad quem caſum Vlpianus adſtringit *l. primam*, *inf. de his quib. vt indig.* & eo caſu diximus electionem dari petitori hereditatis, vt vel reſtitui ſibi deſideret res illas & fructus, vel pretia & vſuras: quod ita ſi ſimpliciter accipiatur, videtur eo caſu durior fieri conditio poſſeſſoris electione ita ipſi petitori data. Sed dicendum eſt, diſtractis his rebus a malæ fidei poſſeſſore, quas diſtrahi expediebat, quod eſſent res parui fructus & momenti, vel breui omnino perituræ, poſſeſſorem malæ fidei tantum teneri in pretium & in vſuras, quia iuſtam cauſam habuit diſtrahendi: Non ergo adigitur præſtare res ipſas & fructus, etiamſi eligat petitor, ſed ſatis erit, ſi paratus ſit reſtituere pretia & vſuras, & id poſt motam litem vt ait dicta *l.* 1. *de his quibus vt indig.* In qua vno tenore legendum, *poſt motam litem bonorum vſuras inferat*, & virgula ponenda poſt hæc verba, vt in *l. item veniunt* §. *cæterum*, *D. eod.* Quid eſt igitur quod dicitur, electionem illam dari petitori in *d.* §. *cæterum?* non omnino ait, electionem dari petitori, illis rebus diſtractis, vt res petat & fructus, vel pretium & vſuras: ſed in illius arbitrio eſſe, vt computationem faciat, vt διαψηφισμὸν vel rei & fructuum, id eſt, & veri pretii fructuum, & rerum diſtractarum, vt Græci recte, & ex Latinis quidam interpretati ſunt, vt refert Acurſius: vel computationem faciat eius pretii, quod exigit venditor, & vſurarum, pro modo ſortis. Non poteſt igitur ab eo qui iuſta ex cauſa diſtraxit, etiamſi ſit malæ fidei poſſeſſor, petere niſi pretium & vſuras, ſed eliget quale velit ſibi pretium præſtari, verum, an conuentum, & computationem faciet aut veri pretii, aut conuenti & accepti a poſſeſſore pretii, cuius loci ratio erat valde obſcura. Nũc de tempore poſt litem conteſtatam. Poſt litem conteſtatam idem fere ius eſt bonæ fidei poſſeſſoris, id eſt, qui ab initio habuit iuſtam cauſam apiſcendæ poſſeſſionis, & prædonis ſiue malæ fidei poſſeſſoris: Nam etiamſi poſſeſſor hereditatis ab initio iuſtus poſſeſſor fuerit, id eſt, habuerit bonam fidem, ex tempore litis conteſtatæ tenetur in fructus quos percepit poſt litem conteſtatam, vel percipere debuit, exemplo malæ fidei poſſeſſoris, & rebus ab eo diſtractis

ctis post litem contestatam, tenetur in ipsas res & fructus earum, excepto superiore casu, de quo etiam intelligit *Vlpianus d. l. 1.* Hæc tamen est in hoc tempore differentia inter bonæ fidei possessorem & malæ fidei possessorem, quod rebus distractis ante litem contestatam a malæ fidei possessore, possessor omnimodo tenetur quocunque tempore in ipsas res & fructus earum: Et rebus distractis ante litem contestatam a bonæ fidei possessore, possessor tenetur tantum in pretia & in vsuras pretiorum, a tempore litis contestatæ computandas, vt hic dicitur. Subiicietur infra etiam alia differentia, in eo tempore post litem contestatam inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei possessorem. Illud prius repetendum est quod dixi, possessorem teneri in ipsas res quas distraxit, & fructus earum, possessorem malæ fidei omnimodo, bonæ fidei si eas distraxerit post litem contestatam. Id ita est accipiendum, vt possessor cogatur eas res si extent redimere ab emptore, & præstare petitori, vel quanti in litem iuratum fuerit, vel si res non extent, vt præstet earum verum pretium, *l. item veniunt. §. vlt. eod. tit.* Vt inquam verum pretium præstet, non quod accepit venditor, si forte minoris pretio vero distraxerit: sed si pluris distraxit, cogetur restituere pretium conuentum quod accepit. Atque ita est electio petitoris, vt vel sibi petat restitui verum pretium, si minoris vendiderit, vel pretium conuentum, si pluris æquo vendiderit, quod & confirmat *l. si a patre §. si præd. D. eod.* adfertur etiam in eam rem lex *post Senatusconsultum eod.* Aduertendum est nunc circa verba Constitutionis l. 1. hanc legem loqui de pecunia redacta ex venditione rerum hereditariarum. Sed an idem est statuendum in pecunia exacta a debitoribus hereditariis, & in pecunia inuenta in hereditate. quod ait de pecunia redacta ex venditione rerum, id omnino est trahendum ad pecuniam acceptam a debitoribus hereditariis, vt eius exigantur vel non exigantur vsuræ, *l. 1. De his quibus vt indig. inf. l. sed & si lege §. pretio, D. eod.* Idem in pecunia inuenta in hereditate, si eam attingat possessor, *l. item veniunt §. Papinianus, l. 62. si nauis, D. de rei vindicat.* Malæ fidei possessor vsuras debet omnimodo pecuniæ inuentæ in hereditate si eam attigerit, id est, collocauerit, vel si ea vsus ipse fuerit, non si eam non attigerit: & similiter eius pecuniæ bonæ fidei possessor vsuras debet post litem contestatam tantum, si eam attigerit, non etiam si eam non attigerit vt ex Papiniano refertur in §. *Papinianus lib. 3. quæstionum*, forsitan legendum, Sexto, qualis est inscriptio *l. si nauis 62.* in qua proponitur ea sententia Papiniani, & est satis difficilis species *d. l. si nauis*, & loquitur de malæ fidei possessore. Nam certum est malæ fidei possessorem teneri non tantum perceptorum, sed etiam percipiendorum fructuum nomine, siue ex his locupletior factus fuerit, siue non, *l. sed & si lege: §. sed & fructus, D. eod. tit.* Nunc finge: aliquis mala fide possidet nauem alienam. eam non locauit, vt ferret vecturas & naula, quæ sunt fructus locationis. potuit percipere vecturas & naula, sed noluit. possidet nauem otiosam. lex ait a malæ fidei possessore posse desiderari vecturas & naula, etiamsi nauem non locauerit. Contra opponit Papinianus de vsuris pecuniæ depositæ, vbi pecuniam depositam non oportet accipere vt sit ea, quæ alicui custodienda datur & in depositum data est, sed depositam vocat pecuniam inuentam in hereditate, quam paterfamil. deposuit præsidii causa, *l. 76. si chorus §. 1. de legat. 3.* Malæ fidei possessor huius pecuniæ inuentæ in hereditate, quam non attigit, vsuras non debet: nauis tamen quam possedit malæ fidei possessor, vel inuentæ in hereditate fructus debet, id est vecturas, & si eam non locauerit nec attigerit, hæc sunt contraria. Nam inquit, & vsuræ & vecturæ eadem est conditio, neutrum prouenit natura, id est, neutrum percipitur ex ipso cor-

A pore naturaliter, sed iure percipitur, id est, vsuræ non percipiuntur ex ipso corpore, sed iure percipiuntur ex obligatione locati conducti: Vtrumque igitur percipitur ex obligatione, iuris non naturæ beneficio, id est, non ex ipso corpore, vel nauis, vel pecuniæ: Cur tamen nauis, quā non attigit malæ fidei possessor debet vecturas, pecuniæ quam non attigit, vsuras non debet? Ratio differentiæ hæc est: quia pecunia collocatur periculo dantis, periculum nominum debet agnoscere qui collocauit: Nam si forte debitor qui pecuniam accepit, non sit soluendo, possessor cogetur eam pecuniam domino restituere siue vero heredi. Cur enim bonum nomen non fecit? At nauis locatur periculo domini, si nulla culpa subsit: vt si tempore non opportuno nauigationi eam locauerit, in culpa est; sed si opportuno tēpore locauerit, est extra culpam. Et si nauis naufragio perierit, an periculum nauis pertinet ad

B possessorem? Non. sed perit domino, non possessori. Denique possessor pecuniam collocat suo periculo, nauem locat periculo domini: Igitur non est possessori imputandum, si pecuniam non collocauerit, quia id facere nō poterat sine suo periculo: id facere nō poterat, quin agnosceret periculum nominū, nec est culpandus, qui noluit se in periculum iniicere, & ideo pecuniæ otiosæ vsuræ ab eo non exiguntur: Nam fuit causa relinquendæ pecuniæ otiosæ, ne incideret in periculum nominum. Aliud est in naue, quam non locauit. Non est reprehendendus maxime possessor qui non fecit quod potuit facere sine suo periculo, quia domino, non sibi possidet, & si periisset nauis, domino, non sibi periisset. Igitur nauis otiosæ vecturæ, quas percipere potuit, ab eo exiguntur, licet eas non attigerit, non perceperit. Præterea loquitur hæc Constitutio de lite

C contestata, vt etiam Senatusconsultum Hadriani, quia tunc incipiunt scire possessores omnes hereditatem ad se non pertinere, & vt ait lex *si quid possessor. §. pen. D. eod. tit.* loquens de bonæ fidei possessore, post litem contestatam & ipse prædo est. Idem iuris erit, si possessor sciuerit a se hereditatem peti, vel petitum iri ante litem contestatam, puta admonitus denunciationibus, vel Literis, vel Edictis, vt est scriptum in Senatusconsulto, in quo illa fit differentia inter denunciationem, Edicta, & Literas, vt fit a *Paulo lib. 5. tit. 5. & l. cum vero 26. §. euocari, D. de fideicommiss. libertat.* Igitur etiamsi nondum sit lis contestata cum bonæ fidei possessore, sed denunciatum id sit, a tempore denunciationis computabuntur vsuræ pretii redacti ex venditione facta ante denunciationem. ab eodem

D etiam tempore denunciationis computabuntur fructus percepti & percipiendi, & sic non tantum post litem contestatam, sed & post controuersiam motam omnes possessores pares fiunt, & pari modo tenentur, id est, omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, *l. sed & si lege §. si ante, D. eod. tit.* Lis non est antequam contestetur, sed est controuersia, vt in *l. 4. & 5. D. eod.* Dicimus omnes fieri malæ fidei possessores non tantum post litem, sed & post controuersiam motam ante litem & rem in iudicium deductam. Atque ita quod hac Constitutione & Senatusconsulto dicitur de lite contestatā, interpretatione producitur ad motam controuersiam, quod plerisque locis Iuris nostri vsui

E esse potest, vt in *tit. de vsur. & fruct. legat.* dicitur toto titulo, vsuras & fructus legatorum aut fideicommiss. deberi ex tempore litis contestatæ: quia scilicet ex eo tempore mora certo contrahitur. An ergo dicemus ex eo tantum tempore semper deberi vsuras & fructus legatorum? Minime: Nam & citius potest contrahi mora ante litem contestatam. Ergo quod dicitur in illo titulo de lite contestata, producemus etiam ad controuersiam motam: Ita vt dicamus, vsuras legatorum deberi ex die interpellationis, & denunciationis ante litem contestatam, quia ex eo tempore mora con-

trahitur. Hoc ita possumus audacter interpretari, cũ videmus Iurisconsultos & hanc Constitutionem, & Senatusconsultum producere ad controuersiam motam. Plus dico, id etiam esse producendum ad eum qui non admonitus, non denunciatus, aliqua ratione resciuit se hereditatem alienam possidere, & eam & bona ad se non pertinere: Nam hoc etiam casu ex eo tempore eadem computantur, quæ hæc Constitutio dicit esse computanda ex tempore litis contestatæ, quia cœpit esse malæ fidei possessor, *l. item veniunt* §. *quid ergo si scit*, *& l. sed & si lege* §. *de eo*, *D. eod.* Ob id non est probanda sententia Accursii hic, qui putat differentiam esse inter petitionem hereditatis, & rei vindicationem specialem, quia, inquit, in petitione hereditatis veniunt fructus ex die denunciationis & controuersiæ motæ, & si lis non sit contestata in rei vindicatione, veniunt fructus tantum ex lite contestata. falsa est differentia. comprobat tamen eam *l. certum 22. de rei vindic.* Ea lex loquitur de vindicatione speciali, & dicit fructus vniuersos venire, id est tam extantes quam consumptos post litem contestatam. Ideo ita concludit, ergo in rei vindicatione fructus tantum veniunt ex lite contestata, non ex denunciatione: falsam esse collectionem apparet ex interpretatione Senatusconsulti: Nam Senatusconsultum ita loquitur, vt veniant lucra omnia, & ea quæ percipi debuerunt a lite contestata. Sed sicut Senatusconsultum porrigitur ad denunciationem & controuersiam motam, cur non porrigatur dicta lex *certum* ad controuersiam motam, nulla est ratio.

Conclusio igitur hæc sit, & post litem contestatã, & post controuersiam motam, omnes possessores pares fieri: sed hoc ita restringendum est, vt pares fiant in his quæ dolo vel culpa accidunt, vt si quid negligentia sua prætermiserint, non tamen sunt pares in his quæ fato accidunt: Nam bonæ fidei possessor, id est, qui ab initio habet bonam fidem, si iumenta vel pecora hereditaria, vel si ancillæ aut serui moriantur post litem contestatam, casum hunc & mortalitatem non præstat: Malæ fidei possessor qui fuit initio, mortalitatem præstat quæ contigit post litem contestatam, cum scilicet si mature restituisset hereditatem, ea mancipia verus heres, esset distracturus: & obiiciet verus heres, si mox restituisses, mox ipse distraxissem; quæ est altera differentia inter bonæ fidei possessorem, & malæ fidei, quæ proponitur in *l. illud*, *D. eod. tit.*

Ad l. 2. Si post.

Si post motam controuersiam Menecratis bonorum partem dimidiam Musæus ab herede scripto quæstionis illatæ non ignarus comparauit: tam ipse quasi malæ fidei possessor, quam heredes eius fructus restituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquiorem esse liquido probetur: ex eo die fructus restituantur, ex quo lis in iudicium deducta est. Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest. Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum iure conuenitur. Datum Kalend. *Iul. Seuero A. 11. & Victorino Conss.*

Sciendum est, eum tantum teneri petitione hereditatis, qui pro herede vel pro possessore possidet. hæc est certa regula iuris. Pro herede possidet qui putat se heredem esse; vt scriptus testamento, quod ruptum nescit. pro herede etiam possidet qui sciens falso profitetur se heredem esse: atque ita de hereditate contendit cum actore. Actor intendit se heredem esse, idem possessor intendit per mendacium, habetur pro herede. Pro possessore autem simpliciter possidet fur & prædo, qui nullam potest dicere causam possessionis, qui interrogatus cur possideat, non habet quod respondeat nisi, quia possideo, vel per mendacium contendit se heredem esse, sed nulla causa allata: Ideo tantum se dicit possidere quod possideat, quasi petito principio, isque tenetur petitione hereditatis, *l. 7. hic, l. pen. infr. in quibus causis cessat longi temporis præscriptio.* Is qui possidet pro emptore, vel pro donato, vel pro legato, vel pro dote, non tenetur petitione hereditatis, quia scilicet non controuersatur de hereditate, & non potest recte consistere hoc iudicium de hereditate, nisi cum eo qui de hereditate controuersatur. Ideo necesse est vt is cum quo agitur de hereditate, possideat vt heres, non vt emptor, vel vt donatarius: nam si possideat vt emptor, & actor aduersus eum intendat se heredem esse, nulla inde potest existere lis: nam emptor fatebitur etiam illum heredem esse, & se emptorem. Qui rem deducit in iudicium, ait se heredem esse; hoc non inficiatur is vnde petitur, nulla existit igitur lis. Non potest itaque inter eum qui petit hereditatem, & eum qui possidet pro emptore consistere petitio hereditatis, sed agendum est in illum speciali in reactione, quæ est de dominio, Nouella περὶ δεσποτείας. Nam verus heres actione in rem speciali dicet se dominum esse rei ab alio emptæ. Idem contendet alter qui possidet pro emptore. erit controuersia de dominio: Nam & actor & reus vindicabit dominium, quo genere lis constituitur, quæ tamen ita non potest constitui, cum is qui litem mouet dicit se heredem, possessor emptorem. Denique non potest esse petitio hereditatis, nisi inter eos qui de hereditate inuicem controuersantur. Is autem qui possidet pro possessore, cum nullam adferat causam possessionis, & velit tamen litigare, id est, nolit restituere actori hereditatem, facere videtur controuersiam hereditatis; nullam causam adfers possessionis, & tamen litigas, videris ergo mihi obstare sine causa. Et ideo hic etiam tenetur petitione hereditatis, quasi faciat controuersiam hereditatis sine causa. Nunc videamus quid sit dicendum, si quis emerit alienam hereditatem. Qui emit ex hereditate res certas quas pro emptore possidet, non tenetur petitione hereditatis, vt dixi; sed si emerit hereditatem alienam, & si sciens emerit, an possumus dicere hunc teneri petitione hereditatis: quasi possideat pro possessore, quasi sit prædo? Non: quia emptio hereditatis alienæ valet. Igitur vere pro emptore possidet, licet sciens rem alienam emerit, & ideo non tenetur petitione hereditatis, nec habetur pro prædone. Non enim est prædo qui pretium numerauit, si modo & venditio valeat, *l. nec vllam 13.* §. *si quis sciens*, *D. de petit heredit.* Diuersum erit si quis sciens emerit alienam hereditatem de qua erat lis inter duos: nam hæc emptio ipso iure nulla est, *tit. de litigiosis.* Rei litigiosæ emptio nulla est, & ideo non potest possidere pro emptore, cum nulla sit emptio, & licet pretium numerauerit, videbitur possidere pro possessore, atque ideo tenebitur petitione hereditatis nam prædo intelligitur esse qui contra leges mercatur, *l. 7. de agricolis, & censi. lib. 11.* Et ita qui sciens emit a furioso, quia ipso iure nulla est emptio, cum sit facta contra leges, videtur possidere pro possessore, & tenetur petitione hereditatis. Pro possessore hæret omnibus titulis, ut ait *l. 13. nec vllam* §. *1. D. eod.* Nam omnis titulus potest recipere possessionem pro possessore: Vt in superioribus exemplis titulus pro emptore contra leges accersitus & quæsitus recipit possessionem pro possessore. Et sic titulus pro donato, vt si quæ a marito donatum acceperit, quæ donatio est contra leges, id videtur pro possessore possidere, non pro donato: Item titulus pro dote, vt si quis ab impubere acceperit sciens esse impuberem, quæ nondum potest esse iusta vxor, nec ideo est dos ante legitimam ætatem, id igitur quod datum est, quasi dotem possidebit maritus: & cum dos non sit, hoc possidebit non pro

pro dote, sed pro possessore. Sic igitur omnes tituli possunt recipere possessionem pro possessore, & hi qui ita possident pro possessore tenentur petitione hereditatis. Fingas igitur speciem *legis 2.* Titius possidebat hereditatem defuncti ex testamento: petebat eam hereditatem Caius ab intestato quasi rupto vel irrito facto testamento. nondum finita lite, siue controuersia inter Titium & Caium, igitur post motam controuersiam, Titius possessor hereditatis Philippo vendidit partem bonorum eius hereditatis. post motam controuersiam, vt dixi, de hereditate, vel post motam litem, nihil enim refert, quia scilicet hereditatem siue rem litigiosam facit non litis metus, non comminatio litis, *l. 8. §. 1. De de alienat. iudic. mutan. caus. fac.* non controuersia de hypotheca, *l. 1. de litigiosis, inf. & l. 2. de distract. pignor. inf.* non denuntiatio venditionis impediendæ causa, *l. 1. de litigios. inf. & l. 1. in pr. D. de litigios. l. 1. de pignor. inf.* Sed lis contestata rem litigiosam facit. Is qui contestatur, rem litigiosam facit, imo & controuersia mota, *l. vlt. D. de litigios.* vt si denunciata sit lis, si dies iudicio conditus sit, si Literis aut Edictis euocatus sit aduersarius: hæc denunciatio siue euocatio, rem litigiosam facit, quia initium est actionis, & ita in Senatusconsulto de petitione hereditatis, petita hereditas intelligitur non tantum si lis sit contestata, sed etiam si denunciatus sit, & in iudicium vocatus aduersarius. Titius ergo partem bonorum, de quibus erat lis, siue controuersia, vendidit Philippo. ergo nulla est venditio, cum sit facta contra leges, quæ vetant rem litigiosam vendi & alienari: ex quo consequitur, Philippum haberi pro prædone, atque adeo teneri petitione hereditatis; quod initio huius legis proponitur. Possidet enim pro possessore qui emit partem bonorum de quibus erat lis, emptio enim nulla est, nec vere potest niti titulo pro emptore, vt ait lex, tenetur non tantum ipse qui sciens emit bona litigiosa, sed & heredes eius, *d. l. nec vllam §. Neratius.* Quia vitium defuncti transit in heredem, vitium possessionis, successorem culpa sui auctoris comitatur, vt & virtus siue fides auctoris aut defuncti comitatur successorem, *l. 11. vitia, inf. de acquir. & retin. possess. l. cum heres 11. D. de diuers. & temporal. præscript.* Summa hæc sit: Philippum heredibus teneri petitione hereditatis, quod videatur qui emit post motam litem cum alio, de hereditate, bona quæ comparauit possidere pro possessore, ex quo etiam efficitur eum teneri omnium fructuum nomine: Nam in petitione hereditatis veniunt fructus omnes quocumque tempore percepti, siue ante aditam hereditatem siue post accesserint, *l. 20. item veniunt §. fructus, D. eod.* & siue ante litem contestatam, siue post accesserint, maxime in prædone: sed & in bonæ fidei possessore, cum ex perceptis ante litem contestatam locupletior factus est. In prædone autem siue locupletior factus fuerit, siue non. Item restituendi sunt a prædone cuiuscumque temporis fructus, non tantum percepti, sed & qui percipi debuerunt. At quid si Philippus partem eam bonorum emerit priusquam Titio fieret controuersia hereditatis, quæ emptio valet, quia res non erat litigiosa, quid de fructibus fiet? An hic etiam Philippus fructus omnes restituere debet? Et ait Constitutio eum tantum teneri nomine fructuum perceptorum vel percipiendorum post litem contestatam. Fructuum ante perceptorum vel percipiendorum nomine non teneri. hoc proponit prima pars huius legis.

Secunda parte huius constitutionis adfert rationem differentiæ illo loco, *fructibus enim augetur hereditas, &c.* Ratio differentiæ hæc est, quia priore casu, cum Philippus emit bona litigiosa, Philippus tenetur petitione hereditatis: Petitio autem hereditatis est bonæ fidei, & actionibus bonæ fidei ipso iure accedunt augmenta rei, de qua agitur, *l. non est, inf. famil. ercisc.* Ideo in actionem familiæ erciscundæ veniunt augmenta hereditatis, quod sit bonæ fidei, *l. item veniunt, §. item non solum, D. eod.* In petitione hereditatis non tantum veniūt ea quæ mortis tempore habuit defunctus, sed etiam quæ post accreuerunt hereditati, quia hereditas augmentum & deminutionem recipit: & qui dicit, si paret hereditatem Lucii Titii meam esse, vindicat etiam fructus, quia fructibus augetur hereditas. Sequitur, *cum ab eo possidetur a quo peti potest*, puta ab eo qui possidet pro herede vel pro possessore. Denique in petitione hereditatis veniunt augmenta, quia hereditas petitur, quod nomen augmentum recipit. veniunt itaque fructus, quia peti videntur fructus quocunque tempore percepti aut percipiendi, cum in prædonem agitur. Sed cum quis vere emit, vt cum emit bona non litigiosa, cum partem bonorum emit antequam moueretur venditori controuersia hereditatis, hic emptor non tenetur petitione hereditatis, sed tantum tenetur in rem actione speciali, quæ est stricta, in eam augmenta non veniunt, sed corpora tantum singula: Veniunt quidem augmenta post litem contestatam officio Iudicis: nam officio Iudicis addicti iudicio stricto, congruit vt deducat in condemnationem quæ reus post litem contestatam percepit, *l. Ædiles 25. §. item sciendum, de ædilit. edict. l. si rem 73. D. de procurat.* In iudiciis strictis officium Iudicis nihil pertinet ad augmenta, quæ accesserunt ante litem contestatam. Igitur in actione in rem speciali, quæ est stricta, non veniunt fructus nisi post litem contestatam, & percepti ante litem vindicantur separatim speciali actione, si extent, vel si consumpti sint, sunt condicendi a malæ fidei possessore, a bonæ fidei possessore consumpti non condicuntur, *l. mala fide, inf. De condict. ex leg. l. certum 22. inf. de rei vindic.* Igitur ante litem contestatam speciali in rem actione fructus qui percepti sunt vindicari quidem separatim, aut condici possunt, sed si non vindicentur, nec condicantur, in rei vindicatione officio Iudicis non veniunt, quod stricta formula coerceatur: Et hi tantum veniunt qui post litem contestatam percepti sunt, aut percipi debuerunt. Is igitur Philippus qui emit ante litem, non tenetur petitione hereditatis cum possideat pro emptore, sed tenetur singularum rerum nomine speciali in rem actione: Ideo in iudicio non veniunt nisi fructus percepti post litem contestatam. & hoc est quod sequitur: *emptor autem qui proprio titulo*, id est, speciali titulo pro emptore munitus est. titulus est causa possessionis, vt recte definiuit Theophilus, sicut in *l. seq. hoc tit.* titulus actionis est causa actionis, & proprium titulum possessionis sequitur propria actio, id est, qui speciali titulo possidet, speciali actione tenetur, non vniuersali. Igitur rei vindicatione, non petitione hereditatis. *Emptor*, inquit, *aut qui proprio titulo munitus est*, qualis est titulus eius qui emit ante litem motam de hereditate. *etiam singularum*: illud (*etiam*) male vexauit interpretes, sed non includit, sed excludit petitionem hereditatis, ac si diceret, emptor hic qui vere possidet pro emptore, non conuenitur petitione hereditatis, vt is qui possidet pro possessore, sed singularum quarumcumque rerum iure conuenitur. Conuenitur ergo nō petitione hereditatis, sed speciali in rem actione. Et ob id in hoc iudicio veniunt tantum fructus ex tempore litis contestatæ. In superiori iudicio, quod est bonæ fidei iudicium, id est, petitione hereditatis, qua tenetur qui emit post litem, veniunt fructus ante litem percepti, aut percipiendi. Et hæc differentia inter iudicia stricta & bonæ fidei apparet etiam alia in re, & in eadem quæstione fructuum. Si agatur petitione hereditatis, fructuum venditorum ante petitam hereditatem, pretia cum vsuris præstanda sunt, quia sci-

licet petita videntur ea pretia: petita hereditate peti- A ti videntur item fructus, proinde sequentur vsuræ officio Iudicis, *l. si heres*, §. *vlt. D. eod. l. eum qui 18. D. de his quæ vt indig.* & hoc, vt dixi, cum agitur iudicio bonæ fidei, id est, petitione hereditatis: Nam si agatur stricto, nec debentur vsuræ pretii fructuum venditorum post litem contestatam, quia fructus illi siue pretium eorum veniunt officio Iudicis, accedunt officio Iudicis, & obuenientis ita accessionis non potest esse alia accessio. Igitur fructuum obuenientium officio Iudicis vsuræ non præstantur, ne sit accessionis accessio, & ne officio iudicis succedat mox aliud officium. non debentur etiam pretii fructuum venditorum ante litem contestatam vsuræ, si condicantur a malæ fidei possessore. Ita loquitur *l. neque 15. de* B *vsur.* quæ alioqui videbatur pugnare cum *l. heres*, sed vna est de actione bonæ fidei, id est, petitione hereditatis, altera de stricti iuris actione, id est, de condictione, & in hanc non veniunt fructus præteriti: Ergo nec vsuræ. At in actionem bonæ fidei veniunt etiam fructus præteriti natura actionis: Ergo & vsuræ fructuum, siue pretii fructuum venditorum ante litem contestatam veniunt officio iudicis: fructus veniunt iure & natura actionis, vsuræ veniunt officio Iudicis ex mora. Sic igitur ex postrema parte huius legis concludam: eum qui possidet pro emptore heredemve eius, siue sciens, siue ignorans rem alienam, non teneri petitione hereditatis, sed teneri in rem actione speciali, id est, singularum rerum nomine quas emit. Tentari potest eum teneri in hac specie petitione hereditatis, non quidem directa sed vtili saltem, quia C scilicet emit partem dimidiam hereditatis, & qui emit hereditatem, licet pro emptore possideat, tenetur vtili petitione hereditatis, *l. nec vllam* §. *quid si quis* & §. *si quis sciens alienam.* Primum vt respondeamus, dicta *l. nec vllam* loquitur de eo qui emit totam hereditatem. hæc l. de eo qui emit partem, & non partem dimidiam hereditatis, sed bonorum, inter quæ duo vocabula multum interest, sicut multum interest vtrum legetur pars bonorum, an hereditatis. Hereditatis nomine significatur ius: Bonorum non item, *l. 8. in fine & l. 9. D. de legat. ij.* Quare ponendum est, quamuis dicat, eum emisse partem dimidiam bonorum, eum non emisse partem hereditatis, sed res plurimas, quæ conficiebant partem dimidiam bonorum, & præterea emptor etiam here- D ditatis, id est, assis, non tenetur vtili petitione hereditatis, tenetur non semper, sed in subsidium tantum, d. §. *quid si quis*, ne singulis iudiciis vexetur petitor, vt recte Glossa docet ad dictum §. *quid si quis*, cum venditor non extat, vel cum paruo vendidit, & fuit bonæ fidei possessor, qui ad id tantum tenetur quo factus sit locupletior. ne omnis res vero heredi pereat, æquum est vt manum possit porrigere aduersus emptorem assis, sed nos de hoc emptore hic non tractamus, sed de emptore partis rerum siue bonorum, qui & si emptor hereditatis esset, non teneretur, ne vtili quidem petitione hereditatis, nisi in subsidium, id est, cum non posset res seruari a venditore. Itaque lex omnino vult etiam hunc emptorem teneri spe- E ciali in rem actione, emptorem scilicet rerum singularum heredemue eius non petitione hereditatis. Sed huic definitioni obstat *l. nec vllam* §. *heredem, D. eod.* Nos dicimus, eum qui possidet vere pro emptore valente emptione, non teneri petitione hereditatis, nec heredem eius. Heredis enim eadem solet esse conditio, quæ defuncti. §. *heredem*, ait, heredem teneri petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possidebat: & addidit rationem, quasi scilicet pro herede ille heres possideat: & vtique pro herede possidet omnia, quæ defuncti morte obuenerunt, sed non possidet quasi heres venditoris, quod erat spectandum, sed quasi heres emptoris. & subiicit, quamuis etiam hic heres vtique teneatur earum rerum nomine quas defunctus pro herede vel pro possessore possedit. Vt breue faciam; Species est: Caius defunctus ex hereditate Titii possidebat res quasdam pro herede vel possessore, & alias quasdam pro emptore; heres eius certe tenetur petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus possidebat pro herede, vel pro possessore, sed adiicit, constare inter omnes Iurisconsultos eum etiam teneri earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possidebat. & ita heres defuncti non tantum tenetur earum rerum nomine, quas defunctus possidebat pro herede, vel pro possessore, sed etiam earum nomine, quas defunctus pro emptore possidebat, quia & has quas pro emptore defunctus possidebat, ipse videtur pro herede possidere, quasi scilicet heres Titii, non quasi heres emptoris, ex regula illa, Heres heredis, est heres testatoris, vt puta existimans & has res quas possedit defunctus pro herede vel pro possessore, & illas quas pro emptore, defunctum possedisse eodem iure, quasi ex hereditate Titii. Igitur quasi eas possideat pro herede, id est, vt heres Titii, non vt heres emptoris. Igitur secundum opinionem eius, constat earum rerum nomine etiam teneri petitione hereditatis. sed ex eo male colligitur, eum qui possidet pro emptore teneri petitione hereditatis: nam ea non possidet pro emptore, sed pro herede, putans esse ex hereditate Titii heredis testatoris. heres heredis heres est testatoris. Dilucidius explicabo §. *Heredem*, legis, *nec vllam*, *D. De petit. hered.* quem merito habent omnes pro difficillimo. Certissimi iuris est, eum qui res quasdam ex hereditate aliena emit & possedit pro emptore, vel heredem eius, non teneri petitione hereditatis: Sed huic sententiæ obstat valde ille §. *heredem.* Ait enim, heredem etiam earum rerum nomine quas defunctus pro emptore possedit, teneri petitione hereditatis, quasi possideat pro herede, & id constare inquit. id tradit ille §. pro certo & explorato, quod nobis videtur incertum & aduersus certissimam iuris regulam, *constat* inquit, quod Græci συνωμολόγηται, quod est verbum proprium Iurisconsultorum, quo significatur rem non esse controuersam, quod Cicero pro Flacco respiciens ad Iurisconsultos, *Constabat inter omnes*, inquit. & hoc etiam frequenter vsurpant alii, *Colum. lib. 1. cap. 1.* Hoc vero magis dubitationem mouet, quod dicat, constare heredem teneri petitione hereditatis eius rei nomine quam defunctus possedit pro emptore, & subiicit rationem, quasi pro herede possideat, id est, quia videtur eam rem possidere ipse heres pro herede. Tentabam autem responderi hoc modo posse, vt si quod defunctus Titius possedit pro emptore, id heres eius existimauerit possedisse Titium pro herede, atque ita ipsum id possidere quasi heres eius cui Titius heres extiterat, cuiusque hereditas modo tenebatur secundum istam regulam iuris, Heredis mei heres, est meus heres, *l. 6. & l. vlt. de heredib. instituend. inf.* & *l. heredis 65. D. de verb. signif.* Tum vero propter eam opinionem quam animo concipit heres, vt teneatur petitione hereditatis earum rerum nomine, quas defunctus possedit pro emptore, nedum earum, quas possedit pro herede & pro possessore, & ita Hugolinus sensisse videtur. Sed hæc interpretatio non est recipienda. Nam sicut opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis, si quid possederit defunctus ex aliena hereditate pro herede vel pro possessore, & id nescierit heres eius, & alia opinione id possederit: Sicut inquam opinio heredis non facit quo minus teneatur petitione hereditatis, *l. nec vllam* §. *Neratius:* Ita opinio heredis non debet facere quo magis teneatur

neatur petitione hereditatis, si quid defunctus possedit pro herede. Spectanda enim est potius opinio defuncti quam opinio heredis, opinio heredis opinionem defuncti non excludit, heres succedit in opinionem, in fidem, in vitia defuncti, l. *cum heres*, *D. De diuers. temporal. præscript.* Non est igitur spectandum quid senserit heres, sed quid defunctus senserit, & vti possederit. Porro possedit pro emptore, ergo nec ipse tenetur petitione hereditatis, nec heres eius, cuius persona videtur eadem. Alij dicunt quorum opinionem retulit Accursius, vt eius rei nomine quam Titius pro emptore possedit, heres Titij teneatur petitione hereditatis, quia eam possidet pro herede, id est, quasi heres Titii, quasi obuenerit hereditate Titii. Sed quis non videt ineptam esse hanc rationem: necesse enim est vt iure conueniatur petitione hereditatis, vt possederit quasi heres eius, cuius de hereditate agitur, sed non ita possidet quasi heres eius, cuius hereditas petitur, sed quasi heres Titii. Hic ergo titulus, pro herede non subiicit illum petitioni hereditatis, quia est pro herede Titii, non pro herede eius cuius de hereditate agitur. & præterea licet quod possedit defunctus Titius pro emptore, heres eius possideat pro herede, id est, quasi heres Titii, tamen & id possidet etiam pro emptore vt defunctus. & pro herede, quia est heres defuncti, *l. 3. ex pluribus*, *D. de acquir. possess.* Vnde colligitur in eo §. differentia inter dominium & possessionem; Nam dominii vnus tantum potest esse titulus; Possessionis plures possunt esse; id est dominium ex vna tantum causa contingit, & qui iam factus est dominus, non amplius dominus fieri potest: Possessionis plures sunt causæ, vt rem alienam quam emptor vsucepit, idem emptor post vsucapionem possideat pro emptore, quia emit, & pro suo, quia vsucepit. Possessionem habet ex duabus causis, dominium ex vna tantum, id est, ex vsucapione. Et similiter heres eius qui rem possidebat pro emptore, etiam eam possidebit pro emptore, quia auctor eius defunctus, emit & pro herede, quia heres est emptoris. Sic igitur possidet etiam eam rem heres Titii pro emptore, & hæc causa possessionis est potius spectanda, cum congruat opinioni defuncti, quæ in his causis semper præualet. Ea igitur interpretatio etiam explodenda est. Alii vt Bartolus, existimant in specie eius §. *Heredem*, heredem emptoris teneri petitione hereditatis vtili, de qua tractatur in præcedentibus §§. eius *l. nec vllam*, non directa, sicut defunctus. Ita cum ante dixit, eum qui possidet pro emptore teneri vtili petitione hereditatis, subiicit in §. *Heredem*, heredem eius teneri vtili petitione hereditatis. sed circumscribimur, nisi animum aduertamus. nam vt qui possidet pro emptore teneatur vtili petitione hereditatis, id tantum aceptum est in emptore vniuersitatis *dicta l. nec vllam. §. quid si quis, & §. si quis sciens alienam.* Paragraphus *Heredem*, non loquitur de emptore vniuersitatis, sed certarum rerum emptore. Is nec directa nec vtili petitione hereditatis tenetur, ergo nec heres eius. emptor is solus tenetur qui emit assem, *l. 2. §. pen. D. de heredit. vel act. vend.* Verior interpretatio, quam & Græci secuti sunt, hæc est, vt hoc voluerit Iurisconsultus & constiterit inter omnes Iurisconsultos, vt si sit controuersia de hereditate defuncti inter heredem testamentarium & legitimum, legitimo petente hereditatem ab herede scripto quasi testamento rupto vel irrito facto, heres scriptus teneatur petitione hereditatis, non tantum omnium rerum nomine quas possedit defunctus, siue possedit eas pro herede, siue pro emptore & alio titulo, id est, vt in eam hereditatis petitionem veniant, non tantum res propriæ defuncti, sed etiam res alienæ, quas defunctus pro herede vel pro possessore possedit: & non hæ tantum res alienæ quas possedit pro herede, sed etiam cæteræ res alienæ quas defunctus possedit pro emptore, vel alio titulo. Ponendum est igitur heredem legitimum petere hereditatem a scripto, & constare hoc casu inter omnes, in petitione hereditatis venire non tantum res testatoris proprias, sed etiam alienas quas quocumque titulo testator possidebat. & id dicitur in *l. non tantum 19. D. eod. tit.* in petitione hereditatis venire etiam eas res quarum nomine Publiciana competit, puta res alienas quas defunctus possidens pro emptore nondum vsucepit. Vnde hæ positiones duæ constituantur: Heres Titii, eius rei nomine quam Titius possedit pro emptore non tenetur petitione hereditatis. Constituatur & altera illi contraria: Heres Titii, eius rei nomine quam Titius possedit pro emptore, tenetur petitione hereditatis: Vtraque positio est vera: Prior est vera, cum est controuersia de hereditate aliena, ex qua res quasdam Titius pro emptore possedit; earum enim nomine, nec Titius, nec heres Titii tenetur petitione hereditatis. Posterior positio est vera, cum est controuersia de hereditate Titii in qua sunt res quædam alienæ, quas Titius pro emptore possedit. Nam earum nomine, heres a Titio scriptus tenebitur petitione hereditatis legitimo heredi, qui contendit aut nullum, aut ruptum esse testamentum, & ita ab intestato ab herede scripto vindicat hereditatem.

Ad leg. 3. Hereditas.

Hereditas matertera petita non infringit alterius hereditatis petitionem, quæ venit ex alia successione. Sed & si quæstionis titulus prior inofficiosi testamenti causam habuisset: iudicatæ rei præscriptio non obstaret eandem hereditatem ex alia causa vindicanti. PP. V. Id. Aug. Geta & Plautiano Conss.

Species est. Mortua matre, Titia ei heres extitit ex Senatusconsulto Orfitiano ab intestato, sed matertera Titiæ, id est soror defunctæ matris, omnem hereditatem omniaque bona sororis possedit. matri heres exstiterat filia, sed filiæ matertera possidebat omnia bona pro herede, vel pro possessore. matertera diem functa est relicto extraneo herede: Titia aduersus heredem scriptum testamento materteræ egit querela inofficiosi testamenti, quod in testamento materteræ prætermissa esset. egit ergo petitione hereditatis de inofficioso. Nam certum est querelam inofficiosi testamenti esse petitionem hereditatis de inofficioso testamento, id est, petitionem hereditatis, cui adiuncta est hæc causa inofficiosi testamenti, *l. si quis filium, de inoffic. testam. sup. l. 20. D. De inoffic. testam. l. pen, §. sed quemadmodum, D. De bonor. possess. cont. tab.* Et hoc aperte comprobat hæc l. 3. eum qui agit querela inofficio si testamenti vindicare & petere hereditatem ab intestato. Cum autem egisset Titia aduersus heredem materteræ petitione hereditatis de inofficioso, victa est: & merito, quia querela inofficiosi testamenti datur tantum liberis & parentibus non cognatis ex latere vltra fratrem, *l. 1.* D. *De inoffic. test.* Nunc eadem Titia quæ priori iudicio petitionis hereditatis victa est, vult rursus agere petitione hereditatis maternæ de bonis maternis, quæ possedit matertera, & heres materteræ possidet. An quod eadem actione rursus agat repelli possit exceptione rei iudicatæ? Non: quia scilicet licet eadem sit actio: est tamen de bonis aliis, & ex causa alia. prior petitio hereditatis fuit de bonis materteræ. posterior est de bonis maternis. nihil commune habent materteræ bona cum bonis matris; prioris petitionis hereditatis causa fuit inofficiosi testamenti: Posterioris causa est Senatuscon-

fultum Orfitianum, quo filius fuccedit matri ab inte- A ftato. Nemo prohibetur petere hereditatem ex diuerfis caufis, vel vt hic dicitur, titulis. Non idem eft titulus harum actionum, ergo non confumit alia aliam, caufa actionis, vt titulus poffeffionis eft, & caufa poffeffionis, *l. 4. de contrah. empt. vendit. inf.* non poffe duplicari titulum, id eft, caufam poffeffionis, non accipio, poffeffionis, pro dominio, vt hic accipitur, fed proprie. Et fi id accipio proprie, ita id videtur falfum; quia mox dicebamus, poffeffionis plures titulos effe poffe, dominii vnum tantum ex *l. 3. §. ex pluribus. de acquirend. poffef. D.* Sed in ea fpecie legis 4. poteft duplicari titulus poffeffionis, cum quis rem fuam mihi donauit, & hæc iam mea eft effecta. Si & eandem emi ab herede donatoris non duplicatur titulus poffeffionis, quia emptio rei fuæ nulla eft. B hic igitur nec dominium duplicatur quod regulare eft, nec poffeffionis caufa, *vt in l. 7. infra. eod. tit. de contrah. emp.* Poteft quidem multiplicari poffeffionis titulus, fed hæc fpecies hoc non patitur. Et ita quod Diuus Ioannes vocat Titulum τίτλον, qui fuit cruci Domini fuperpofitus, Diuus Lucas ἐπιγραφὴν, Diuus Matthæus vocat αἰτίαν, id eft, *caufam fupplicij*, & Diuus Marcus ἐπιγραφὴν τῆς αἰτίας, id eft, *Titulum caufæ illatæ pœnæ.* Hic igitur titulus nihil aliud eft quam caufa actionis, qui fi fit diuerfus, eadem actio iteratur recte: nec obftat exceptio rei iudicatæ, quia fcilicet non eft eadem res, cum caufa actionis fit eadem, & quidem caufa proxima, vt ait lex 27. *cum de hoc, D. de excep. rei indic.* Quid vero vocat caufam proximam actionis? C Caufa proxima actionis eft, quæ eft peculiaris & propria actionis, Ariftoteles lib. 8. Metaphyficorum *cap. 4.* tractans de prima caufa: δεῖ δὲ τὰ ἐγγύτατα αἴτια λέγειν, τίς ἡ ὕλη, μὴ πῦρ, ἢ γῆν, ἀλλὰ τὴν ἰδίαν, id eft: *Si quis quæfierit quæ fit materia hominis, debet adferre proximam caufam, non dicere materiam effe ignem, materiam effe terram:* nam quæ eft propria, ea eft proxima. Propria autem materia hominis funt menftrua, fanguis menftruus. Sic etiamfi rem vindicem quafi mihi legatam ex teftamento, vindicationis huius caufa quidem propria eft, legatum, Ergo proxima caufa communis eft dominium. ergo hæc eft remota caufa: non igitur caufa remota eadem, eandem actionem facit, fed caufa proxima fi fit eadem, eadem actio eft; fi fit diuerfa, diuerfa eft actio, licet nomen fit idem actionis. At cum D quis egit petitione hereditatis de inofficiofo, poftea non prohibetur agere petitione hereditatis ab inteftato, ex Senatusconfulto Orfitiano, quia non eft eadem actio, cum caufa proxima fit diuerfa: & fimiliter qui egit petitione hereditatis de inofficiofo, etfi non obtinuerit, non prohibetur poftea agere petitione hereditatis de iniufto teftamento, vel etiam vtramque petitionem fimul proponere poteft, non vtramque tamen exequi, ne fecum ipfe pugnet. Nam qui inofficiofum dicit, valere dicit, fed refcindi poftulat. qui iniuftum dicit, non valere dicit. Verum debet eligere vtra prius experiri velit, & vna fi ceciderit, reuerti ad alteram, *l. contra, de inoffic. teftam. fup. l. Papinianus §. fi quis & irritum, D. eod. tit.* Et fimiliter, fi egerit petitione hereditatis de falfo, fi de crimine falfi teftamenti egerit E nec obtinuerit, non prohibetur agere poftea petitione hereditatis de inofficiofo, vel petitione hereditatis, de iniufto teftamento, *l. 47. Lucius, D. de petit. hered. l. eum qui C. de inoffic. teftam. l. fi ita quis promiferit §. vlt. D. de verbor. obligat.* & fimiliter fi quis cum heres non effet petierit hereditatem, atque ita non obtinuerit, poftea heres factus fi petat hereditatem, non repelletur etiam exceptione rei iudicatæ, quia eft petitionis noua caufa. primæ petitionis nulla erat caufa, quia heres non erat, fecundæ eft caufa noua, igitur recte iteratur, *l. fi is qui heres 25. D. de excep. rei iudic.* & eadem omnia obtinent in rei vindicatione, in fpeciali in rem actione: Nam fi quis vindicauerit hominem ex caufa emptionis adiecta caufa quod fit traditus, & venditus, & non obtinuerit, poftea non prohibetur vindicare alia adiecta caufa, puta quod mihi fit donatus. non mutatur quidem actio, fed mutatur caufa proxima actionis, quod fufficit ne actor fummoueatur exceptione rei iudicatæ: & fimiliter fi cum non effet dominus vindicauerit & repulfus fuerit, poftea nactus dominium ex noua caufa eandem rem rurfus rectiffime vindicabit, *l. fi mater 1. §. denique, & §. feq. & §. eandem, D. de except. rei iudic.* nec tamen idem erit fi rem vindicet fimpliciter. nam hoc cafu nullo modo ex præterita caufa eandem rem vindicare poterit. poterit quidem ex noua, fed non ex alia præterita caufa, quia prima vindicatione quam inftituit fimpliciter non adiecta caufa, deduxit omne dominium in iudicium, quodcunque & vndecunque acquifitum. aut igitur vindicat non adiecta caufa: aut adiecta caufa. priore cafu non poteft ex alia caufa (nifi nouiffime acceſferit) iterum eandem rem vindicare: pofteriore cafu poteft ex alia caufa etiam antiquiore, eandem rem vindicare. Sed his tamen obftat *l. fi patronus ex minore, D. de bon. libert.* quam objicit Accurfius in *d. l. Lucius, & d. l. eum qui.* is qui egit de falfo teftamento, poftea non prohibetur agere de iniufto teftamento, quia mutatur caufa quæftionis, titulus controuerfiæ. Secus eft in fpecie iftius *l. fi patronus.* Nam fi patronus qui erat fcriptus ex minori parte quam legitima, egerit de falfo teftamento, nec obtinuerit, poftea non poteft agere vt fuppleatur legitima, petita fcilicet bonorum poffeffione contra tabulas, fiue petitione hereditatis poffefforia, ex caufa bonorum poffeffionis contra tabulas, per quam patrono expletur legitima portio. Cur ita non licet patrono tranfire ad aliud? ratio eft, quia illi de quibus egimus fuperius, nihil ex teftamento captant, id omnino cupiunt euertere, modo ex caufa falfi, modo ex caufa inofficiofi: fed hic patronus captat lucrum ex teftamento quod oppugnauit accufans falfi, nec expugnauit. captat lucrum, quia captat portionem fibi relictam teftamento, & præterea fibi eam fuppleri defiderat, cuius defiderij indignus eft vt potiatur, quia teftamentum nifus eft euertere, & ideo *l. fi patronus*, ait eum repelli vt indignum a bonorum poffeffione contra tabulas.

Ad legem 4. in reftituenda.

In reftituenda hereditate compenfatio eius habebitur, quod te in mortui infirmitatem, inque fumptum funeris bona fide ex proprio tuo patrimonio erogaffe probaueris.

Lex 4. ait, eum vnde petitur hereditas, poffe in compenfationem deducere id quod de fuo bona fide impendit in defuncti infirmitatem, vel in fumptum funeris. & recte de fuo propter verbum compenfationis: compenfat enim proprie poffeffor hereditatis quod de fuo impendit, imputat quod de hereditate impendit; & ita in quæftione legis Falcidiæ differentia eft inter imputare & compenfare, *l. filium, famil. ercifc. inf.* imputo in Falcidiam quod de hereditate iure hereditario fumo, compenfo in Falcidiam quod iure legati a coherede fumo, cui viciffim rogatus fũ portionem meam reftituere. nec imputo, nec compenfo in Falcidiam, fed id habeo fupra Falcidiam, quod iure legati a coherede accipio, cui viciffim nihil reftituere debeo. & ita in *d. l. filius*, fubtiliter feparatur retentio & ibi, *retenta*, id eft imputata, a compenfatione, *compenfato*, proprie non vt quidam pro imputato. Nam etfi quod cõpenfatur imputari dicatur generali vocabulo, *l. fi quid poffeffor 31. D. hoc tit.* Tamen quod imputatur numquam dicitur compenfari: nec enim hoc fert vocabuli

vocabuli significatio. Compensatio enim non est nisi fiat vltro citroque contributio sui & alieni. Imputatio fit etiam sine contributione sui & alieni, vt cum quid ex hereditate sumpsi & hereditati reputo siue imputo. Compensat enim possessor hereditatis quoscunque iustos sumptus quos fecit de suo propter onera hereditaria, vt in *l. sorori 6. §. vlt. D. si pars heredit. petat. l. heres 51. & l. si quid possessor §. sicut, D. de petit. heredit.* & fit omnium harum impensarum compensatio ipso iure, sine officio iudicis, quia petitio hereditatis est bonæ fidei, *l. vlt. in fin. hoc tit.* Quin & hodie in omnibus actionibus siue bonæ fidei siue strictis, receptum est compensationem fieri ipso iure sine officio iudicis. non desideratur ergo exceptio doli mali, *l. plane 38. D. hoc tit.* Attamen videtur desiderari in *l. vtiles 39. & l. hereditas §. 1. eod.* Quibus tamen respondendum est ex *l. vlt. eod. tit.* etiam. si non proponatur exceptio doli mali, compensationis iure, satis per officium iudicis consuli, *l. vlt. D. de petit. heredit.* Loquitur hæc lex 4. de bonæ fidei possessore, quia de suo sumptum fecit bona fide in funus defuncti, vel in curationem defuncti cum ægrotaret. Sed idem videtur admittendum etiam in malæ fidei possessore; vt quod pietatis ratione impendit circa personam defuncti & infirmitatem, aut funus, id compenset petitori hereditatis, & eo nomine habeat actionem negotiorum gestorum, vel funerariam quæ imitatur actionem negotiorum, *l. & si quis §. idem Labeo, versic. & quid si testator, D. de religios. & sump. funer.* quasi videatur qui propter funus sumptum facit cum defuncto contraxisse, *l. 1. de religios. & sumpt. fun.* Præter hos sumptus, etiam compensat malæ fidei possessor sumptus necessarios & vtiles factos in res hereditarias, si modo eis locupletior facta sit hereditas, ne ex iactura malæ fidei possessoris, verus heres lucrum sentiat, sed non compensat sumptus necessarios & vtiles factos in res hereditarias, quibus hereditas melior facta non est, *l. plane 38. D. de petit. hered.* non compensat etiam vel imputat voluptuarios, *l. vtiles 39. §. vlt. D. eod.* bonæ fidei possessor imputat voluptuarios siue compensat, & bonæ fidei possessor compensat etiam cæteros sumptus licet res non extet in quam facti sunt & consumpti, id est, quamuis inde non restituatur locupletior hereditas, *d. l. plane, & l. vtiles.* & hæc tantum in hac ratione compensationis est differentia inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem.

Ad l. 5. De hereditate.

De hereditate, quam bona fide possidebas, si contra te pronuntiatum est, in restitutione eius detrahetur, quod creditoribus eiusdem hereditatis exoluisse te bona fide probaueris. Nam repeti a creditoribus qui suum receperunt, non potest.

Lex quinta docet, compensari etiam id quod possessor hereditatis de suo creditoribus hereditariis soluit. loquitur de vero debito, id est de eo quod vere hereditas debebat creditoribus. indebitum enim si possessor hereditatis soluerit, id non imputat, non deducit, non compensat; sicut si indebitum exegerit, non restituit, non imputat, *l. item veniunt §. sed & si Senatus, D. de petit. hered.* cui tamen obstat *l. quod si possessor 17. eod. tit.* Species est: Possessor hereditatis ex testamento heres scriptus, legata testamento relicta aut fideicommissa soluit: post euicta ei est hereditas ab intestato, ab herede legitimo quasi testamento imperfecto aut rupto, ex quo apparuit indebita fuisse legata quæ soluit. plane igitur in hac specie possessor hereditatis indebitum soluit, cum postea apparuerit intestatum fuisse defunctum. Ait lex *quod si possessor*, possessorem hereditatis id quod soluit reputaturum petitori hereditatis, & ex retentione rerum hereditariarum sibi satisfacturum. Igitur possessor, quod indebitum soluit reputat petitori. Ab Accursio quatuor adferuntur solutiones. hæc est perspicua, vt dicamus in ea specie possessori id indulgeri vt reputet quod soluit indebitum legatum: propterea quod quantum in se fuit paruit voluntati testatoris, & quia pietatis officio functus est, æquum est vt id reputet petitori. Itaque §. *sed & si Senatus*, intelligi debet de eo qui ex alia causa indebitum soluit, vt hic non reputet, non si indebitum soluat ex testamento, & ex præcepto defuncti, puta legatum aut fideicommissum. sed & hoc casu, cum soluit indebitum legatum, aut fideicommissum ex testamento quod putabat valere, ita demum imputat & compensat indebitum quod soluit, si cedat vel si paratus sit petitori cedere condictionem indebiti, quam habet aduersus legatarios aut fideicommissarios: Nam sane condictionem indebiti habet, cum indebitum errans soluerit, id est, existimans valere testamentum; hanc si cedat petitori hereditatis, solutum petitori hereditatis reputabit, *d. l. quod si possessor, & l. quod si in diem §. pen. & vlt.* & procedit hoc indistincte siue de suo soluerit indebita legata siue de hereditate, vt apparet ex *d. l. quod si in diem §. pen. & vlt.* Semper enim quod soluit petitori siue vero heredi imputat, modo cedat condictionem indebiti. Superiore etiam casu qui est casus huius leg. 5. cum possessor hereditatis verum debitum soluit creditoribus hereditariis non distinguitur, vtrum soluerit de suo an de hereditate: semper enim id quod soluit creditoribus hereditariis vel imputat vel compensat. Multum tamen interest, vtrum verum debitum soluerit possessor hereditatis suo nomine, an hereditario nomine, puta defuncti nomine, aut veri heredis nomine, quod attinet scilicet ad condictionem indebiti: quod soluit, vt dixi, imputat semper petitori, sed non condicit semper ei cui soluit. Nam distinguendum est, vtrum soluerit creditori hereditario, suo an hereditario nomine: si enim hereditario nomine, non habet condictionem indebiti, quia creditores suum receperunt nomine debito, id est, hereditario. Condictio indebiti non est aduersus eum qui suum recepit, licet is qui soluit id non debuerit, sed alius, modo soluerit qui non debebat nomine veri debitoris, vt hoc casu, nomine hereditario, *l. repetitio 44. l. quod nomine 8. l. seruus cuiusdam 36. in fin. D. de condict. indeb.* & in hac *l.* Ait enim, *de hereditate quam bona fide*, &c. Ponendum est ex supradictis legibus eum soluisse hereditario nomine, & ideo non habere condictionem indebiti, quia vero nomine soluit & veris creditoribus, etiamsi ipse non debuerit. Inde fit vt verus heres qui est verus debitor liberetur, quia eius nomine solutum est siue hereditario: Et vt etiam verus heres possessori hereditatis teneatur actione negotiorum gestorum cum de suo soluit, si non vtatur reputatione. vel igitur quod soluit hereditario nomine possessor, reputabit aut compensabit, vel id repetet actione negotiorum gestorum, quia verum heredem liberauit, *l. vlt. D. de negot. gest. & l. vlt. hoc tit.*

In his speciebus, fere vbi est reputatio, est & actio negotiorum gestorum cum quis de suo soluit: nam & cum prædo sumptus fecit, quibus aucta est hereditas, non tantum eos potest reputare, sed etiam repetere negotiorum gestorum actione, *l. 6. si pupilli §. sed & si quis negotia, D. de negot. gest.* Quid tamen dicemus si possessor hereditatis creditoribus hereditariis soluerit suo nomine, non hereditario, suo nomine, inquam, quasi ipse debeat? & constat eum habere condictionem indebiti, quia suo nomine soluit, & ipse non debuit. & est sic accipienda *l. in summa 65. §. vlt. l. si pœna 19. §. 1. D. de condict. indeb. l. 5. inf. de condict. indeb.*

In qua etiam ponendum est, eum cui datur condictio A indebiti, soluisse suo nomine, licet lex dicat eum soluisse vt successorem patris: nam fieri potest, vt qui omnino putat se heredem esse, soluat suo nomine, vt ait *l. si quid possessor 31. D. de petit. hered.* quæ hoc declarat expressim vt soluerit suo nomine, atque etiam *l. cum quis 38. §. de peculio, D. de solution. & l. 2. inf. de his qui in prior. creditor. loc. suc.* Et consequenter hoc casu cum possessor hereditatis soluit suo nomine, verus heres idemque debitor non liberatur, quia nomine eius solutum non est, non liberatur ipso iure, sed liberatur per exceptionem doli mali, cum creditores suum receperint, *l. si quid possessor.* Qua etiam ratione dicemus petitorem hereditatis possessori teneri actione negotiorum gestorum, cum vel per exceptionem liberatus sit. Itaque possessor hereditatis, vel B quod de suo soluit repetet actione negotiorum gestorum, quia verum debitorem liberauit, vel per exceptionem. cum suo nomine soluit, vel siue de suo, siue de hereditate soluit, id petitori reputabit: nam vtroque casu, id est, siue soluerit hereditario nomine, siue suo, quod soluit imputat petitori, sed posteriore casu, id est, cum soluit suo nomine tantum, ita demum id quod soluit imputat petitori, si modo cauerit defensum iri petitorem, vt explicat *d. l. si quid possessor, D. de petit. hered.* Hoc merito exigit cautionem alia in re. Sed ita demum imputat si cedat condictionem indebiti quam habet dicta *l. si quid possessor.* Et hæc est vetus distinctio Accursij verissima. quam qui neglexerunt Stella, Zazius, & alii complures, dici non potest quam sint ridiculi. sed quæ leges dant condictio- C nem indebiti, sunt accipiendæ de possessore hereditatis, qui soluit suo nomine. quæ denegant, sunt accipiendæ de possessore hereditatis qui soluit alieno nomine, id est, hereditario nomine, nec hac in re vllus est labor. Distinctio confirmatur superioribus legibus, & ea vtimur in plerisque aliis quæstionibus, etiamsi non adscribatur legibus. Græci etiam non animaduertentes ad hanc distinctionem, vaticinantur, intelligentes hanc l. 5. quæ denegat condictionem indebiti possessori hereditatis, in herede scripto, cui est euicta hereditas per querelam inofficiosi testamenti, quæ est petitio hereditatis, vt scilicet hic heres scriptus, quod soluerit creditoribus hereditariis non condicat, quia vere debuit. Iustum enim fuit testamentum, licet id postea resciderit querela. Itaque interim vere debuit heres, vere fuit heres obligatus creditorib. heredi- D tariis, & soluit denique vere, quod debuit. Et sane liquido constat in hac specie, denegandam esse condictionem indebiti, possessori hereditatis. sed nihil est necesse ad hanc speciem hanc legem 5. adstringere, in qua nihil est quod nos cogat ad hanc speciem, sed tantum supplendum est ex aliis legibus. Generaliter eum qui soluit hereditario nomine, non habere condictionem indebiti, quia soluit non suo nomine, sed vero nomine, quia creditores suum receperunt, hoc non est satis: Necesse est enim vero nomine recipiant, vt recipiant hereditario nomine: nam secus tenentur condictione indebiti. Loquitur autem etiam hæc lex de bonæ fidei possessore. rectissime: nam quod attinet ad condictionem indebiti, aliud statuendum est in malæ fidei possessore, quia ille nullo casu habet condictionem indebiti: sciens enim soluit se non debere se alienam E hereditatem possidere. Igitur superior distinctio non est admittenda in malæ fidei possessore, reputatione tamen vtetur. reputabit quod soluerit malæ fidei possessor, etiam quocumque nomine soluerit, & siue de suo, siue de hereditate soluerit. Hac tamen lege & conditione, si modo caueat a se petitorem hereditatis defensum iri aduersus creditores hereditarios, cum suo nomine soluit: nam suo nomine soluendo non liberabit verum heredem, verum debitorem. Igitur est integra actio creditoribus hereditariis aduersus verum heredem, licet suum receperint, quia non a vero debitore receperunt. qua de causa, ne verus heres cogatur & pati reputationem a possessore, & pati actionem creditæ pecuniæ a creditoribus hereditariis. Æquum est, vt malæ fidei possessori, qui suo nomine soluit, non aliter permittatur quod soluit imputare creditoribus quam si cauerit petitori vero heredi aduersus creditores hereditarios se defensurum verum heredem, *d. l. si quid possessor.* Sed bonæ fidei possessor non oneratur hac cautione. satis est si velit reputare quod soluit etiam suo nomine, si cedat condictionem indebiti quam habet, petitori hereditatis, *d. l. si quid possessor.*

Ad leg. 6. Si putas.

Si putas non iure tutores datos nepotibus tuis, quod eos dicas in tua esse potestate, petere ab his hereditatem filij tui emancipati non moreris, cuius commodum, ad te pertinere dicis: iudice statuturo an a præsidialibus actis discedendum sit, qui eis tutores dedit, cum in tua potestate negaretur esse.

Facile licebit hodie peruenire vsque ad leg. penul. Ac primum quidem legis 6. species est. Quidam filium emancipauit, & nepotes ex eo retinuit in potestate, quod iure potuit facere, *l. liberum 28. D. de adoptionib.* Nepotes vero perinde ac si essent sui iuris, a Præside Prouinciæ cum essent impuberes, tutores sibi dari petierunt, & acceperunt mortuo patre superstite auo, vt scilicet per eos tutores administrarentur bona paterna. his qui sunt in potestate iure non dantur tutores, vt tutelæ definitio indicat. *Tutela est potestas in caput liberum*, id est, in hominem sui iuris. excipitur tantum vnus casus in *l. vlt. de sentent. passis inf.* valde elegans & notandus, quo filiusfamilias habet tutorem: sed filiusfamilias regulariter non indiget tutore, vel qui est in potestate parentis. hi tamen nepotes ac si essent sui iuris tutores acceperunt, atque ita se gesserunt pro liberis, & hereditatem paternam pro herede possederunt. Contra auus qui contendit eos in sua potestate esse, & ideo eis tutores inutiliter datos, & sibi adquisitum commodum hereditatis filij sui patris eorum per nepotes, petit eam hereditatem a nepotibus quasi sibi adquisitam per nepotes, qui manserunt in eius potestate. At dices: quomodo per nepotes potuit auo adquiri cum non adierint iussu eius? Imo potuit acquiri auo hereditas per nepotes citra iussum iure prætorio, ratihabitione scilicet, si auus ratam habeat eam hereditatem quam nepotes citra iussum eius agnouerunt. Iure enim prætorio iussus parentis non requiritur, & sufficit ratihabito, *l. 4. D. de acquir. hered.* Quin etiam ex Constitutionibus, si nepotes eam hereditatem diu possederint sciente & non repugnante auo, videntur eam agnouisse & adquisisse auo, *l. si filiusfamilias, inf. hoc tit.* quæ est de filiofamilias, & ait filiumfamilias qui diu possedit hereditatem sibi delatam, tacente scilicet & non contradicente patre, eam agnouisse videri: & ideo eius commodum patri acquisiuisse, & patri competere petitionem hereditatis: sicut ex diuerso si hereditatem delatam filiofamilias pater ipse diu possederit non repugnante filio, etiamsi filius non adierit eam hereditatem, videtur eam pater admisisse & adquisisse ex Constitutionibus, *d. l. 6. §. 1. de acquir. hered.* Et ita auus in hac specie, licet non iusserit nepotes adire hereditatem paternam, tamen vel quia ratam habet agnitionem hereditatis factam a nepotibus, vel quia diu passus est nepotes esse in possessione hereditatis: ideo iure contendit eius hereditatis emolumentum sibi esse adquisitum, ac proinde iure ab eis petit hereditatem. Dices; imo non iure,

re, quia eos ponit esse in sua potestate : lis autem nulla est cum eo qui est in nostra potestate, *l. 4. D. de iudic.* Imo si qua lis a me fuerit contestata cum eo qui erat sui iuris, & pendente lite fiat mei iuris, puta adrogatione, moritur lis, soluitur iudicium, *l. 11. si a me, D. de iudic.* Quomodo igitur potest auus petitione hereditatis consistere aduersus nepotes, quos ait esse in sua potestate ? hoc necessario admittitur cum liberi qui sunt re vera in potestate, sunt in possessione sui iuris. Cum ita filius est in possessione sui iuris, cum eo pater vel auus iure litigat, sicut licet cum seruo nulla sit actio, tamen si seruus sit in possessione libertatis, cum eo est actio : & ideo auus recte in hac specie a nepotibus hereditatem petit. Ait autem lex, eum qui de hereditate cognoscit inter auum & nepotes cogniturum etiam de statu, id est, an nepotes sint in potestate necne : Nam ex huius quæstionis definitione pendet finitio quæstionis hereditariæ, & plerumque iudex tuebitur dationem tutorum, & habebit nepotes pro liberis, id est, sui iuris, maxime si auus eos sit passus diu vt patresfamilias bona paterna administrare per tutores : videtur enim eos tacite emancipasse. Tacita emancipatio recepta est constitutionibus, *l. 1. inf. de patr. potest l. post mortem 25. ff. de adopt.* Igitur iudex hereditatis prius de eo cognoscet, sint nepotes in potestate petitoris necne, ac deinde de hereditate pronuntiabit quæ petitur. Itaque qui cognoscet de hereditate, & de statu cuius quæstio incidit, cognoscere potest, vt in *l. 3. sup. de iud.* & *l. 1. sup. de ordine iudicior.* Et huc pertinet lex 8. *huius tit.* vbi ait, *liber necne fuerit, &c.* disquiri debere a iudice hereditatis. Ergo iudex hereditatis cognoscit de incidente quæstione status, & quidem de hac quæstione status quasi præiudiciali, cognoscit, vt ait priori loco, non etiam pronuntiat, sed hac quæstione discussa, pronuntiat de principali, id est, de hereditate, *l. 2. inf. de ordine cognition.* Et necesse quidem est, hoc prius a iudice disquiri, sit aduersarius sui iuris an alieni, id est, sit reus in potestate petitoris an non, vel etiam fuerit testator ex cuius testamento petitur hereditas, liber an seruus : Nam si seruus fuit, non potuit heredem habere, *l. seruus, inf. comm. de success.* quæ est coniungenda huic legi 8. simul & legi *Arrianus, inf. de liber. caus.* In his tribus legib. quæ ex vna constitutione manarunt, eadem est inscriptio. debet etiam in omnib. ita subscriptio restitui, *Data Nonis Aprilibus Sirmij Cæsaribus Consulibus*, & vt aptissime coniungantur, ita ponenda est species. Arriano quidam facit controuersiam status eum vindicans in seruitutem, & non obtinuit: & ita Arrianus liber est pronuntiatus. Deinde Arrianus mortuus est relictis duobus heredib. Asterio & Philippo. is qui Arriano fecerat controuersiam status, erat Leonides quidam. Idem Leonides de statu defuncti rursus egit aduersus Philippum vnum ex heredib. non recte egit, quia iam ante egerat cum Arriano & succubuerat. Non opposuit tamen Philippus exceptionem rei iudicatæ, sed collusorie causam egit Philippus, & in fraudem Asterij coheredis sui passus est se vinci : Quæritur an hæc res officiat Asterio ? minime. Res acta inter Leonidem & Philippum, & quæ inter eos in confessionem venerunt Asterio non officient, non si Philippus confessus sit testatorem seruum fuisse, non possunt mutare statum libertatis, nec nomen substantiæ defuncti, id est, non possunt mutare nomen hereditatis Arriani in nomen peculij. Et ideo erit integrum Asterio agere petitione hereditatis, in quo iudicio tamen priore loco disceptabitur, an Arrianus liber fuit necne : An lusorie egerit causam Philippus, an Leonides idem de statu iudicium iterauerit, & quidem priore loco, quia si seruus fuit, successores habere non potest, *l. 3. D. de verbor. obligat.*

Cod.

A

Ad legem 7. Hereditatis.

Hereditatis petitione quæ aduersus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, præscriptione longi temporis non summoueri, nemini incognitum est : cum mistæ personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A cæteris autem, tantum specialibus in rem actionibus vindicari posse, manifestum est, si non agentis intentio per vsucapionem, vel longum tempus explosa sit.

POnit duas differentias inter petitionem hereditatis & actionem in rem specialem. Petitione hereditatis is tantum tenetur qui pro herede aut pro possessore possidet, vt dictum est *l. 2. supra.* Hic delenda
B est ratio quam retulit Accursius, quam probant interpretes, & improbant veriorem, quam idem attulit in *l. pen. inf. in quib. caus. cessat longi temp. præscript.* Cur petitio hereditatis datur tantum aduersus eos qui pro herede vel pro possessore possident ? ratio ea est, quia si quis possideat alio titulo rem hereditariam, inter eum qui petit hereditatem, & eum qui possidet pro emptore, nulla potest esse lis. Nam qui potest esse heres, & qui possidet, esse emptor ? vnus dicit se heredem, alter se esse emptorem. hæc non sunt aduersa. vt lis sit, necesse est, vt quod sibi vindicat vnus, eodem iure alter possideat. Imo qui possidet pro emptore, fatebitur aduersarium esse heredem, idem est si alio titulo possideat. Sed quid fecit vt interpretes discederent ab hac ratione, & idem non dicatur & de eo qui possidet pro possessore, qui tamen tene-
C tur petitione hereditatis ? imo vero idem prorsus dicetur : Nam hic etiam controuersatur de hereditate, sicut qui possidet pro herede plane controuersatur de hereditate aduersus eum qui hereditatem petit quasi heres, & existit vere lis de hereditate. Ita etiam cum vnus petit hereditatem, alter pro possessore possidet, id est, nullo adiecto titulo possessionis, & tamen litigat nec vult concedere petitori titulum proferenti. Controuersatur de hereditate, & perinde est atque si contra diceret se heredem esse, quoniam non dicit, cur possideat : & tamen vult litigare contra eum qui dicit se esse heredem vel ex testamento vel ab intestato. Igitur est manifesta controuersia de hereditate. Alij qui aliis titulis possident, non controuersantur de hereditate, nec quod asserunt aduersatur inten-
D tioni petitoris hereditatis. Igitur inter petitorem hereditatis & eos nulla lis existere potest ob id. petitio hereditatis non est nisi aduersus eum qui controuersatur de hereditate, is autem est tantum qui pro possessore vel pro herede possidet. Cæteri qui aliis titulis possident tenentur specialibus in rem actionibus. Nam contendunt se esse dominos, quasi legatarios, quasi donatarios, quasi coniuges : Idem contendit qui vindicat. Est igitur vere lis inter eos de dominio. hæc est prima differentia. Secunda differentia est, quia præscriptio longi temporis non obstat petitioni hereditatis: vel ita, petitio hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, id est, si possessor possederit
E longo tempore hereditatem, non ideo repellit petitorem hereditatis. Cur ita? Imperator hanc rationem adfert, quia petitio hereditatis est actio mixta, id est, tam in rem quam in personam, *l. sed etsi lege §. petitio, D. hoc tit.* quomodo? quia scilicet qui petit hereditatem non tantum vindicat hereditatem & suā esse dicit, sed etiā intēdit sibi dari oportere quod possessor exegit a debitorib. hereditariis, vel quod redegit ex vēditione rerū hereditariarū, licet hęc nūquam fuerint in hereditate siue in bonis defuncti, vel etiam sibi dari oportere, quod ipse possessor debuit defuncto, vt *l. 13. §. vlt. &*

l. 14. 15. & 16. in princip. & §. 1. D. de petit. hered. A Sic igitur qui petit hereditatem, agit, & in rem & in personam. Igitur petitio hereditatis mixta est actio, & ratione personalis actionis, quæ ei iuncta est, non tollitur præscriptione longi temporis. Personalis enim actio non tollitur longi temporis præscriptione, *l. 5. inf. quib. nō obijc. longi temp. præscr. l. pen. inf. in quib. caus. cessat longi temp. præscr.* id est, non tollitur præscriptione decem aut viginti annorum. hodie tamen tollitur actio personalis præscriptione tricennij ex Constitutione Theodosij. Olim actio personalis erat perpetua in prouinciis, & hæc lex pertinet ad prouincias. Petitio igitur hereditatis non tollitur præscriptione longi temporis, quam solum nouerant antiqui ante Theodosium: neque enim nouerant præscriptionem tricennij: & ideo nusquam eius habetur mentio nisi post B Theodosium. Ratio est, quia hæc personalis actio est, & personalis actio illa præscriptione non tollitur. Accursius & alij interpretes ridicule hanc rationem Imperatorum putant indigere adminiculo, & tacite reprehendunt quasi minus idoneam: & ideo addunt aliam rationem, quia inquiunt, petitio hereditatis datur aduersus eum qui nullo titulo possidet, vt aduersus eum qui pro possessore possidet. hic sane nullo titulo possidet, & aduersus eum qui pro herede possidet, hunc etiam aiunt titulum non habere, & ideo non posse vti præscriptione longi temporis, *l. 4. inf. de præscript. longi temp.* quia præscriptio sine titulo non currit. verum tantum abest vt ratio Imperatorum egeat isto adminiculo, vt omnino reiici debeat hoc adminiculum, quia C falsum est, quod statuunt: Petitionem hereditatis dari aduersus eum qui nullo titulo possidet. hoc quidem verum est, si agatur aduersus eum qui pro possessore possidet. falsum est, si aduersus eum qui pro herede possidet, vt si sit heres scriptus testamento, hic possidet iusto titulo, & bona fide, quod forte nescit ruptum, vel quod putat vtile, cum sit inutile. Nam & is iustum titulum habet, & bonam fidem, quia dolo caret & putat se re vera esse heredem, nec est prædo, *l. sed & si lege §. scire, D. eod.* Qui possidet ex testamento, iusto titulo possidet, & tamen tenetur petitione hereditatis. Et quod ait *d. l. 4. de præscript. long. temp.* male explicatur. ait, *diutina possessio*, id est, possessio longi *temporis tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta prodesse ad præscriptionem hac sola ratione non potest.* Iure successionis, id est, si is qui possidet, D dicat tantum se esse heredem, ei possessio longi temporis nihil prodest ad exceptionem, ad præscriptionem si possideat sine iusto titulo, id est, neque sit cognatus, nec scriptus, nec coniux. Igitur is possidet *iure successionis*, hoc est prætextu successionis, obtentu successionis sine iusto titulo, qui neque est cognatus neque scriptus, nec coniux ei. Is qui ita possidet non acquirit sibi possessionem & præscriptionem longi temporis. At qui est scriptus, possidet ex iusto titulo, & hic acquirit præscriptionem longi temporis, sed hæc præscriptio non tollet petitionem hereditatis competentem legitimo heredi ab intestato quasi testamento nullo aut rupto, quia petitio hereditatis E non tantum est realis, sed personalis etiam, & personæ immistio eam perpetuam facit. Specialis autem in rem actio tollitur præscriptione longi temporis, vel vsucapione, vt ait hæc lex 7. vbi est vsucapio frustra peruenitur ad præscriptionem longi temporis, *l. 2. infra in quibus caus. cess. long. tempor. præscript.* Et ex eo constat, hanc legem pertinere ad prouincias, quia differentiam facit inter vsucapionem & præscriptionem. illa pertinet ad res mancipi, hæc ad res nec mancipi. Igitur vindicatio specialis si res sit mancipi, tollitur per vsucapionem, & si res sit nec mancipi, per præscriptionem longi temporis. Actiones vel in rem sunt vel in personam. in rem tolluntur præscriptione longi temporis, in personam non tolluntur nisi post tricennium ex Constitutione Theodosij. Eiusdem generis sunt actiones mixtæ, quia ea pars accipitur quæ æternam actionem facit. quia igitur mixta est, id est, tam in rem quam in personam, ideo & perpetua est, sicut actio in personam. Nobis enim debet hoc esse curæ, ne temere intereant actiones, & producantur quanto longius fieri poterit. Atque ita mixtæ actiones obtentu personalis actionis producuntur vltra longum tempus, siue sunt perpetuæ, & hodie tricennales. Sed quod ait hæc constitutio, petitionem hereditatis non tolli præscriptione longi temporis, ei obstat quod dicitur de querela inofficiosi testamenti, eam tolli quinquennio *l. si quis filium, sup. de inoffic. testam.* Est autem querela inofficiosi testamenti petitio hereditatis, ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione quinquennii. Respondendum, hic non agi de illa petitione hereditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti: hæc enim propriam naturam habet, & ideo datur ei proprius titulus in his libris. Deinde petitio hereditatis de inofficioso est rescissoria, quia rescindit testamentum iustum vt inofficiosum hoc colore, quasi testator non fuerit sanæ mentis & ita patremfamilias intestatum facit, quia est rescissoria, ideo coarctatur breuiori tempore. sed petitio hereditatis, de qua hic agitur non est rescissoria, & est perpetua. Obstat etiam huic sententiæ *l. 1. §. 1. D. ad Senatusc. Tertyllian.* ex Senatusconsulto Tertylliano filius succedit matri ab intestato, licet matri non sit agnatus sed cognatus, & præfertur agnatis matris. in hoc SC. hæc additur clausula, *vt transacta, finita, iudicata, rata maneant:* Et finita Iurisconsultus intepretatur longo silentio sopita, id est, longo tempore: Vnde consequenter dicemus filio petenti hereditatem maternam obstare longum tempus. neque oportet interpretari, vt Accursius, longum, id est, longissimum. Nam præterquam quod longissimi temporis præscriptionem non nouerant Iurisconsulti, quia eam introduxit Theodosius, etiam verbum eam expositionem non admittit. neque tamen aliter se expedit ex illo loco, quem opponit *l. licet, inf. de iure delib.* quæ ostendit petitionem hereditatis non extingui longo tempore. Sed breuiter respondendum, eam clausulam SC. Tertylliani referri ad præteritum tempus, ad ius præteritum, quod obtinuit ante SC. Tertyllianum, quo iure filius non præferebatur agnatis matris, & significatur ea clausula, vt si eam hereditatem agnati ante SC. possederint longo tempore, non possit etiam filius nunc ex SC. hereditatem ab eis petere. sed non pertinet ea clausula ad futurum tempus: Nam post Senatusconsultum poterat ab agnatis filius hereditatem petere, quam post SC. possederant longo tempore. Obstat & *l. vlt, in fin. inf. de edict. diu. Adriani toll.* Cum de hereditate agitur, duæ sunt lites, vna de possessione, altera de proprietate, id est, iure hereditario: & ideo dum contenditur de hereditate, dilata quæstione hereditatis de proprietate, primum ponitur aliquis, ex ijs qui disceptant de hereditate, in possessione, siue mittitur in possessionem: prima enim disceptatio est de possessione: & ob id ex edicto diui Adriani si quis sit scriptus heres, is mittitur in possessionem, si modo proferat testamentum legitime formatum, id est, non cancellatum, etiamsi dicatur testamentum falsum ab aduersario, salua tamen eorum disceptatione, id est, salua petitione hereditatis, quæ est lis principalis, & secundaria tamen. Mittebatur autem ex edicto Adriani heres scriptus in possessionem, sed intra annum id postulabat, post annum id non poterat postulare, *d. l. vlt. Paulus 3. Sentent. tit. 5.* Hodie ex Constitutione Iustiniani mittitur heres scriptus in possessionem, non ex edicto Adriani, & ea missio est perpetua

Primum ait Iustinianus, mitti scriptum in possessionem etiam post annum, etiam si diu siluerit. Et si quis forte existat qui dicat potiora iura se habere possessionis, summatim esse cognoscendum de iure illius, & collocandam apud eum possessionem hereditatis litigiosæ. Sed peti potest hæc missio perpetuo ab herede scripto. verum addit hanc exceptionem, nisi tantum temporis effluxerit quod rerum quarumdam possessori pariat dominium, vel eius qui mittitur omnem intentionem excludat, id est, nisi tantum temporis effluxerit, quod pariat vsucapionem vel præscriptionem: tunc enim sero postulatur missio in possessionem. Nam si vel ex vna parte, id est, ex parte possessoris, vel ex parte heredis scripti, qui postulat se mitti in possessionem rerum hereditariarum, vel ex vtraque B parte occurrat temporis prolixitas, sopita est non tantum missio in possessionem, sed etiam principalis quæstio, id est, petitio hereditatis. Denique temporis prolixitate finitur petitio hereditatis, id est principalis quæstio: Ergo petitio hereditatis tollitur præscriptione longi temporis. collectio pessima est, quia lex hoc non dicit, loquitur de temporis competentis prolixitate, puta 30. annorum, quæ si occurrat, dicam missionem in possessionem & petitionem hereditatis extingui. Non loquitur ergo lex de longi temporis prolixitate.

De lege octaua dictum est supra ad legem sextam.

Ad leg. 9.

Si scripti heredes delatam sibi successionem cognati tui repudiauerunt, & hanc honorario vel ciuili iure quæsisti: res hereditarias quæ in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.

SI scriptus repudiauerit hereditatem, vocatur legitimus, *l. quandiu, D. de acquir. hered.* & petit hereditatem. In eam petitionem hereditatis venient res hereditariæ quæ in eadem causa durant, id est, quæ non desierunt esse hereditariæ. Quid enim si sint amissæ sine culpa possessoris? earum ratio non habebitur in petitione hereditatis, maxime si bonæ fidei possessor fuerit, etiam si perierint post litem contestatam, *l. illud, D. eod. tit.* Quid si quædam res sint venditæ a bonæ fidei possessore, qui non sit factus locupletior ex pretio, & postea sint vsucaptæ ab emptore? hæc desierunt esse hereditariæ, ideo non veniunt in petitionem hereditatis. Hereditas non tantum deminutionem, sed & augmentum recipit, *l. item veniunt §. item non solum D. eod.*

In lege sexta exposita est lex decima supra.

Ad leg. 11. Cogi.

Cogi possessores ab eo qui expetit, titulum suæ possessionis dicere inciuile est: præter eum scilicet qui dicere cogitat, vtrum pro possessore an pro herede possideat.

POnitur & in hac lege differentia inter petitionem hereditatis & specialem in rem actionem. Prior eius pars est de speciali in rem actione: Posterior de petitione hereditatis. Cum agitur speciali in rem actione, possessor non cogitur dicere vel docere titulum suæ possessionis, id est, interrogatus cur possideat, non cogitur respondere, nec ostendere instrumentum auctoritatis, sed probatio dominij ab eo exigitur qui rem vindicat. hic debet edicere & docere titulum sui iuris & dominij, quod vindicat, & hoc non probante possessor absoluitur. Est hæc eadem lex in Cod. Theod. posita sub titulo de fide test. & instrumentor.

A *l. penult.* & additur illa ratio, quod intentanti vindicationis iudicium non suscipienti, imposita sit probationis necessitas. Atque ita in tit. de probationibus, eadem sententia extat *l. 2. inf.* vt possessori, a quo vindicatur res, non incumbat necessitas probandi rem ad se pertinere, sed actore deficiente in probatione, vt res apud eum remaneat, *d. l. 2.* & videtur potissimum hæc lex data ad antiquandam legem 1. *Cod. Theodos. de fid. testium & instrumentorum.* vbi proponitur, hanc esse regulam iuris antiqui, vt probet qui rem vindicat, non is vnde petitur, *l. 2. inf. de probat. hunc esse morem iudiciorum*, Gallice *le stile.* Sed discedit ea lex 1. nonnihil ab antiqua iuris regula. Nam initio quidem vult secundum regulam iuris, vt probet actor vnde res ad ipsum pertineat, sed eo actore deficiente probationibus, vult contra ius vetus, vt tunc imponatur possessori necessitas probandi vnde possideat, & quo iure teneat rem, quod modo aboletur hac constitutione quasi iniustum & præposterum: nam vnusquisque de suo iure agere debet, non de alieno, *l. vti frui, D. si vsusfruct. petat.* Nam si is qui agit nullo iure nitatur, & is cum quo agitur nullum ius habeat, non ideo tamen debet vincere qui egit, sed potius debet vincere reus eo iure, quod in pari causa potior est possessor. Proinde sic dicet reus: res hæc tua non est, concedo etiam meam non esse, quia tamen eam possideo, potior in hac lite esse debeo. Vnusquisque enim qui agit debet sibi parare victoriam ex suo iure, ἐκ τῶν προσόντων αὐτῷ *Theophil. in §. æque, Instit. de actionib.* si non parauerís C tibi victoriam ex tuo iure, cedas eam necesse est possessori, etiamsi nullum ius habeat possessor, nec vllam causam possessionis suæ adferat, quam & adferre non cogitur, sed tu qui agis, quo iure nitaris allegare debes, & probare. & hæc cum agitur speciali in rem actione. Cum autem agitur petitione hereditatis, cogitur possessor dicere, vtrum pro herede, an pro possessore possideat, Cur ita? vt proinde sciatur an aduersus eum agi possit petitione hereditatis, an velit litigare de hereditate: nam si forte nolit litigare de hereditate, actor mutabit actionem, & aget speciali in rem actione. Mutari potest actio semel edita, ante litem tamen contestatam secundum sententiam leg. *edita, supra de edendo.* quæ differentiam facit inter editionem D & contestationem adhibita *l. 1. sup de litis contest.* Editur enim prius actio: quæquidem editio declarat speciem, genus, nomen actionis, idque exigitur omnino, vt sciatur an iure, an plus petat, aut alio iure quam debeat. quam edendarum actionum rationem attulerunt Imperatores Diocletianus & Maximinus in Cod, Gregoriano *tit. de calumniatorib.* Post eam editionem actionis, tibi licet eam emendare & permutare alia actione electa, puta omissa petitionis actione, & edita denuo speciali in rem actione. Editionem sequitur contestatio. editio declarat tantum speciem litis futuræ, *d. l. edita.* Contestatio litem iudiciumque constituit: ante contestationem est controuersia, non lis; sed & post litis contestationem ex causa admittitur mutatio actionis, *l. 4. §. vlt. D. de noxal. actionib.* & plerisque interpretibus, vt Placentino videtur, generaliter E hodie etiam licere mutare actionem post litis contestationem. & probari videtur iure canonico *cap. examinata, de iudic.* Sed dicta *l.* non admittit mutationem actionis nisi ante litis contestationem. Igitur qui putat aduersarium possidere pro herede, aut pro possessore, si velit mutare actionem, recte eum interrogabit, vtrum pro herede vel pro possessore possideat, vt si negauerit, id est, si dixerit se alio titulo possidere, non expresso titulo, vel si dixerit se nolle litigare de hereditate, mutet petitor petitionem hereditatis in vindicationem rerum singularum, & ait hæc lex *dicere cogitur vtrum pro possessore, an pro herede possideat.* illud *an* peperit multas contentiones inter Bulga-

rum Placentinum & alios quosdam, quæ Azoni & omnibus interpretibus risum commouerunt, pro quibus hoc reponendum censeo. Significat duas quæst. proponi aduersario hoc modo, an possides pro herede, an possides pro possessore? Nam hæ tantũ duæ positiones petitori hereditatis pariunt aduersarium: speciali in rem actioni qualibet possessio. Igitur vt sciam qua actione experiri debeam, debes mihi explicare, velisne litigare de hereditate, vel non. De hereditate litigat qui pro herede vel pro possessore possidet, id est, sine titulo: nam litigat de eo quod intendit actor cum nullum alium titulum adferat. intendit actor de hereditate. ergo de hereditate litigat possessor. hęc est ratio differentiæ, Sed quod diximus cum agitur speciali in rem actione possessorem non cogi dicere vel docere titulum suæ possessionis, ei vulgo opponitur lex *ciuile*, *inf. de furt. & seru. corrup.* quæ ait, ciuile esse vt quis dicat, vt reus dicat a quo rem emerit quam habet, vnde rem habeat. videtur hoc pugnare valde cum hac *l.* & maxime cum illa dicat esse ciuile, hæc inciuile. Species legis *ciuile* hæc est. Res quædam mihi furto subrepta est, tu eam possides & fateris te possidere, ego te mihi eam furto abstulisse contendo, tu dicis te emisse, & iure eam acquisisse. ego desidero vt mihi exhibeas venditorem, tu dicis te non posse exhibere quod emeris a transeunte quodam & ignoto, hæc exceptio siue causatio non est idonea. Non conuenit, inquit, dicere te emisse a transeunte vel ignoto si velis euitare alienam bono viro suspicionem Quid igitur? Debes exhibere venditorem & dicere, a quo habueris, aut incides in suspicionem furti quasi concepti & inuenti apud te. Cogitur ergo reus titulum possessionis suæ dicere, vnde eam rem habeat. Et idem omnino legitur in *Consuetudinibus Neapolitanis lib. 3. tit. 54.* Sed rem totam rectius explicant Græci quam Latini ad eam *l. Ciuile* lib. LX. *Basil. tit. 6.* Ita explicat Thalæleus: Si, inquit, sit quęst. de dominio nudo, non cogitur possessor dicere vnde possideat. si sit quæstio de furto, conuentus actione furti cogitur dicere vnde possideat, quo nihil dici elegantius potest. Nam in vindicationibus hoc tantum dicemus neminem cogi dicere titulum possessionis suæ. in actionibus autem in personam eiusmodi interrogationes admittuntur sæpe, vt rogante aduersario, vel rogante iudice, ne scilicet actor incidat in periculum plus petitionis, vt si quis velit agere in personam in vnum ex heredibus, quia ex duodecim tabulis heredes actione in personam non tenentur in solidum singuli, sed pro portionibus hereditariis tantum. Ideo ne plus petat actor, potest interrogare in iudicio, non ante iudicium: Nam sublatæ sunt interrogatoriæ actiones quæ præcedebant iudicium: Potest inquam is qui acturus est in personam interrogare, an sit heres, & quota ex parte sit heres, vt pro ea parte eum conueniat in personam, & plenius nonnumquam potest interrogare permittente iudice, an ex testamento sit heres, ergo de titulo, *l. 2. & l. 5. & l. 9. §. pen. de interrogat. in iur. fac. & interrog. action.* Sed in vindicationibus non ita. In rei vindicatione qui possidet non cogitur dicere pro qua parte eius res sit, & multo minus titulum. Nam hoc est munus petitoris non possessoris, *l. in speciali 73. D. de rei vindic.* vt petitor doceat quem titulum ipse habeat, & pro qua parte contendat se esse dominum. Nihil tale exigitur a possessore. Quinetiam non cogitur aduersario respondere an possideat: nam quod ait *l. qui petitorio 36. D. de rei vindicat.* actorem debere requirere, vtrum reus possideat, an dolo desierit possidere, ne frustra experiatur; hoc non est eum debere interrogare reum, sed debere prius indagare & inquirere an reus possideat rem, quoniam si rem dicat se non possidere, non cogitur pati rei vindicationem, *l. vlt. D. de rei vindic.* Igitur actor id debet apud se explorare, non ab aduersario requirere, sed fateor officio iudicis incumbere vt eum interroget, an possideat rem de qua agitur, non qua ex causa possideat, nam neque iudici ipsi cogitur dicere titulum suæ possessionis, *l. officium 9. D. de rei vindic.* sed interrogari potest officio iudicis an possideat, ne sit inane iudicium, & etiam pro qua parte possideat. vtrum rem totam, an pro parte: idque hac ratione vt sciatur in quam partem sit actor mittendus in possessionem: nam si dicat se rem non possidere, in eam continuo, aut in possessionem eius mittitur actor, licet eam suam esse non probauerit: quia res non defenditur. Ergo licet re vera eam reus possideat, qui dicit eam se non possidere, etiamsi eam non probauerit, mittitur in possessionem, *d. l. vlt. D. de rei vindic.* vel etiam dicat se tantum partem tertiam possidere, in reliquam partem quæ non defenditur, mittitur actor in possessionem, *l. qui seruum 20. §. vlt. D. de interrog. in iur. fac.* Idque procedit vt ibi demonstratur in cautione damni infecti. Quoties desidero a vicino cautionem damni infecti, potest interrogare eum iudex pro qua parte prædium vicinum possideat, quoniam ad eam partem quam possidet stipulatio damni infecti accommodatur, etsi id pro ea parte non caueat damni infecti, actor mittitur in possessionem eius partis, ideo propter missionem in possessionem officio iudicis conuenit rogare possessorem, pro qua parte possideat. Præterea ei quod diximus in actione speciali in rem, possessorem non cogi dicere titulum suæ possessionis, opponitur *lex siue possidetis, inf. de probat.* Duæ sunt partes huius legis, Prior congruit superiori, posterior quodammodo repugnat. In priori parte ponitur, filios emancipatos possidere pro donato res donatas a patre. eas res heredes patris exteros vindicare. lex ait, actoribus facti probationem incumbere non possessoribus, quod etiam nos statuimus, sed in posteriori parte ponitur, exteros possidere res donatas a defuncto pro donato, heredes eas petere, speciali ergo vindicatione, non petitione hereditatis: Possessores, inquit, vt intentionem actoris non constitisse demonstrent, vnde possideant docere compelluntur. ergo is cum quo agitur vindicatione, cogitur dicere vnde possideat, id est titulum suæ possessionis. Vulgo interpretes dicunt, ideo possessorem cogi dicere titulum suæ possessionis, quod præsumptio faciat pro actore, & ideo in ea l. tractant de præsumptionibus, inepte, cum tamen nihil sit in ea quod præsumptionem faciat pro actore: Nam etsi sint filij defuncti qui agant, hoc solum non potest inducere præsumptionem idoneam, sed est aliud quiddam quod magis vrget. Fateor equidem si sit euidens ratio pro actore possessorem cogi dicere quo titulo possideat, vt *l. Quintus 51. de donat. int. vir. & vxor. D. l. etiam 6. inf. eod. tit. de donat.* Si quid vxor possideat quod non habuerit ante contractum matrimonium, id præsumitur esse ex bonis mariti, & mortuo marito ab heredibus mariti vindicari potest quasi donatum vxori, si mutauerit voluntatem, si morte non fuerit confirmata donatio, quia quicquid habet vxor id præsumitur esse mariti nisi probet vnde habeat: quæ est definitio vetus Quinti Mutij: & ita Plautus in Cassina: *Nam peculi probam nihil habere addecet clam viro.* Qua de causa etiam *l. Quintus* ait, ita præsumendum esse euitandæ suspicionis turpis gratia. Igitur vindicatur recte quod habet vxor nisi probet vnde habeat, quia præsumptio legitima facit pro actore. verum nihil est tale in *l. siue possidetis, inf. de probat.* in qua heres qui egit vindicatione, probauit rem fuisse defuncti, & se heredem esse: quid restat nisi vt vindicet, si non contra possessor probauerit rem sibi a defuncto fuisse donatam, vel alio titulo acquisitam? Idem erit si quis rem emerit & acceperit ex causa venditionis, & amissa possessione

possessione eam vindicet probato dominio & instrumento auctoritatis prolato siue emptionis: Nam hic etiam vincet, nisi aduersarius probet se vsu cepisse, vel nisi opponat præscriptionem longi temporis, & eam probet. Tunc necessario debet proferre titulum suæ possessionis. Igitur possessor non cogitur ab aduersario dicere statim vnde possideat, sed post impletam probationem ab auctore rei necessitas cogit eum probare causam suæ possessionis, nisi velit rem amittere, *l. si quidem, inf. de exception.* Atque ita ad *l. siue possidetis* 16. *de probat.* Græci adijciunt μετὰ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἀπόδειξιν. Possessorem probare titulum suum post probationem actoris. Ita in *l. emptor, de præscript. long. temp. inf.* Postquam impleuerit actor probationem suæ intentionis, tunc debet reus adhibere probationem iustæ possessionis, & omnino legem, *siue possidetis*, Græci explicant in hanc sententiam. Ei qui agit vindicatione incumbit onus probandi; is autem cum quo agitur, post impletam probationem actoris, si ex alia causa se esse dominum dicat, cogitur docere qua ex causa sit dominus. rectissime: sed non cogitur hoc dicere nihil pro se probante actore. & hoc est quod Bartolus ad illam leg. ait, possessorem non compelli ad vtilitatem actoris dicere suum titulum, cum scilicet actor pro se nihil profert, sed ad vtilitatem suam & ad excludendum actorem. Et sic etiam in vindicationibus seruitutum obseruatur. Est duplex vindicatio, confessoria & negatoria. Qui agit confessoria, vtique docere debet de suo iure, veluti de legato, aut donatione, *l.* 10. *si quis diut. D. si seru. vind.* Is etiam qui agit negatoria, de quo dubitari poterat, cogitur docere de suo iure. Finge eum sic agere: ius tibi non est eundi agendi. hoc debet probare; nam hæc negatio pro affirmatione est. Nam qui hoc dicit: ius mihi est prohibendi, ne eas, agas inuito me: vel hoc dicit, prædium meum liberum est: & hoc ius quod intendit debet probare, & eo impleto, tum necessitas rei compellit reum probare seruitutem, id est, iter siue actum, alioqui causa cadet. sed non ante cogitur reus probare de iure suo, quam actor suam intentionem impleuerit, nisi in casu *l. si priusquam* 15. *D. de noui operis nuntiat.* Cum reus initio rem non defendit, cum latitauit. Finge: Egi aduersus te, ius tibi non esse eundi agendi, & tu rem non defendisti, latitasti: ob rem non defensam hæc tibi infligitur pœna, vt cogat iudex te cauere non iturum vel acturum te, priusquam probaueris ius tibi esse eundi agendi, id est, antequam suscipias partes petitoris, & egeris confessoria. commutabitur persona rei in personam actoris: Et tu qui modo eras reus, quia rem non defendisti, suscipies personam actoris, & vindicabis, si velis eo vti, & si aduersarius tuus pro sua parte nullam probationem fecerit, hæc est pœna latitantis: Alioqui ordo legitimus hic est, vt probet prius actor qui vindicat, deinde reus vt contra probet se potiorem titulum habere aut cedat actori. et eadem ratio est in *leg. vlt. inf. de censibus & censitor.* quam tamen Græci adferunt pro exceptione ad hanc leg. contra meum iudicium: non est enim exceptio: colligunt ex ea l. eum qui prædium accipit a peræquatore (peræquator est qui prædia deserta aliis adiudicat ne census fisco depereat cum nullus est qui possideat, & qui etiam inspicit, an pro possessionum modo & ratione sint prædijs & possessionibus impositi census, ideo dicitur inspector) Igitur apud eum qui prædium a peræquatore accipit quod erat desertum, manet firma possessio si constiterit, id est, probauerit se a peræquatore accepisse. Ergo, inquiunt, qui accipit a peræquatore, debet probare vnde possideat. male colligunt: Nam fingendum est, dominum prius agere qui deseruerat prædium, & id vindicare aduersus eum qui accepit præ-

A dium a peræquatore quod non deseruerat (quod derelinquitur amittitur, non quod deseritur) & exigimus a domino probationem dominij, & completa probatione dominij, cum possessor intellexerit eum habere causam agendi, tum ipse possessor contra probabit se a peræquatore accepisse, & potiorem esse causam possessoris, *d. l. vlt.*

Ad leg. vlt.

Cum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quæ tuebatur hereditatis petitionem, ne fieret ei præiudicium: Magnitudo etenim & auctoritas centumviralis iudicij non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Cumque multæ varietates &
B *controuersiæ veterum veterum exortæ sunt, eas certo fine concludentes sancimus: si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat vel mouere: alius autem superueniens vel ex deposito, vel commodato, vel legato, vel fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium: si quidem pro legato vel fideicommisso, hoc faciat, rem expeditæ quæstionis esse: cum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte & exigi vel legatum vel fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione pro qualitate personarum. Quod si non obtinuerit eius iura: restituet legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum vsuris ex quarta centesimæ parte concurrentibus, vel agrum cum fructibus quos percepit, vel domum cum pensionibus, sci-*
C *licet in vtroque eorum expensis antea necesarijs & vtilibus deductis. vel si ipse maluerit litem quidem contestari: expectare autem hereditatis petitionis euentum: hoc ei liceat facere, vt restitutio, si competet, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat. §. Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possessorem hereditatis, vel eius rei de qua agitur: si quidem res sint vel depositæ, vel commodatæ, vel pignori datæ, vel aliæ quæ extant: non differri, sub prætextu hereditatis petitionis memoratum iudicium: quemadmodum si pro fœnerata pecunia vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem, non debet iudicium differri, sed exitum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis iudicium finem accipiat: tunc inter petitorem hereditatis & posses-*
D *sorem rationibus contractis, non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus quæ rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat. Quod si petitor victus fuerit: simili modo a possessore iudicis officio ei satisfiat, vel (si hoc fuerit prætermissum) negotiorum gestorum, vel ex legis condictione. Sin autem libertates vel a possessore vel a petitore fideicommissariæ petantur, vel directæ ipso iure dicantur competere: annale tantummodo spatium expectetur a morte testatoris numerandum. Et si quidem hereditatis petitionis iudicium intra id spatium terminum accipiat; secundum euentum iudicij & libertates vel effectum habeant, vel euanescant. Sin autem tempus annale emanauerit: tunc libertatis fauore & humanitatis intuitu competant quidem directæ libertates:*
E *ex fidei commissarijs autem in libertatem serui eripiantur: ita tamen, si non falsum testamentum approbetur: sub ea scilicet conditione, vt si actores sint, vel alijs ratiocinijs suppositi, etiam postquam perueniant in libertatem necessitas eis imponatur res hereditarias & rationes reddere: iure patronatus videlicet competente ei, qui ex legibus ad id possit vocari: illo (ne in posterum dubitetur) obseruando, vt & ipsa hereditatis petitio omnimodo bonæ fidei iudicijs connumeretur.*

Centumviri iudicabant de hereditatum petitionibus quacunque ex causa intenderentur, siue ex causa inofficiosi testamenti, siue ex causa testamenti

veri & iusti, siue falsi aut iniusti, *l. Titia 13. l. qui repu-* A *diantis 17. D. de inoffic. testam.* Paulus *lib. 5. sententiar. tit. 16.* & ita centumuiralia iudicia sunt iudicia de petitione hereditatis: quæquidem tanti sunt momēti & auctoritatis vt nullū eis præiudicium fieri possit quodam alio præmaturo iudicio, *l. 5. in fi. D. de petit. her.* id est, vt huic iudicio centumvirali non possit alio iudicio inferiori iniici præsumptio vlla, siue præiudicatio, quod moueat deinde cognituros centumviros de hereditate. Et ideo si quis post motam controuersiam de hereditate ante litem contestatam properet agere minoribus iudiciis, quæ tamen pendeant ex causa hereditatis, repelletur hac exceptione, quod præiudicium hereditati non fiat, si modo, vt hic significat, quæstio minoris iudicij venire videatur in petitionem B hereditatis, *l. sed & si lege 25. §. item si rem distraxit bonæ fidei, D. de petit. heredit.* & ita mota controuersia de hereditate inter me & filium, si velim agere cum coheredibus meis familiæ ercifcundæ, repello exceptione præiudiciali, ne fiat præiudicium futuro iudicio de hereditate, *l. 1. D. famil. ercisc.* eadem ratione summouebor si agam interdicto de tabulis proferendis, *l. vlt. D. de tabul. exhibend.* vel etiam si agam liberali iudicio cum forte testamento sum liber & heres scriptus, *l. 7. D. de petit. hered.* Et eadem ratione si is qui compromisit cum defuncto de re aliqua electo arbitro faciat controuersiam hereditatis, ne præiudicium fiat hereditati arbiter inhibetur sententiam dicere, *l. non distinguemus 32. §. si is faciat, De recept. arbit. qui arbitr. recep.* Et similiter si quis in heredem agat in personam, & roget heredem an sit heres, vel quota ex C parte sit heres, ac patiatur heres ab alio controuersiam hereditatis, heres non cogitur ei respondere; cogitur forte pati actionem in personam, etiamsi ei fiat controuersia hereditatis ab alio quodam, sed non cogitur respondere, an sit heres, ne vel negando præiudicet sibi in futuro iudicio centumuirali, vel dicendo se esse heredem obligetur ex sua confessione, etiam ablata sibi hereditate centumuirali, iudicio, *l. 6. §. vlt. D. de interrogat. in iur. faciend.* Eadem lex 7. *D. de petit. heredit.* docet differri & sustineri cætera iudicia etiam quæ mouentur post litem de hereditate contestatam. ergo auctoritas centumuiralis iudicij hæc est, vt siue ex eo sit lis contestata siue mota controuersia, cæteras actiones cæteraque iudicia inhibeat & sustineat quoad de hereditate pronuntiatum sit, vt maior quæstio trahat D minorem, non contra minor maiorem. Atque ita vt propter centumvirale iudicium, sustineantur alia iudicia non tantum si dictentur siue moueantur ante litem de hereditate contestatam, post controuersiam tamen motam; sed etsi dictentur post litem de hereditate contestatam, *l. 7. de petit. de hered. D.* Et ideo recte ante Haloandrum in omnibus codicibus, ita legebatur, in hac *l. vlt. in princ. versic. cumque multa, Si quis hereditatis petitionem vel susceperit vel suscipere sperat,* id est, siue sit lis contestata, siue controuersia tantum mota: Nam vtroque casu videbantur differenda esse alia iudicia propter centumuirale iudicium. & omnino ita habetur in Basilicis, & in Theodoro interprete Basilicῶν, ἐάν τις ὑπεδέξατο ἤδη, ἢ ἐλπίζει εἰσάγεσθαι αὐτῇ, id est, *si quis* E *susceperit iam vel speret suscepturum.* & iisdem verbis fere in *l. 3. §. si legatarius, D. si cui plus quam per leg. Falcid. licuerit legat. esse dic.* Si legatarius, inquit, petat legatum ab herede, quæ species hic tractatur, ab herede, inquam, qui *controuersiam hereditatis*, id est, litem, *patitur iam, vel sperat,* & hoc loco, *si susceperit vel suscepturum se sperat.* Nec obstat *l. si post litem 13. D. de except.* quam hic adfert Accursius, quæ ait post contestatam litem de hereditate, verbi gratia, cum Titio, posse agi cum aliis speciali in rem actione, & non obstare exceptionem præiudicialem, quod præiudicium hereditati non fiat; quia, inquit, hæc exceptio comparata est futuri iudicij causa, id est, nondum contestati, non causa iudicij iam facti, id est, iam contestati: Sic enim iudicium iam factum pro contestato accipitur in *l. a quo 5. de rei vindic. D.* Videtur ergo post litem contestatam cessare exceptio præiudicialis, & non differri alias actiones propter hereditatis petitionem contestatam. Ita res explicanda est: ante litem contestatam agi non potest aliis minoribus actionibus, ne scilicet minor quæstio præponatur maiori, contra *l. per minorem 54. D. iudic.* Ante litem contestatam de hereditate si agas speciali in rem quasi heres, obstabit exceptio, quod præiudicium futuræ liti de hereditate non fiat, ne minor quæstio trahere maiorem, cum potius trahi debeat a maiore. Quare præcedente maiori quæstione recte sequitur minor, ita tamen vt ea agatur citra modum exceptionis præiudicialis, vt in *l. bonæ fidei possessor 40. D. de petit. hered.* Non etiam vt de ea pronuntietur: nam in ea pronuntiari non potest, antequam pronuntiatum sit de hereditate vt explicat *l. 7. D. eod. tit.* Intentari quidem post maiorem potest, sed non finiri quoad finita sit maior quæstio, *d. l. 17.* & hac ratione etiam post litem de hereditate contestatam differtur cæterarum litium definitio, quæ pendeat ex causa hereditatis, etiamsi earum exercitio non differatur. At hæc dicuntur de actionibus minoribus quibus experiri volunt qui contendunt de hereditate, puta possessor hereditatis, vel petitor hereditatis. Dubitatum autem fuit olim, an idem esset existimandum de actionibus quæ competunt aliis aduersus eos qui se heredes esse dicunt, veluti quæ competunt legatariis, aut fideicommissariis, vel seruis quibus relictæ sunt libertates. An lis de hereditate quæ est inter duos his suum persequentibus moram adferre posset? ipsi quidem ex causa hereditatis pendentes actiones, qui scilicet de hereditate certant, non debent ante exequi aut peragere, quam decisa fuerit quæstio hereditatis; sed qui aduersus hereditatem actiones habent & aduersus heredes, an etiam debēt expectare finem petitionis hereditatis, vt sciatur quis sit verus heres? Non: nam hoc esset fraudi plerumque. Quapropter creditoribus primum hereditariis permittitur hac constitutione, quæ clarius rem controuersam inter veteres definiuit, vt suum persequantur, vel a possessore vel a petitore hereditatis: eligent quem volent: vterque enim dicit se heredem esse. suum itaque petent vel ab hoc vel ab illo, sed quod possessor præstiterit & soluerit creditoribus hereditariis, id victus petitori imputabit aut compensabit, sicut diximus *l. 4. supra.* & contra petitor qui conuentus est a creditoribus hereditariis quod soluerit, id victus consequetur officio iudicis; vel si iudex admonitus hoc prætermiserit in sententia definitiua, id est, huius rei rationem non habuerit in condemnatione, id consequetur actione negotiorum gestorum, videlicet si hereditario nomine soluit, quoniam etiamsi sibi negotium se gerere existimauit, tamen re ipsa id gessit possessori qui pronuntiatus est verus heres, & re vera eum liberauit: nam soluit hereditario nomine, igitur re ipsa eius negotium gessit eumque liberauit: Et ob id, quod soluit consequetur negotiorum gestorum actione, vel condictione ex lege, puta si suo nomine soluit: quo casu verum heredem non liberauit ipso iure, atque ita eius negotiare ipsa non gessit. vnde dicitur non posse dari negotiorum gestorum actionem eo casu; quæ fuit sententia Azonis, vt refert Accursius in *l. 5. D. de negot. gest. in gloss.* Et ideo cum suo nomine soluit, licet tentari possit esse vtilem negotiorum gestorum, quia verum heredem, etsi non ipso iure, per exceptionem tamen liberauit, *l. si quid possessor, D. de petit. hered.* Tutius est tamen dubitationis tollendæ causa experiri condictione ex hac lege, & ea actione quod solutum est

est repetere. Igitur satis consulitur ei qui soluerit creditori hereditario pendente lite aut controuersia etiam si vincatur, sed creditor hereditarius eligitquem volet, *l. hæc autem*, §. *1. D. si cui plus qu. per leg. Falc. lic. leg. esse dicet.* Testamento Titius est heres scriptus: duo sunt Titij eiusdem nominis amici testatoris. singuli dicunt se esse heredes ex testamento, certant de hereditate apud centumuiros: interim quid facient creditores? creditoribus hereditariis vel legatariis competit actio, vel in petitorem, vel in possessorem, quod tamen non ita admittitur in causa fisci: nam si duo sunt priuati homines qui vindicent hereditatem, creditor hereditarius eliget ex his quem volet. Sed si priuatus vindicet hereditatem, & fiscus, interim inhibendæ sunt actiones creditorum, ne publicæ causæ, id est, fiscali causæ præiudicetur. hoc est priuilegium fisco concessum ex Senatusconsulto, *l. apud, D. de iur. fisc.* & recte Accursius hic, speciale esse in fisco, scilicet ex Senatusconsultis, non ne præiudicetur hereditati, sed ne præiudicetur causæ publicæ: Hæc de actionibus quæ competunt creditoribus hereditariis. Idem omnino statuendum est de actionibus quæ competunt legatarijs & fideicommissarijs. Hæ etiam pendente controuersia aut lite hereditatis non inhibentur: nam legata & fideicommissa peti possunt ab herede scripto, vel etiam a legitimo, si etiam ab intestato relicta fuerint, vt si testamento fuerit apposita clausula codicillaris, quæ est huiusmodi: *Quod iure testamenti non valet, iure codicillorum valeat*, per quam legata debentur etiam ab intestato, igitur petet legata aut fideicommissa a scripto aut legitimo, sed necesse erit eos præstare cautionem, euicta hereditate legata aut fideicommissa reddi, *l. quod si possessor, D. de pet. hered. l. 6. eod. tit. l. 9. de legat. inf.* At hæc cautio plenius explicatur his verbis (quæ male sunt diuulsa a superiori clausula) *sub ea cautela vel satisdatione pro qualitate personarum, quod si non obtinuerit eius iura, &c. Quod si non obtinuerit*: hæc est cautela. Ergo qui pendente lite aut controuersia hereditatis petit legata aut fideicommissa, debet præstare cautelam aut satisdationem; cautionem, id est, repromissionem, nudam, scilicet, si sit locuples; satisdationem dato fideiussore, si non sit locuples: Ergo aut debet cauere, aut satisdare pro qualitate personæ. Locupletes non satisdant, id est, qui possident immobilia, *l. sciendum, D. qui satisd. cogant.* Cauere igitur debent euicta hereditate se pecuniam legatam reddituros cum vsuris quadrantibus, vel se reddituros agrum legatum cum fructibus, vel domum legatam cum pensionibus, quæ sunt vice fructuum, deductis tamen expensis necessarijs & vtilibus, si quas interim fecerit circa prædium, quod putabat ex legati causa ad se pertinere. Cauet inquam se restituturum agrum cum fructibus quos percepit, non etiam quos percipere potuit & debuit, cum in ea re bona fide sit versatus. Igitur ita plenissime cauet, se euicta hereditate ab herede scripto, atque ita legato pronuntiato inutili per consequentiam, redditurum rem legatam cum omni sua causa. Interim ergo legatarius exigit legatum ab herede oblata illa cautione, vel etiam si hoc malit non exigit legata, id est, non extorquet, sed contestatur tantum litem, legati nomine, ne scilicet oneretur munere cautionis, ne cogatur cauere. Igitur qui non vult accipere legatum ne cogatur quærere fideiussorem, sed contentus est contestatione litis ex causa legati, eo si contentus sit exonerabitur onere satisdationis. Et præterea si forte pronuntietur pro testamento, ex tempore litis contestationis debebuntur vsuræ, & fructus, & accessiones cæteræ legatorum & fideicommissorum, vt constat ex *tit. de vsur. & fruct. leg.* & ita in legatarij arbitrio est, vt vel exigat legatum oblata satisdatione vel cautione, vel vt

A litem tantum contestetur & expectet finem iudicij centumuiralis. Quid fiet in libertatibus seruorum, si libertates sint testamento relictæ seruis, vel directo, vel per fideicommissum, an pendente lite præstandæ sunt? an competant? Competunt directæ libertates ipso iure, præstantur, & deberi dicuntur fideicommissariæ, *l. 36. §. vlt. D. ad leg. Falc.* Competunt, inquam, libertates directæ: cum tamen legata licet sint directa non dicantur competere, sed præstari, *l. si fundum 87. §. si tu ex parte, D. ad leg. Falcid.* An igitur cum est controuersia de hereditate, & vnus se dicit heredem ex testamento in quo relictæ sunt libertates, alter se heredem ab intestato dicit, & testamentum esse ruptum vel iniustum vel irritum, an possunt ex testamento interim seruis competere libertates? vel an

B persequi eas possunt ex causa fideicommissi? Respondeo, non idem esse statuendum in libertatibus, creditores quidem statim suum repetunt, etiam pendente lite hereditatis: legatarij & fideicommissarij itidem etiam pendente lite statim petunt legata & fideicommissa: sed libertates statim non competunt, nec statim præstantur, verum inhibendæ sunt ad annum, & si intra annum finiatur centumuirale iudicium, satis apparebit num competant libertates ex euentu iudicij, sed si forte intra annum non finiatur lis hereditatis, definit vt post annum competant libertates. Primum videamus rationem differentiæ. cur legata præstantur statim, non autem libertates? quia legatorum repetitio est facilis, si postea appareat exitu iudicij

C centumuiralis fuisse indebita, & eo nomine interponitur cautio legata reddi. Sed libertatum quæ seruis competierunt, repetitio est in difficili, imo nulla est repetitio, etiamsi appareat datas esse indebite, & *tarde concedendum est, quod datum non adimeretur*, Tacit. *lib. xiij.* Igitur melius est vt libertates sustineantur ad annum, sed post annum vult Iustinianus hac Constitutione vt libertates directæ competant, vt etiam fideicommissariæ ipso iure competant: nec enim possunt eas præstare qui litigant de hereditate. rogatus quidem est heres præstare: sed nondum constat, quis sit heres, igitur neuter præstabit. Lex tamen hæc repræsentat libertates ipso iure his quibus relictæ sunt per fideicommissum, post annum scilicet. Græci exponunt eos liberos fieri αὐτομάτως, etiam eos quibus

D fideicommissaria non directa libertas relicta est. & fiunt liberi saluo iure patronatus ei cui competere debuisset. directo manumissus patronum non habet, quia est libertus Orcinus & Charonianus vt Theophilus ait; sed cui fideicommissaria libertas relicta est, patronum habet heredem scriptum, a quo est relicta libertas, etiamsi eam ipse non præstiterit, si lex eam repræsentauerit; vel patronum habet legitimum heredem, si ab intestato relicta sit fideicommissaria libertas, & is vicerit iudicio centumuirali. Igitur repræsentatur etiam fideicommissaria libertas, sed conseruatur ius patronatus ei qui eam libertatem non repræsentatam præstare debuisset ex voluntate defuncti. Adijcit tamen, eos liberos ita demum fieri post annum, si modo post libertatem rationes reddant, cum scilicet fuerunt serui dispensatores, actores, calendario præ-

E positi, & alij similes qui sunt obnoxij reddendis rationibus. Regulariter quidem seruus post libertatem non tenetur ex ante gesto, vt heic ait Accursius, ne rationum quidem nomine, sed secus erit si libertati dandæ adiiciatur hic modus, vt rationes reddat post libertatem, hæc const. hanc legem inijcit sicut libertati. Et ad hæc declarat Iustinianus etiam ita demum velle se, vt libertas competat post annum, si modo testamentum falsum non probetur. nihil refert probetur ruptum an iniustum, aut imperfectum, an irritum: testamentum enim ruptum vel irritum, testamentum est. Sed si probetur falsum, non videntur facti liberi ex

testamento, quod non est testamentum. Igitur ex eo testamento, quod falsum appareat non defendunt ipsi libertatem. Puto etiam hac constitutione non contineri causam testamenti inofficiosi, quia hoc tit. non comprehenditur illa petitio hereditatis de inofficioso, quæ est rescissoria testamenti. Hic tit. est de petitione hereditatis quæ non est rescissoria. Igitur in causa inofficiosi test. dicimus pendente lite libertates non competere, nec esse præstandas, nisi post quinquennium, *l. Papinianus.§. vlt. & seq. D. de inofic. testam.* Sed in alijs causis hereditatis dicemus post annum libertates competere excepta causa falsi: nec enim ipso iure videntur facti liberi. & longe alia est ratio, vt huic obiectioni respondeam, *ex l. cum ex falso, D. de manum. testam. & l. pen. D. de iur. patron. & l. 2. de fideicommiss. libert. inf.* cum heres præstitit libertates ex falso testamento non reuocatur libertas, etsi falsum testamentum postea dicatur, quia præstita est, sed præstatur pretium libertatis & capitis. Sic non censetur esse præstita a lege libertas: nam lex declarat ita demum se repræsentare libertatem, si modo non probetur falsum testamentum. Postrema dubitatio de petitione hereditatis erat, vtrum petitio hereditatis esset stricti iuris, an bonæ fidei? Ne amplius dubitetur definit Iustinianus esse bonæ fidei. Sed cum quæritur, cur actio hæc sit bonæ fidei (quod idem quæri potest de omnibus bonæ fidei actionibus) respondendum est, quia lex eam bonæ fidei effecit, & hoc totam legem, vel morem efficere. vt hæc lex petitionem hereditatis bonæ fidei effecit, quæ tamen antea non erat bonæ fidei, quia nulla lex aut mos eam bonæ fidei effecerat ante Iustinianum, aut de eo dubitabatur maxime. qua de causa in *l. vtiles, & l. vlt. de petit. hered. D.* exigitur vt petitioni hereditatis opponatur exceptio doli, quæ tamen si certo esset bonæ fidei non opponeretur, quoniam exceptio doli inest actioni bonæ fidei. at in alijs locis, vt in *l. plane, eod tit.* dicitur, non desiderari exceptionem doli mali in petitione hereditatis, quod scilicet habenda sit pro bonæ fidei actione. & ita actio ex stipulatu pro dote olim erat stricti iuris. Cur hodie est bonæ fidei? quia hoc effectum est Iustin. constitutione, §. *fuerat, Inst. de act.* quod ergo actio sit bonæ fidei aut stricta pendet ex dispositione legis.

IACOBI CVIACII IVRIS-CONSVLTI IN LIB. IIII. CODICIS

TITVL. I.

De reb. credit. & Iureiurando.

Recitationes solemnes, seu Commentarij.

Anno 1561.

Ad L. I. & II.

l. 1. Causa iureiurando ex consensu vtriusque partis vel aduersario inferente, delato & præstito, vel remisso decisa, nec periurij prætextu retractari potest, nisi specialiter hoc lege excipiatur. PP. 15. Kalend. Iul. Antonino A. IV. & Balbino Conss. 223.

l. 2. Iurisiurandi contempta religio satis Deum vltorem habet. Periculum autem corporis, vel maiestatis crimen secundum constituta diuorum parentum meorum, & si per A *principis venerationem quodam calore fuerit peieratum, inferri non placet. PP. 6. Kal. Aprilis Maximo. II. & Æliano Conss.*



TITVLVS est de rebus creditis & de iureiurando. at omnes huius tituli leges pertinent ad iusiurandum, nullæ ad res creditas. Quæres quis hic sit error, aut quæ erroris causa, vel excusatio, quod expediã facile. In edicto perpetuo vnus fuit titulus de rebus creditis & iureiurando, sub quo specialiter prætor edixit de actione si certum petatur, quæ datur ex varijs contractibus: ac de accommodato etiam & de pignore nonnihil *l. 1. de reb. credit.* & de speciali
B condictione quæ nascitur ex mutuo, & de iureiurando. Atque ita a Paulo 2. sent. tit. 1. proponitur titulus de reb. creditis & iureiu. ita etiam a Iust. hoc loco. Sed Iustinianus posteriorem partem propter dignitatem primo loco tractat. priorem secundo. non est idem ordo in Pandectis. Videtur Iustinianus de ordine titulorum non multum fuisse sollicitus, neque id nos curabimus. Rursus quæres, de quo genere iurisiurandi hic tractet: an de legitimo? minime & cum legitimi multa sint genera, id quale quale sit, semper est necessarium: & voluntario aduersatur. Liuius *lib. 22.* loquens de sacra milit. ait, ex voluntario ad legitimum reuocauit. An hic titulus est de iureiurando iudiciali, quod litis æstimandæ gratia datur, qui Græcis est
C ἐνδικος? minime. De eo extat titulus, *de in litem iurando.* An vero de voluntario iureiurando, quo obligationes constringuntur, quo controuersiæ extraiudiciales dirimuntur? ne de hoc quidem. An vero de eo, quo quis obtestatur heredem suum vt det vel faciat aliquid, hoc modo: *Per Deum rogo te, vt hoc vel illud facias, vt l. cum pater filius, D. de legat. 2. l. 2. inf. com. de leg. l. 3. D. de iure fisci, §. 1. Instit de fideicomm. hered.* minime. An de eo, quod de testamento imponitur, videlicet cum quid relinquitur sub iurisiurandi conditione? neque id. Hic ergo titulus est de eo iureiurando, quod dirimendarum litium causa datur, cuius definitio est ex Clemente Alexandrino 7. στρωμάτων. *Iusiu-*
D *randum, ait, est certa definitio.* (volo addi, litis) *quæ fit cum obtestatione diuina.* Placet quod definitionem dicit esse certam, vt si quis profiteatur per nomen Dei sibi deberi, vel se non debere: Stichum promissum decessisse. certa est definitio: si se putare, certa non est. Et ideo reo dicenti se liberatum, quod putet decessisse Stichum, delato iureiur. non cogitur iurare quia etiam si iuraret, rem non terminaret. præterea debet quisque liquido iurare, vt *l.* 18. Eo sensu quo dixit Demosthenes 2. in Aphobum, σαφῶς ὀμνύειν. qua de re ergo non liquet, nemo cogitur iurare. Quod ait Clemens *(cum obtestatione diuina)* sumpsit ex Aristotele ad Alexandrum. Hoc proprie est iusiurandũ. Aliud est, quod
E idem Clemens vocat quasi iusiurandum, vt cum iuratur per nomen Principis, vel per maiestatem Imperatoriam, quo etiam modo Christianos iurasse Vegetius auctor est *lib. 2. de re mil.* qui etiam rite iurabant per salutem Cæsaris, non etiam per genium. Tertullianus in Apologetico. & ex No. Leonis de Tabularijs, Tabularij iurant per Deum, & per salutem Imperatoris. Vtrumque idem potest: nam qui iurat per salutem principum, vel per salutem suam, Deum salutis auctorem appellare videtur, *l. qui per salutem, de iurei.* At postea Carolus Magnus primus eo modo iurare vetuit. De eo iureiurando est *l. si duo §. vlt. D. de iureiu.* De eodem est accipienda l. 2. huius tituli, non de eo, quod per principis salutem. Sequitur Diuisio. Iusiurandum quod litem finit, aut est voluntarium, aut necessarium, aut iudiciale. quod indicat titulus D. quid sit vnumquodque non æque constat inter

inter omnes. Græci volunt, accipiunt pro eo, quod defertur in iure. Necessarium, pro eo quod refertur; ita Græcos accipere constat ex græca quadam constitutione περὶ ·ρκε επ·ίκτκ. quod valde probo. Nam is cui defertur iusiurandum in iudicio, non nisi volens iurat: ideoque id iusiurandum venire dicitur ex conuentione, *l. qui iurasse §. vlt. l. sed etsi seruus. l. vlt. D. de iureiur.* Is cui defertur iusiurandum, si nolit iurare, potest referre: & is cui refertur, necessario iurare cogitur, nec vllo modo eam conditonem recusare potest, *l. pen. §. sed iuramento h. t.* Non probo quod interpretes aiunt voluntarium id esse, quod extra iudicium a parte ex conuentione defertur: Necessarium, quod a iudice datur: nam de iureiurando tractamus, quod litem terminat, *l. 1. ff. eod. l. pen. h. t.* Quod extra iudicium defertur, litem non terminat, quia nondum lis est. Ergo de eo hic titulus non est. Lis est vt primum in ius, vel in iudicium ventum est, antequam in iudicium veniatur, controuersia est, non lis. At iusiurandum quod defertur extra iudicium mutuo consensu lites non dirimit, sed iras terminat, vt cum qui tibi iniuriam fecit, iurat nolle se ea esse dicta aut facta, quæ dixit, fecitue: vel etiam alias controuersias; vt si sit inter duos controuersia de pecunia credita si quis lite nondum mota iuret se non debere: De eo genere iurisiurandi fit tantum mentio ff. eod. *l.* 17. in principio. Quod aiunt, necessarium id esse quod defertur a iudice, quæso si ita est, quale erit iudiciale? Id nempe, aiunt, quod aduersarius aduersario defert in iudicio. Solus ergo locus iudiciale iusiurandum faciet. Rectius Theodorus libr. 13. tit. 18. iudiciale esse ait, quod ex auctoritate & sententia iudicis defertur, inuitis etiam partibus. Id fit dupliciter: Nam vel iudex statuit vt reus iuret, & postea ex iureiurando præstito vel relato, vel remisso, vel recusato, sententiam fert *l.* 12. *§. l.* 31. 34. *D. eod.* vel in ipsa sententia definitiua iusiurandum imponit. At quomodo? An solum præcipiens iurari? Minime. Nam hæc sententia nullius esset momenti, *l.* 11. *§. de sent. & interlocut.* sed ita: Lucium Titium soluere aut iurare iubeo. Simplex iusiurandum non imponit necessitatem, sicut in noxalibus actionibus, *soluere aut noxæ dedere.* Idem Theodorus eodem loco, necessarium iusiurandum ait esse quod deferente aduersario ex sententia iudicis datur. Quod fit duobus modis: aut enim fit iudice approbante delationem ante sententiam definitiuam, vel in ipsa sententia *d. l.* 11. Verum id mihi non probatur. Nam quod defertur ab aduersario in iudicio, aut ex consensu fit vtriusque partis, aut vnius. Quod ex consensu vtriusque id est voluntarium non necessarium, quod ex vna parte, id etiam non est necessarium. Idem etiam voluntarij eandem definitionem cum Doctoribus male tradit. Porro hæc diuisio iurisiurandi non est inutilis. Nam si quæratur, an possit referri, dicam voluntarium & necessarium posse referri, iudiciale, non item. si quæratur, an possit recusari, dicam voluntarium & iudiciale posse recusari ex iusta causa, necessarium non item, *l. pen. inf.* Postremo si quæratur, an lis iureiurando finita, prætextu periurij possit retractari, Dicam, iudiciali iureiurando decisam posse: voluntario, aut necessario non posse *l. admonendi D. de iureiurando.* Cuius duæ sunt partes. Prima est de iureiurando iudiciali, quod plerumque iudex in ambiguis defert reo, & iurantem absoluit. Post iusiurandum & sententiam ei consentaneam licet condemnato causam retractare, si dicat, se inuenisse noua instrumenta, quibus vsurus est, non veteribus. Igitur lis decisa iureiurando iudiciali retractari potest nouis instrumentis repertis. Neque obstat, quod dicitur sub prætextu nouorum instrumentorum lites finitas non restitui, *l. Imperatores, D. de re iudic. & l. 4. inf. eod.* Nam id intellige de liti-

A bus finitis cognitione iudicis, non de ijs, quæ inopia probationum exacto iureiurando finitæ sunt. Eæ probationum copia emergente retractabuntur. Secunda pars est de iureiurando voluntario vel necessario, quod defertur vel refertur in iudicio, & merito a Theodoro arguitur Stephanus, & alij, qui eam partem acceperunt tantum de eo iureiurando, quod mutuo consensu extra iudicium defertur. Nam quæstio est de iureiurando, quod in iudicio defertur ab aduersario, & hoc etiam genere iurisiurandi lis finita nullo prætextu potest retractari etiam nouis instrumentis repertis, quia hoc genus iurisiurandi quod deferunt aduersarij, transactionem imitatur, *l. 2. l. tutor. §. 1. D. de iureiur. l. quodsi deferente, D. de dol.* id est, transegisse videB tur de suo iure, qui rem commisit religioni conscientiæ aduersarij. Itaque de eo experiri rursus non potest, etiamsi periurij aduersarius arguatur vel potius, hoc iusiurandum, siue verum, siue falsum, pro satisfactione est. Et hoc est, quod lex 1. ait, *vtriusque partis*, id est, ipsorum litigatorum, vt *l. 1. D. eod.* Addit exceptionem, *nisi specialiter hoc lege excipiatur.* Quæ verba Tribonianus adiecit propter legem vltimam huius tit. quæ non erant in Cod. Theodos. vt *l. dudum, infra, de contrah. empt.* adiecit hæc verba, *nisi lex specialiter*, &c. quæ non erant in Cod. Theod. ea tamen adijcit Tribonianus propter legem 1. *non lic. habit. lib.* 11. *tit.* 55. *Lex dudum*, generaliter tollit ius προτιμήσεως, *d. l. 1. non lic.* C *habit.* id conseruat inter vicanos. 1. si vicanus quid vendiderit, conuicanus emptori extraneo præfertur. Sententia legis vltimæ huius tituli hæc est: Legatarius egit ex testamento legati nomine aduersus heredem, & cum non appareret testamentum herede deferente, iurauit legatarius legatum sibi relictum, & ita heres soluit: postea apparente testamento, apparuit legatum non deberi & legatarium peierasse. Quæritur an non stetur iuriiurando, an vero legatum repeti possit. Iustinianus dat heredi repetitionem siue condictionem. niti vero videtur hac ratione, ne ex periurio lucrum ei accedat. Quæ ratio manat latissime, & eam si sequamur, nulla erit causa iureiurando decisa quæ prætextu illo non retractetur periurio quæsiti auferendi causa, quod est falsum. Itaque propria quædam ratio est D in illa specie. An vero hæc est ratio, quam Accursius tradidit? quia ea lis ex testamento pendebat, & transacta est iureiurando, quod transactioni comparatur, quod fieri non potuit nisi testamento inspecto, *l. 6. de transact.* quæ generaliter ait, non posse transigi de controuersijs, quæ ex testamento pendent, nisi inspecto testamento. Verum hæc ratio mihi non probatur; & dico falsam esse sententiam *d. l. 6.* Dico transactiones bona fide factas de controuersijs pendentibus, ex testamento prolato quod tum non fuerat inspectum non rescindi. Cur non licebit transigere de legato etiam non inspecto? *l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell. l. sub prætextu, sup. de transaction.* Dico insuper Tribonianum male eam legem posuisse sub titulo *de* E *transaction.* cum ea lex pertineat ad titulum *quemadmodum testamenta aperiantur*, quod primus animaduertit Æmilius Ferretus. Idque constat ex l. 1. cuius sententia est: Prætor pollicetur se testamentorum inspiciendorum copiam facturum postulantibus. Ratio edicti est: Controuersiæ testamentorum transigi & dirimi non possunt sine iudice: iudex autem non potest exquirere veritatem, nisi inspectis tabulis testamenti. Vt ergo dirimantur controuersiæ testamentariæ, testamentorum inspiciendorum copiam fieri oportet. Vbi *transigendi* verbum significat non conuentionem sed iudicationẽ. iudex dum iudicat

Cod. I

lites transfigit. Male igitur a Tribon. posita est lex illa A
sub. tit. *de transf.* alia igitur est ratio legis vltimæ, quia
non videtur delatum in ea specie iusiurandum tran-
sigendi causa, sed coacte, non apparente testamento.
Ideoque testamento emergente, omnia ex integro
resolui oportet, sicut cum iudex probationum ino-
pia iusiurandum detulit, id copia probationum po-
stea infirmabit. Sic definio: cuius rei inopia me vel
iudicem coegit ad iusiurandum deferendum suppedi-
tata copia me iuri meo restituet. Adijcitur *d. l. vlt.* Si
legatarius deferente herede iurauerit solidum lega-
tum sibi deberi, & reperto testamento postea appa-
ruerit solidum legatum non deberi propter Falcidiam,
eandem repetitionem dari heredi totius legati. tum
vero competit condictio incerti, ratione possessionis,
vt scilicet heres per retentionem legati sibi seruet Fal- B
cidiam, qua ratione & occupato legato heredi datur
interdictum quod legatorum. Nec obstat legi vltimę
l. si legatarius, D. de dolo, quæ lex dat heredi actionem
de dolo, non condictionem; si est de dolo, nulla alia
est actio, quia de dolo est subsidiaria. Dico *l. si lega-
tarius*, loqui de legatario, non qui iurauit herede
deferente in iudicio, sed qui vltro iurauit, & ita per-
suasit heredi, sibi deberi legatum. & Falcidiam lo-
cum non habere. Hic legatarius tenetur de dolo, quia
non tam suo errore heres, quam fallacia legatarij de-
ceptus legatum soluit, Ille autem de quo in lege vl-
tima, non tenetur de dolo, cum heres delato iureiu-
rando, suo errore in captionem inciderit & soluerit.
Qua ex causa habet paratam condictionem indebiti, C
quæ erranti datur Sequitur tantum hæc quæstio siue
retractetur lis, seu non, ratione periurij, an periurus
coerceri potest criminaliter, quod & quæri potest de
quolibet iureiurando etiamsi non pertineat ad lites,
an coerceatur, qui id violauit. L. 2. differentiam po-
nit inter eum, qui peierauit per Deum, & eum qui
per principem, vel principis venerationem. Nulla
pene est differentia inter eum, qui iurat per Deum, &
eum qui per salutem principis: Nam & hic videtur
iurasse per Deum ex quo pendet principis salus. At
differentia est inter eum qui peierat per Deum, &
qui per genium Principis, nomen, venerationem.
vel principem. Si quis peierauit per Deum, Deus D
solus vindex est, nec vlla pœna ordinaria vel extra-
ordinaria constituta est aduersus eum. Et hoc dici-
tur in prima legis parte quod & Basilius in Canoni-
bus scribit. si per principem quis peieret, fustibus
castigatus dimittitur, *l. si duo §. vlt. D. de iureiur.* Et
vt ea lex ait, ei superdicitur, *προπετῶς μν̀ ὄμνυε*, id est,
temere ne iurato. Id vero superdicitur per præconem
interea dum fustibus cæditur, *l. fustibus, C. ex quib.
caus. infam.* Vbi legendum, *cui a præcone dictum*, id
est, superdictum. Spartianus in Seuero: *Hunc*, in-
quit, *sub præconis elogio cecidit fustibus.* Sic Lampri-
dius in Alexandro; *Eum necari iussit præcone dicente*,
&c. Sic Zonaras dicit in Valentin. de muliere qua- E
dam. Præconis vox, legis vox est, *Nouella 69. τοῦ νό-
μου φωνή.* At quod dixi ex *l. si duo*, eum qui peierauit
per principem puniri, obstat hæc lex secunda, quæ
hoc videtur statuere in 2. parte, ne puniatur. dicen-
dum igitur est vtramque esse de eo, qui peierauit in-
consulto. Nam *l. si duo* ait, *προπετῶς*, altera cum ca-
lore. vtrumque significat inconsulto. Prima itaque
Accursii distinctio non est vera. Altera magis placet,
quæ ait eum qui iurauit inconsulto per principem,
non teneri lege Iulia Maiestat. nec de vita esse pericu-
lum. Sic *l. 2. & l. 2. infr. ad leg. Iuliam Maiestat.* fusti-
bus tamen eam admoneri temeritatis & imprudentiæ
salua existimatione: Nam periurij causa ante nouis-
simas constitutiones non infamabat, vt patet *ex tit.
de caus. ex quib. infam.* Nam qui non sunt compre-
hensi dicto titulo non sunt infames. Et ita qui peierat

per principem, castigatur; qui per Deum, non item,
quod notauit Tertulian. in Apologet. *Maiore formi-
dine Cæsarem colitis, quam Deum.* Sunt tamen qui
existimant, eum etiam qui peierat per Deum iure no-
stro extra ordinem puniri, quod vt persuadeant, in-
quiunt: periuros Censores notabant, quod fateor. ve-
rum hoc est Censorium, non legitimum. Eos etiam
notabant, qui paulo indecentius oscitassent, eos
qui strigosum & macilentum equum habuissent,
quæ tamen notæ non infamabant. Postea sublata
Censoria seueritate, Magistratus, inquiunt, quorum
de criminibus cognitio est, cœperunt punire periuria
extra ordinem. Hoc nego: Nam Magistratus sine lege
nullam pœnam infligere potest. Pœna est a lege: &
ideo a pœna non appellatur. Nulla autem fuit lex,
quæ periurium puniendum statuerit. Non potuit ergo
Magistratus periurium punire. At probant esse pœnam
extraordinariam ex *l. quod si deferente, & seq. de dolo.*
Si reus deferente actore iurauerit, & absolutus fuerit,
& postea periurij arguatur, an tenebitur de dolo? Mi-
nime. Stari oportet iuriiurando, seu vero, seu falso,
vt rei iudicatæ statur, seu æquæ, seu iniquæ. Iusiuran-
dum delatum est pro satisfactione, id est, qui iura-
uit ex aduersarij delatione, ei videtur satisfecisse, sed,
inquit, sufficit periurij pœna. Quædam ergo est pœ-
na periurij; Respondeo: Est quædam humana pœna, si
per principem sit peieratum: At si per Deum, non est,
nisi pœna diuina, vt recte Acc. ibi, & ita Horatius:
vlla si iuris tibi peierati pœna. Iidem adferunt *l. in
duobus. §. vlt. ff. de iureiur.* Si vtraque pars iurauerit
delata iusiurandi conditione; lex ait, posterius iusiur.
præualere, nec tamen præiudicium fieri, alterius per-
iurio, id est, non ideo præiudicari criminali iudicio de
periurio. Et inde statuunt, de periurio agi posse crimi-
naliter etiãsi per Deum sit peieratum, sed male, vt indi-
cat species proposita. Finge: Actor reo deferente iura-
uit sibi deberi, deinde reus deferente actore iurauit se
non debere. Hoc casu agenti actori ex priore iureiur.
obstabit exceptio posterioris iurisiur. quod reus præ-
stitit; non obstabit exceptio doli, ne quæratur periurio
actoris, *l. aduer. D. de doli except.* neque per actionem
doli, neque per exceptionẽ de periurio quęri potest. *d.
l. quod si defer.* Igitur, non quæretur quis peierauerit, sed
quis posterior iurauerit, nec ideo quod valeat posterius
iusiur. prius dicemus falsum, nec ideo id elidemus ex-
ceptione doli. Et est quod aiunt, etiãsi potior sit causa
posterioris iurisiur. non ideo pręiudicari periurio alte-
rius, id est, non ideo alter videtur periurus, aut periurij
insimulari. Postremo id probat ex *l. vlt. ff. de crim. stel-
lionat.* Si debitor instrumento iurauerit sua esse pigno-
ra quæ dat, ex periurio fit stellionatus crimẽ, & ideo ad
tempus exulare iubetur. Ergo est periurij pœna quædã.
Sic respondeo, sicut in *l. si legat. 23. D. de dolo.* ex per-
iurio fit dolus, qui etiam fieret ex qualibet callida per-
suasione: similiter ex periurio fit stellionatus, qui etiã
fieret sine periurio, si quis sciens rem alienam quasi suã
ignoranti creditori daret pignori. *l. 2. inf. de crim. stel-
lion.* Itaque pœna quæ constituitur in ea *l. vlt.* est stel-
lionatus, non periurij. Nam, etiamsi absit periurium,
eadem pœna locum habet, *l. pen. §. pen ff. de crim. stel-
lion.* Sic & in Nouella 124. Accursius male putat, per-
iurio pœnam præscribi: Nam ea Nouella quasdam pœ-
nas statuit in eum, qui falso iurauit initio litis, se nihil
cuiquam dedisse aut promisisse nisi patronis. Hoc ius-
iur. est legitimum. Qui peierant, tenentur pœnis ea
Nou. comprehensis, id est, si conuincãtur dedisse quid
aut promisisse: sed non tam ob periurium tenẽtur, quã
ob corruptelã. Itaque ea pœna non est periurij, sed cor-
ruptelæ. Ait autem in dicta *l. vlt. de crim. stellio.* Si de-
bitor instrumento iurauerit: idẽ dicendus est, & qui-
dem multo magis si corporaliter iurauerit; iusiur. autẽ
pręstatur instrumẽto aut corporaliter, tactis sacris, *l. 1.*

sup.

sup. si adu. ven. & l. 3. inf. si min. se maior. Et inde Theodorus libro 9. c. 7. dixit, σωματικὸς ὅρκος id est, *corporale iuramentum.* Ita non iurant clerici, sed scripto, id est, instrumento, comprehenditur eos iurasse. Summa disputationis hæc erit. Periurij Deum solum esse vindicem, nisi per principem peieratum sit. Non inficior, nouissimis constitutionibus certis casibus periurio pœnam constitutam, vt Arcadij & Honorij, *l. si quis maior, sup. de transact.* Si quis pacta vel transactiones iureiurando confirmarit, & fidem non seruarit, hic ex ea constitutione fit infamis ipso iure; & præterea re simul & pœna de qua conuentum est, plectitur, cum tamen alias non soleat nisi alterutrum præstare. At ob periurium hic & rem amittit, & pœnam infert conuentionalem. Item ex constitutione Zenonis, id est, *l. pen inf. de dignitat. libro* 12. viri illustres, quibus hoc datur pro priuilegio, ne damnetur inconsulto principe ex causa criminali, si tamen non pareant in causa criminali cautioni iuratoriæ, iudicio sisti, cui committuntur, quasi infames ea dignitate spoliantur, & condemnantur inconsulto principe. Hæc est pœna periurij quædam. Item ex Constitutione Græca, quæ desideratur in titulo de custod. reorum, quilibet alius, qui non paret iuratoriæ cautioni, ius suum amittit. Iuratoria cautio eo loco speciali nomine dicitur ἐξωμοσία, cum tamen alijs auctoribus verbum illud ἐξωμοσία sit eiuratio fori, aut iudicis. *Vlpianus in Demosthenem. Harpocration, Harmenop. tit. 2. lib. 1. ex Nouella* 117. Tribunus militum, vel chartularius militia exauctoratur, si mulieri de marito suo inquirenti falso iurauerit eum decessisse. Et hæc est etiam pœna. Postremo ex Nouella Leonis & Constant. cuius Harmenop. tradit *libro* 1. *tit.* 7. ei qui ex iudicis auctoritate vel ex voluntate aduersarij delata conditione iurisiurandi peierauerit, vel etiam testi periuro est pœna, vt ei falsa lingua abscindatur.

Ad L. III.

In bonæ fidei contract. nec non etiã in cæteris causis, inopia probationum, per iudicem iureiur. causa cognita res decidi oportet. PP. 10. *Kal. Septemb. Maximo. II. & Aquilino Consulib.* 226.

HÆc lex est de iureiurando iudiciali. Et hoc ait tantum, eo iureiurando decidi litem inopia probationum: est huius l. vsus summus in foro. & in fine scribendum pro, *oportet, potest.* De hoc iuramento est etiam lex pen, §. *l. 2. & l. admonendi, ff. de iureiur. l. admonendi* ait, ad iusiurandum exigi in dubijs causis, id est, ἐν ταῖς ἀμφιβολίαις. hæc l. 3. ait, *inopia probationum.* Species hæc sit. Is qui petit certam pecuniam creditam non probat numerationem, nititur tantum quibusdam argumentis exilibus, est tamen vir tota vita innocens & probus omnium iudicio. Contra reus, qui negat se pecuniam accepisse, est plenus fraudis & perfidiarum & sæpe conuictus est mendacij dicit autem reus, se absolui debere actore non probante. Quid fiet? Sane iudex motus probitate actoris, & perfidia rei testata apud omnes non absoluet reum, sed vel iurabit ipse iudex sibi non liquere, vt apud Gellium libro 14. cap. 2. De quo genere iurisiur. est *l. Pomponius, D. de re iud. & l.* 12. *§. vlt. de recept. arbit.* vel etiam vt Bartolus vult, actori deferet iusiurandum, atque secundum actorem iurantem pronuntiabit. Itaque in ambiguis actore non probante reus non statim absoluitur. quoties autem omnia sunt paria nihilque ambigui quod iudici inijciat dubitationem, actore non probante reus non statim temere absoluitur sed vel damnatur actore iurante, vel etiam non aliter absoluitur quam si ipse iurauerit se non teneri, *l. admonendi.* Et in specie Nouellæ Cod. 124. actore nil probante, reus non absoluitur, nisi iurauerit se non teneri. Denique sic argumentor: Si deficiét omni probatione aduersarius aduersarium ad iusiurandum adigere potest delato iureiur., *l. tutor., in prin. de iureiur. l. vlt. §. licentia, de iur. delib.* si hoc aduersarius potest; cur non etiam poterit iudex obscuritate causæ commotus? Plus dico: Si iudex omni probatione deficiente ad extremum iudiciale iusiurandum deferre potest, poterit etiam semiplena facta probatione, quæ modo scrupulum iudici inijciat. Duo faciunt probationum genera interpretes, plenam, & semiplenam. Plena est, si rationes proferantur mensæ; si chirographa, si tabulæ, si testes idonei; semiplenam vocant quæ nulla est, quæ nihil probat vt argumenta, quæ iudicij fidem non faciunt, sed eum ad suspicionem adducunt: Nam iudicem ad suspicionem adducere, est probare argumentis tantum *l. in lege Aquilia, D. ad leg. Aquil.* Huiusmodi est expensilatio, quæ quidem olim fidem faciebat, cum ab vnoquoque patrefamilias diligenter rationes conficerentur. Ideo Gellius supradicto loco inter legitimas probationes refert expensilationem. hodie per se sola fidem non facit, *l. 5. §. de probation.* Item comparatio scripturarum per se sola fidem non facit, *l. comparationes, inf. de fide instrument.* Idem dici potest de fuga, quæ tamen magnam dat suspicionem. Qui enim fugit, fere seipsum accusat, *Nou. 53. l. si in libert. D. de bonis libert.* An idem potest dici de vno teste? vnus testis, nullus testis, id est, vnus testis nihil probat. Q. Scæuola dicebat, pessimi esse exempli vnius testimonio credi. Valerius Maximus lib. 4. cap. 1. Finge: actor producit tantum vnum testem, is nil probat. an igitur absoluetur reus? Sane videtur esse absoluendus ex *l. maritus ff. de quæstionibus.* Quidni? Ait ea lex, vnius testimonio credendum non esse, & ob vnius testimonium non esse habendam quæstionem, ne de seruis quidem alienis. Itaque Accursius male eam legem adstrinxit ad seruos proprios, ne torqueantur in dominum. Species est: Maritus heres extitit vxori, & agit depositi cum aliquo, dicens vxorem pecuniam apud eum deposuisse; vnum testem producit tantum, & postulat, vt quæstio habeatur de ancilla supplendæ probationis gratia, reus negat se accepisse pecuniam, dicit vnius testimonio non esse credendum. Deinde non esse a quæstionibus incipiendum, nisi concurrant multa argumenta. Hæc res acta fuit apud procuratorem Cæsaris, qui vice præsidis iudicabat. procurator iussit quæri de ancilla, quæ dicit po actore, & secundum actorem pronuntiauit. iam concurrente duorum testimonio appellatum ad Imperatorem. Imperator pronuntiauit recte appellatum, & quæstionem illicite habitam, & vnius testimonio non esse credendum. Sic dico, ob vnius testis dictum iudicem non deferre iusiurandum, non descendere ad quæstionem, nisi testis auctoritas & probitas iudici dubitationem inijciat. Nam sic argumentor. si sola auctoritas actoris iure mouet iudicem ad deferendum iusiurandum; multo magis actoris petitioni iunctum testimonium vnius hominis fidei notæ eum impellet ad deferendum iusiurandum actori. lex *Theopompus*, quam Accursius adducit, *ff. de dote præleg.* nil ad hoc pertinet. Nam nec probat lex, vni testi, nec ob vnum testem moueri iudicem ad deferendum iusiurandum. Species hæc est: Testator habebat duas filias & filium, filiam maiorem iam collocauerat, filium & filias heredes scripsit ex æquo, & filiam nondum nuptam commendauit Polliano cuidam, vt scilicet is eam collocaret secundum animi sui sententiam, quam optime notam habebat, idque ex æquis, ἐν ἴσοις, ex quibus collocata fuerat soror. Deinde mortuo testatore hic Pollianus iuratus affirma-

uit, eam mentem fuisse testatoris, vt eadem quantitas A dotis nomine daretur etiam minori, quæ maiori. Lex ait ita pronuntiandum esse a iudice. An ita pronuntiat ob vnius testis dictum? Minime. Res quæ præcipue hanc sententiam mouit est voluntas testatoris, qui dixit, ex æquis partibus se filiam suam velle collocari.

Ad L. IV.

Si ad excludendam tutelæ actionem pupillus iusiurandum tutori detulerit: postea eandem litem exercere non prohibetur. PP. Calendis Iuliis ipsis. IV. & III. AA. Consulib. 290.

IN hac l. dicemus de iis, qui iusiurandum deferre B non possunt coniuncta l. 7. huius tituli. Lex 4. ait, *si ad*, &c. Accursius notat pro detulerit, alias legi dederit. Recte, vt sunt scripti omnes. Dare iusiurandum alias est præstare iusiurandum, *l. 5. §. dato*, *l. cum quis §. codicillis, D. de leg.* 3. Hoc loco dare iusiurandum est deferre, & dictare iusiurandum. Seneca 7. declamat. *Iura*, inquit, *sed ego iusiurandum dabo*. Sententia autem huius legis hæc est; pupillum non posse deferre iusiurandum sine tutoris auctoritate. ea delatione iurisiurandi nil agi, datoque etiam iureiurando nil agi, *l. 17. §. 1. & l. 1. §. 1. D. quar. rer. act. non det.* Et ideo, si pupillus, posteaquam reo detulit iusiurandum in iudicio, rursus eodem iudicio egerit: non obstabit ei exceptio iurisiurandi cum effectu, cum possit replicare, se non habuisse ius dandi iurisiurandi C sine tutore: Idem quidam dicendum tradunt in pubere curatorem habente, quod non est illis concedendum temere, cum id nullo loco sit proditum, quin potius in contrarium vno loco generaliter traditur: Puberi qui iusiurandum detulit, necessariam esse restitutionem in integrum. Ergo iure detulit, *l. nam postea §. si minor. D. eod.* Et ne qua resideat dubitatio, animaduertendum est in specie §. *si minor*: Puberem qui iusiurandum detulit, curatorem habuisse, argumento ex eo est, quod iusiurandũ detulit pubes in lite, quæ nulla fuisset sine curatore. Præterea in ea specie puberem detulisse iusiurandum sine curatore, est argumento, quod ob id Pomponius senserit, ei cum effectu non obstare iurisiurandi exceptionem, quæ curatore interueniente certe obstaret. Verum Pomponij D sententia non probatur, nisi pubes impetrauerit restitutionem in integrum. Valuit ergo delatio iurisiurandi facta sine curatore. quod etiam ita confirmo. Iusiurandum pro solutione est. quod inferius probabimus. Cui solui potest, is & iusiurandum deferre potest, quia iusiur. est pro solutione, *l. 20. & 21. D. eod.* At puberi solui potest sine curatore, *l. ait Prætor, D. de minor.* Ergo pubes potest iusiurandum deferre sine curatore. At vtroque casu ei subuenietur restitutione in integrum, si captus sit. Itaque in hoc proposito *l. 3. sup. de restitut. in integ.* quam illi proferunt a quibus differimus, suis finibus circumscribenda est, vt scilicet non temere trahatur ad alias quam alienationum causas, *l. puberes, D. de verb. obligat.* vt dixi, fateor hoc, puberem E nil vendere iure sine curatore; cætera etiam eum non facere sine curatore, nego. Pupillus enim non obligatur sine tutore, pubes obligatur sine curatore, *d. l. puberes.* Mora non fit in personam pupilli sine auctoritate tutoris. Mora fit in personam puberis sine curatore. In hac lege 4. actum fuit tutelæ; qua actione non agitur nisi finita tutela. At tutela in specie huius legis non fuit finita pubertate, alioqui valuisset delatio iurisiurandi facta a pubere, sed alio modo fuit finita, vt tutore dato ad tempus, aut ad conditionẽ, aut tutore remoto quasi suspecto. Species sit: tutore remoto quasi suspecto, pupillus accepto alio tutore cum eo egit tutelæ, & ei detulit iusiurandum sine auctoritate noui tutoris. is iurauit, se ex ratione tutelæ dare non opportere. lex ait, pupillum non prohiberi eadẽ rursus actione aduersus tutorem experiri: & si opponatur exceptio iurisiurandi, replicabit pupillus, & dicet, se nõ habuisse ius rerum administrandarũ, nec iurisiurandi deferendi. Plane si auctore tutore pupillus iusiurandum detulerit, certissimum est, ei ex integro agenti cum effectu obstare exceptionem iurisiurandi. Verum poterit restitui in integrum aduersus iusiurandum datum, licet tutor auctor fuerit, si captus doceatur, *l. 2. sup. si tut. vel curat.* Verum in hanc sententiam Accursius ita argumentatur *d. l. 17. de iureiur.* Iusiurandum vice solutionis est, *l. 27. & 28. §. 1. D. eod.* At aduersus solutionem factam pupillo, auctoribus tutore & iudice, pupillo non datur restitutio in integrum: si solo tutore auctore, datur, *l. sancimus, inf. de administr. tut.* Ergo aduersus iusiurandum delatum a pupillo in iudicio, tutore auctore & iudice approbante, vt solet, non dabitur restitutio in integrum. Valet argumentum. At propositio ita est accipienda: iureiurando debitorem æque liberari ac solutione: Nam iureiurando primum tollitur obligatio naturalis, *l. si quis iurasset, D. de condict. indeb. l. Stichum §. naturalis, D. de solut.* Iureiurando etiam tollitur obligatio ciuilis ipso iure, quod Accurs. non animaduertit in d. l. 17. sed id indicat *l. nam postea, in principio D. eod.* Dices, quorũ ergo causa est comparata exceptio iurisiurandi, si ipso iure obligatio exstinguitur? sane non est opus, nisi cum ambigitur an iuratum sit, vt eadem lex ostendit. Si de iureiurando constet, necessaria non est exceptio. Igitur iusiurandum perinde reum liberat ac solutio. Præterea is potest iusiurandum deferre, cui & solui potest, *l. 17. §. pen. & l. 21.* Verum quod ad restitutionem in integrum attinet, facilius datur aduersus iusiurandum, quam solutionem: ratione æquissima; ne reus bis eandem summam soluat, quod cogetur, si detur restitutio aduersus solutionem. Ideoque non æque datur aduersus solutionem. qui autem iurauit, nihil soluit pupillo, quem diximus sine tutoris auctoritate non posse iusiurandum deferre. adiungamus alios qui non possunt deferre iusiurandum sine curatore, vt prodigus, furiosus, mente captus, *l. tutor, D. eod. tit.* Quoniam seu accipias iusiurandum pro pacto, hæ personæ non possunt pacisci sine curatore. Ergo nec iusiurandum deferre, quod est pro pacto: seu accipias pro solutione, his non potest ab eis solui sine curatore: seu accipias iusiurandum pro iudicio, id est, litis cõtestatione, vt *l. qui iurasse, §. vlt. D. eod.* hæ personæ non possunt iudicium accipere sine curatore neque litem contestari. Item procurator, cui scilicet actio vel defensio tantum mandata est, aut syndicus, non potest iusiurandum deferre, etiamsi de rato caueat, *l. 17. 18. 19. & 34. §. defensor, D. eod.* Nam hic procurator non potest pacisci, aut de lite transigere. Ergo nec iusiurandum deferre, quod dicitur venire ex pactione, *l. transactionis, sup. de transact. l. nam & nocere, D. de pact.* Quidam vt hoc probent quod pro certo ponimus, adferunt legem *mandato, D. de procurator.* idque male. Nam ea lex non loquitur de procuratore, cui actio tantũ mãdata est de quo nos hic, sed loquitur de eo qui generale mandatum habet. Quid est generale mandatum? Est (quod illi non perceperunt) libera vniuersorum domini seu bonorum, seu negotiorum, seu rerum administratio & procuratio. Id indicant duæ leges præcedentes legem *mandato*, quibus l. *mandato* applicatur; nec enim species mutatur. Hic vero procurator, qui generale habet mandatum, potest iusiurandum deferre, exigere, soluere, pacisci, alienare, & pignori obligare, si expediat, & nouare obligationem. Hæc enim omnia continentur generali mandato. Verum in ea l. *mandato*, quæritur, an generali mandato comprehendatur transactio, id est, an is, qui libe-

tam habet administrationem negotiorum, possit de lite transigere. Lex ait, non posse, & transactionem decidendi causa factam generali mandato non contineri: quod est falsum. Nam & tutor & administrator rerum ciuitatis, quibus comparatur procurator, qui habet liberam administrationem, possunt transigere, *l. præses supra. de transact. l. interdum §. qui tutelam D. de furt.* Ergo & procurator qui habet liberam administrationem si enim illi, cur non & his. Itaque in ea lege *mandato*, pro *decidendi*, est legendum, *deminuendi*, *vt l. Titius §. vlt. D. de administ. tut.* quæ lex ostendit tutorem non posse transigere deminuendi causa, donandi causa. Idemque de administratore traditur *d. l. præses*, non posse eum transigere ambitiose in fraudem reipub. alioquin possunt transigere. Ait illa lex, *deciden-di*, id est, transigendi. Inepta est locutio, transactionem trãsigendi causa factam. Itaq; hoc vult tantum generalem procuratorem ea quidẽ posse facere, quæ continentur duabus legibus præcedentibus: at transigere non posse diminuendi causa. Postremo filius, vel seruus non possunt deferre iusiurandum in re patris vel domini, *l. 7 oc tit. h.* item in re peculiari, nisi habeant liberam peculij administrationem, *l. 20. D. de iureiur.* At dices, quærimus de iureiurando delato in iudicio: seruus autem non potest stare in iudicio, quomodo ergo poterit deferre iusiurandum in iudicio? Respondeo non posse agere; verum non omnino vetari iusiurandum deferre ei, cum quo agit dominus ex causa peculiari, vel ei, qui agit cum domino de peculio. Et hoc iusiurandum seruatur, si reo detulerit: seruatur (inquam) per exceptionem. Et hoc est quod ait *l. 20. D. de iureiur.* Notanda sunt verba, *seruus quod detulit vel iurauerit seruetur, si liberam peculij administrationem habuit.* Quæ verba videntur esse edicti, quoniam ait, *seruetur*; quod est edicentis. Ergo seruabitur iusiurandum per exceptionem. Verum an etiam dabitur actio ex iureiurando in factum de peculio aduersus dominum si seruus detulerit iusiurandum ei qui agebat cum domino de peculio? quidam trahebant edictum etiam ad actionem, *l. quidam, eodem tit.* & dabant actionem ex iureiurando delato actori a seruo. At l. ait, *Quidam*, referens illorum sententiam, non tamen approbans: Nam si probat, obstat omnino *l. 3. §. si filius, D. de pecul.* quæ negat actionem dari, quod is detulerit iusiurandum, qui non potuit consistere in iudicio. Itaque ex illo iureiurando facilius datur exceptio, quam actio. Et quod ait, *seruetur* per exceptionem scilicet, vt in edicto de pactis, *pacta seruabo.*. At in filiofamil. omnes consentiebant, videlicet si filiusfamil. habens liberam administrationem detulisset iusiurandum reo, ex eo iureiurando omnes existimarunt dari & actionem & exceptionem, quia filiusfamil. est persona idonea.

Ad L. IV. V. VI. & VIII.

L. 5. Cum etiam a pupillorum tutoribus, velut ab ipsis pupillis relicta fideicommissa videantur, super fideicommissis præses prouinciæ cognoscet: &, si id tibi relictum esse constiterit, reddi tibi efficiet. Idem, si inficietur, ad iusiurandum (vt desideras) tutorem adiget. PP. 4. Cal. Decemb. ipsis IV. & III. AA. Conss. 290.

INitio huius legis ostenditur, a tutoribus heredum pupillorum relicta fideicommissa, a pupillis ipsis relicta videri, & ideo etiam esse vtilia. Idem dicitur in *l. etiam, inf. de fideicommis.* Finge: Filio impubere herede instituto & ei tutore dato a patre vel matre (quãuis ea iure non det) a tutore fideicommissum Iuliano relictum esse: id Iulianus consequetur per præsidem, cuius in Prouinciis cognitio fideicommissorum est

A propria, *l. si res D. de legat. 2.* Hoc ita, si constet Iuliano relictum. Cæterum si neget tutor, nec inter partes de fideicommisso constet, Iuliano deferente tutor interuentu præsidis cogetur soluere, aut iurare, aut deferre iusiurandum.

Ad L. VI

L. 6. Cum proponas partibus placuisse, iurisiurandi religione, generis & ingenuitatis quæstionem decidi: præses prouinciæ iuxta decretum arbitri ad voluntatis vestræ placitum amitæ tuæ filijs consulet. PP. 5. Idus Februar. Tiber. & Dione Conss. 291.

B DIfferentia est inter iudicem & arbitrum. Vterque datur a præside vel alio magistratu. arbiter in actionibus bonæ fidei: iudex in strictis. Arbiter æquitatem spectat: iudex ius & formulam. Aristotel. 1. Rhetoricorum. Decreta sententiasque iudicum & arbitrorum, præsides, qui eos dederunt, exsequuntur, *l. a Diuo Pio, D. de re iudic.* Sciendum est etiam, causam status & ingenuitatis pertinere ad cognitionem præsidis, nec posse delegari, *l. pen. sup., vbi caus. stat. l. 2. de pedan. iud.* Cæterum, si in quæstione hereditatis, cui arbiter est datus, vel si in actione familię erciscundæ cui addictus est arbiter, quæstio status & ingenuitatis inciderit, tum arbiter delegatus etiam de ea cognoscet, quod incidat quæstio, non etiam principaliter vt *l. 3. sup. de iud. l. 1. de ord iud.* Vbi quod ait l. 1. *docete*, interpretandum est, scilicet iudicem a præside datum: alioquin lex dicet hoc, præsidem non posse cognoscere de causa status. Ergo arbiter familię erciscundæ potest etiam de causa generis & ingenuitatis, si ea incidat, cognoscere. Sic prætor non cognoscit de crimine capitali, nisi incidat: sic latrunculator non cognoscit de re pecuniaria, nisi incidat. His cognitis ita ponamus huius legis speciem: Cuiusdam agnati hereditas est delata Decio, & amitinus Decii est arbiter acceptus familiæ erciscundæ: ac apud eum arbitrum Decius, vt repellat amitinos, eis facit controuersiam generis & natiuitatis. Placet autem eam controuersiam dirimi iureiurando amitinorum, partis vtriusque consensu. Partium voluntatem arbiter secutus pronunciat de hereditate, amitinis imposito iureiurando. Decretum arbitri præses, qui arbitrum dedit, exequitur. Ergo causa generis iureiurando decidi potest. *l. 3. §. sed et si, l. eum qui, §. pen. D. eod.*

C

D

Ad l. VII.

EXposuimus legem 7. in l. 4. supra.

Ad L. VIII.

Actori delato vel relato iureiurando, si iurauerit, vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit S. 12. Kalend. Maij CC. Conss. 294.

E QVæst. huius legis est de actione & exceptione iurisiurandi. Prius est dicendum de iureiur. actoris, tum de rei. Si actori delato iureiur. quod voluntarium appellauimus vel relato, quod diximus necessarium, actor iurauerit sibi deberi; vel si iusiurandum ei a reo remissum sit. (nam is, cui iusiurandum remittitur, iurasse intelligitur.) iudex secundum actorem iudicium dabit, reo condemnato, *l. 34. §. vlt. D. eod.* An autem ex ea sententia est actio iudicati? videtur non esse. nam actio iudicati est ex sententia quę in inuitos fertur. Hęc autem sententia datur ad voluntatem litigatorum *l. 6. sup. de petit. hered. l. pen. §. siue autem, hoc tit.*

I iii

Ideoque ex ea sententia non est nisi actio vtilis iudicati. Et hoc est, quod ait hæc lex 8. ad similitudinem iudicati in factum competere actionem. His verbis ad similitud. ad exemplum, & ad instar, significantur actiones vtiles, *l. 1. de precar. l. 1. de interd. l. locum*, §. *vlt. D. de vsufr. l. huius D. quod tut auct.* Hoc etiam potest notari *in* §. *item si quis postulante*, *Instit. de act.* ait, prætorem accommodare actionem, quod verbum est proprium actionum vtilium, *l. quia actionum*, *D. de præscript. verb. & l. 1. sup. de inoffic. testam.* Et ideo etiam sæpe ex iureiurando dicitur dari actio vtilis, id est, instar iudicati. sic appellatur *in l. sed etsi possessori* §. 1. *l. quod si iurauit*, *l. si duo* §. 1. *de iureiur.* In tribus locis ibi actio illa dicitur vtilis. At subest alia quæstio. Qui iurat ex aliqua causa sibi deberi, ex ea causa iurat, quæ exprimitur vel intelligitur. An igitur ex ea etiam causa est ei actio præter actionem iurisiurandi vtilem? Putant omnes fere interpretes esse etiam ex causa actionem. Ego autem puto vnam tantum actionem competere, id est vtilem in factum ex iureiurando: non esse autem actionem ex causa, de qua iurauit actor sibi deberi, quoniam exemplo iudicati prior actio iureiurando nouatur, *l. grege* §. *etiam*, *D. de pign.* Idemque est in iudicijs in rem, si actor iurauerit rem suam esse: nam ei dabitur actio in factum ex iureiurando, non actio in rem, *l. nam postea quam.* §. *vlt. & l. 11. sed si possessori*, *D. de iureiur.* Igitur noua est actio ex iureiur. prior extincta. Huic autē sententiæ tria obstant. Primo *l. si duo* §. *si quis iurauit*, & §. *Marcellus D. eod* quæ lex ait, ei qui iurauit se emisse, dari actionem ex empto, non nouam in factum actionem. Item ei qui iurauit se pignori dedisse, pigneratitiam dari, non nouam in factum, Breuiter autem distinguendū est. Aut enim iusiur. defertur in iud. aut in iure. quod defertur in iud. iā actione reddita defertur, & ei est consentanea iudicis sententia, quæ vel indicit iusiurandum, vel iam præstitum probat. Ex eo iureiurando est quasi iudicati actio. Nam res iudicatur ad voluntatem litigatorum. quod autem defertur in iure, id est, apud Prætorem nondum constituto iudicio, nondum reddita actione defertur, vt in *l. 34.* §. *ait Prætor*, *D. eod.* De eo agitur in d. *l. si duo* §. *si quis iurauerit*, & d. §. *Marcellus.* Nam ex lectione apparebit nondum fuisse vllam actionem datam: ex eo autem iureiurando non est proprie actio, sed petenti actionem ex empto, & iuranti se emisse, prætor dat ex empto actionem secundum intentionem eius. Nos autem tractamus de iureiurando quod defertur in iudicio. Secundo obstat *l. illud* §. *1. D. de constit pec.* Ex ea lege colligunt, eum qui iurauit sibi constitutam pecuniam fuisse, agere de constituto. Ergo non est noua actio; pessime ex eo §. colligitur. Eius enim §. hæc est sententia: Non constitui nisi quod debetur: non valere constitutum nisi sit debitum. At ex iureiurando debetur: Ex iureiurando in iudicio delato & præstito est actio propria. Id ergo de quo est actio iurisiurandi, recte constituitur: & recte de eo constituto agitur: nam ex iureiurando debitum constituitur. quæ tamen actio de constituto non nouat actionem iurisiurandi, *l. item illa* §. 1. *de constit. pec.* Postremo obstat *l. 7. Sed etsi*, §. *petenti D. de Public. in rem act.* Species est: Mihi petenti rem quam possidebas quasi meam, tu iusiurandum detulisti in iudicio. lex ait, mihi competere actionem Publicianam in rem. non dat actionem vtilem ex iureiurando, sed Publicianam in rem. Respondeo, actio Public. non datur antequam res sit tradita, & postea amissa: vt res tradatur, agitur in factum ex iureiurando. vt autem res tradita ex causa iurisiurandi & postea amissa recuperetur, agitur Public. Itaque actor rem aufert primum actione in factum, postea si eam amittat, vtitur Publiciana, quasi bonæ fidei possessor ex iurisiurandi causa iustissima. Nunc de reo. Si reus delato iureiurando in

A iudicio iuret se non debere, habet exceptionem iurisiurandi, quæ comparata est ad exemplum exceptionis rei iudicatæ, quasi iudicati exceptio est. *l. 1. D. quarum rer. act.* Et ideo sicut actio iudicati & exceptio rei iudicatæ datur domino, non procuratori cum procurator litem elegit, *l. huius*, *D. de solut.* ita actio & exceptio iurisiurandi dabitur domino non procuratori. *l. nam postea quam* §. *pen. & l. vlt.* §. *vlt. D. eod.* Aut etiam competit reo, qui iurauit, exceptio pacti, *l. sed etsi seruus*, *D. eod.* Hoc enim iusiurandum ex pactione deferri dicitur, cum reus iurat, volente & deferente actore: hoc pro pactione est. Itaque vtetur

B vel exceptione in factum, vel pacti. Hæc de iureiurando voluntario & necessario. Ex iureiurando iudiciali quod vltro exigit iudex datur actio & exceptio iudicati directa. Nam id iusiurandum vel sententię imponit, vel postquam iuratum est, ei consentaneam sententiam dat iudex. Accurs. in *l. huius tit.*

Ad L. IX.

Delata conditione iurisiurandi, reus (si non per actorem, quo minus de calumnia iuret, steterit) per iudicem soluere vel iurare, nisi referat iusiurandum, necesse habet. S. 5. Kal. Maij. Sirmij, AA. Conss. 299.

Lex hæc est de iureiurando rei: & sententia eius hæc est. Reus cui ab aduersario iusiurandum defertur

C in iudicio vel in iure, iurare debet, soluere, aut referre: & cogitur a Prætore vel iudice, *l. 34.* §. *ait pretor*, & *l. 38. de D. iureiur.* Et quidem hoc tantum genus iurisiur. refertur, quod voluntarium appellamus, iudiciale sane non refertur. Item necessarium, id est, quod relatum est, rursus non refertur. d. l. 38. quæ ait eum turpiter facere & quasi pro confesso haberi reum, qui delatum iusiurandum nec accipit nec refert in deferentem. Sunt qui eam legem 38. aiunt esse coniungendam cum *l. 12. rer. amot.* Regulam ponit in l. 38. exceptionem in l. 12. Exceptionem poni fateor in l. 12 nego tamen esse coniungendas, quod sint inscriptiones diuersæ, vt apparet ex legibus ipsis. Exceptio autem hæc est; si ei cum quo agitur furti aut rerum amot. deferatur iusiurandum, id referre non potest, *l. 11.* §. *iurare*, *l. 12. l. 13. rerum amot.* Videamus quæ sit ratio,

D cur hic reus iusiurandum sibi delatum non potest referre. Ratio an hæc erit, quod æquius sit, reum iurare de suo facto, quam actorem, qui certo non scit, sed tantum suspicatur eum furem esse, aut res amouisse, nec ei plane liquet. iurare insciente animo suo, qua de re non liquet, iurare nemo compellitur. hæc non est ratio. Vtitur ea ratione Iurisconsul. in alia specie; dum ait, reum qui res amouisse dicitur, delato iureiurando iurare compelli, partem autem eius non compelli, quod sit iniquum, de alieno facto quenquam insciēte animo suo anceps iusiurandum subire. Qua ratione heres de contractu defuncti tutor, curator, non iurant, & procurator de facto domini non iurat: nec de-

E fertur, nec refertur eis iusiurandum, *l. 34.* §. *procurator*, *D. iureiur. l. videamus* §. 1. D. *de in lit. iur. Paulus 2. sentent. tit. 1.* At cum Iurisconf. ait in his locis, in actione furti & rerum amotarum, reum delatum iusiurandum non referre, non vtitur hac ratione, sed alia, quia ita edicto ordinatum videtur. Certe si prior ratio relationi obstaret, obstaret etiam delationi. At delationi non obstat: Ergo nec relationi. Delationi nō obstare probat *l. in duob.* §. *pen. de iureiur.* Vbi is, qui agit furti, delato iureiurando iurat, sibi a reo furtum factum esse, nec ei illa ratio obstat, quæ obstaret æque delationi ac relationi. Sicut ob eam rationem heredi de contractu defuncti, nec defertur nec refertur iusiurandum. Et sane plerumque ei, qui agit furti iis actionibus ea de

re licet iurare, quia vix vnquam temere ea de re litem A mouet ex suspicione sola: at in illis litibus deferri iusiurandum potest, non referri: illa ratio displicet. Ea Iurisconsult. vtitur, quia edicto de furtis prætor deferri iusiurandum permittit, referri non item, cum in edicto de relatione nulla fiat mentio. Itaque referri permissum non videtur, sicut deferri palam edicto permissum est quod omissum est. Ita etiam l. Cornelia de iniur. permittitur actori iusiurandum reo deferre, *l. 5. §. hac lege, l. non solum, §. proinde, D. de iniur.* De relatione non fit mentio in ea lege. Itaque referre etiam ea lege permissum non videtur. Et generaliter reus cui defertur iusiurandum de actione furti, vel rerum amotarum, vel iniuriarum, omnino iurare cogitur, nec referre potest. In actionibus ex contractu B pro compendio litium iusiurandum moribus receptum est, seu in vsum venit, *l. 1. D. de iureiur.* In actionibus ex maleficio quales sunt prædictæ iusiurandum lege nominatim vel edicto permissum est, sicut pactum & transactio de furto & iniuriis est permissa, *l. iuris gentium §. si paciscar, l. si tibi 7. D. de pact.* Vt lex de furto pacisci permittit, ita & iusiurandum deferre, referre non permittit. Hoc omissum cum sit, non supplebimus, *l. si vero §. pen. D. solut. matr.* Interpretari tantum possumus, non supplere, *l. Gallus §. quid si quis filium, & seq. D. de lib. & postum.* Interpretes adferunt aliam causam, qua censent etiam iusiurandum delatum in iudicio, non posse referri, *l. vlt. inf. de fideicommiss.* Et male: nam iusiurandum, de quo agitur ea lege, quod scilicet fideicommissarius defert heredi, lex non negat posse referri, sed recusari. Inter ea au- C tem multum distat. Itaque cum lex non dicat, non posse referri, censebitur eodem iure, quo censentur cætera, de re pecuniaria, de actione ex contractu, vel quasi, qualis est actio illa fideicommissi. Et hæc quidem diximus de iureiurando, quod litis finiendæ causa in iudicio defertur. Nunc de eo quod fit extra iudicium. An id referri potest, quod ex conuentione defertur extra iudicium? lite nondum mota, referri non potest, *l. 17. in princ. D. de iureiur.* quæ de eo genere iurisiurandi accipitur recte. sed potest etiam ea lex pertinere ad iusiurandum, quod defertur extra iudicium sine iudicis auctoritate, de lite iam mota, ex conuentione partium. De quo iureiur. nihil diximus. Hoc volumus includi sub appellatione volūtarii, quia sponte suscipitur, licet semel susceptum non possit referri, D vt ea l. ostendit. Et hoc modo nempe extra iudicium delato iureiurando interdum accidit, vt vtraque pars iuret, Actor. sibi dari oportere, reus contra, *l. in duobus §. vlt. D. de iureiur. L,* ait recte, *extra iudicium*: nā in iudicio ea variatio non admittitur: ex ideo ponit *extra iudicium*, sed iurat alteruter tantum. Addatur etiam, iusiurandum quod defertur in iudicio approbationem iudicis exigere. Quod defertur extra iudicium etsi de re litigiosa agatur, non exigit approbationem iudicis. Nam absque eo interponitur extra forum. Ideoque delatum iusiurandum in iudicio, licet susceptum sit, antequam id approbarit iudex, referri potest, cum & reuocari possit ab eo qui detulit, *l. 11. inf. hoc tit.* At extra iudicium, mutuo consensu delato & ac- E cepto iureiurando, nec relationi nec reuocationi locus est. At in eo, quod est delatum in iudicio, dum pendet iudicis approbatio, sicut actor delatum reuocare potest, sic reus susceptum interim potest referre. Illud quoque notandum est, eum qui defert iusiurandum, priorem debere iurare de calumnia, id est, se non calumniandi animo deferre iusiurandum, sed recta conscientia, quod putet rem ita esse vt intendit: quid enim si actor scit se nullum ius habere, reum tamen vult iurare: id facit calumniose. Itaque debet iurare imprimis, sed non calumniandi animo iusiurandum deferre, sed recta conscientia id deferre. At si id non faciat, iusiurandum quod detulit, habebitur pro præstito, hac *l. & l. 34. §. qui iusiur. & l. 37. de iureiur. l. 11. §. pen. rerum amot. l. vlt. inf. de fideicommiss. Paulus 2. sententiarum tit. 1.* Ergo qui petit iusiurandum, debet prior iurare de calumnia. Idem etiam debet iurare, qui petit alias probationes, vt qui petit instrumenta edi ab aduersario. Nam forte hoc petit differendi iudicii causa, aut quia scit hæc se habere, non aduersarium. Itaque prius debet purgare se iureiurando, *l. 1. sup. de iureiur. propter calumniā, l. si quis ex argentariis §. exigitur, l. quædam §. vlt. ff. de edendo.* Idem etiam iusiurandum præstat, qui petit seruos ad quæstionem, *d. l. 1. l. vlt. inf. de quæst.* quæ sunt coniungendæ. Præterea ex constitut. Iustin. id est, *ex l. 2. eod.* initio litis vtraque pars iurat, se non calumniandi animo litem instituere. quod iusiurandum olim non præstabatur. Et ex aliis auctoribus quidam male tradunt locos ex Cicerone de eo iureiurando, quod primus Iustinianus introduxit. At *in Nouella 49.* dicitur, vt litigatores initio litis non tantum iurent se bona fide ad litem accedere, sed etiam in ea lite se probationes non petituros differendi negotii causa, quod dicitur iusiurandum dilationis & calumniæ, quanquam calumniæ nomen vtrumque possit complecti, id est, vexationem quamlibet, & procrastinationem; Probationes, id est, instrumenta & rationes aduersarii. Id vero semel tantum iurari sufficit initio litis, vt quoties probationes petuntur, tale iusiurandum non exigatur. Ex ea re plerique opinati sunt, iureiurando ita præstito ex præscripto *Nouell. 49.* ab eo qui defert iusiurandum, vel ab eo qui vult de seruis quæstionem haberi, aliud iusiurandum ab eo speciale non exigi, id sufficere. quod non approbo: Nam ex ea Nouella hoc tantum iuratur, se ad litem non accedere calumniandi animo, se probationes non petiturum vexandi aduersarii causa. Quamobrem *Nouel. Leonis 99.* intermissa iurisiurandi de calumnia præstatio in iureiurando deferendo reuocatur. Qui tamen Leo & in *Nouell. 97.* id fere iurari iubet, quod Iustinianus præscribit in sua Nou. Itaque etiamsi ex præscripto Nouellæ Iustiniani initio litis sit iuratum, nihilominus a deferente iusiurandum exigetur contrarium iusiurandum calumniæ. Ita etiam quibus casibus & articulis in Pandect. exigitur iusiurandum calumniæ: vt si quis petat cautionem damni infecti, aut nunciet nouum opus, aut rationes, sæpe dispungi velit, His omnibus casibus etiam hodie exigetur iusiurandum, nec sufficiet illa conceptio iurisiurandi, de qua in ea Nou. *l. qui bona §. qui damni, de damno inf. l. vlt. de bon. auctor. iud. poss. l. de pupillo §. qui opus, de noui operis nunc. l. de die §. iubetur. qui satisdare cog.* Budæus hoc iusiurandum calumniæ putat interpretari ἀντωμοσίαν, & διωμοσίαν, cum Vlp. generaliter in Demosth. tribuat has signific. cuilibet iuriiurando.

Ad legem X.

In actione etiam depositi, quæ super rebus, quasi sine scriptis datis, mouetur iusiurandum ad exemplum cæterorum bonæ fidei iudiciorum deferri potest.

LEx ait, exemplo cæterorum bonæ fidei iudiciorum in actione depositi iusiurandum deferri. Dixi in *l. 3. sup.* in bonæ fidei iudiciis iusiurandum deferri auctore iudice, etiam inuito vtroque litigatore. Defertur ergo etiam iusiurandum in actione depositi inopia probationum: vt si pecuniæ sint depositæ sine testibus, & scripto, quod si de deposito constet chirographo depositarii, quia non potest exceptio non numeratæ pecuniæ opponi, chirographum sufficit actori, nec insuper iurare cogitur, nec ei iusiurandum potest impo-

ni a iudice, vel a parte, *l. in contractibus* §. *ideoque sancimus*, & §. *illo inf. de non num. pec.* Ideoque recte hæc lex 10. ponit factum fuisse depositum sine chirographo.

Ad legem XI. & XII.

L. 11. Si quis iusiurandum intulerit, & , nec dum eo præstito postea (vt pote sibi allegationibus abundantibus) hoc reuocauerit: sancimus nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere (satis enim absurdum est redire ad hoc, cui renunciandum putauit: & cum desperauit aliam probationem, tunc denuo ad religionem conuolare) & iudices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes. Si quis autem sacramentum intulerit, & hoc reuocare maluerit: licere quidem ei hoc facere, & alias probationes, si voluerit, præstare: ita tamen, vt huiusmodi licentia vsque ad litis tantummodo terminum ei præstetur. Post definitiuam autem sententiam, quæ prouocatione suspensa non sit, vel quæ, postquam fuit appellatum, corroborata fuerit: nullo modo reuocare iuramentum, & iterum ad probationem venire cuiquam concedimus: ne repetita lite, finis negotij alterius causa fiat exordium.

L. XII.

Generaliter de omnibus iuramentis, quæ in litibus offeruntur, vel a iudice vel a partibus definiendum est. Cum enim iam increbuit, iudices in plenissima definitione sacramentum imponere: euenit, vt prouocatione lite suspensa, hi quidem, qui iusiurandum præstare iussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes a. rerum cadant: cum multum discrepet iuramentum hereditarium a principali sacramento. Necessitate itaque rerum coacti, & probationibus pinguius subuenientes, ad huiusmodi venimus sanctionem. Omne igitur iuramentum, siue a iudicibus siue a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiua sententia, sub ipso iudice detur, non exspectata vel vltima definitione, vel prouocationis formidine. 1. §. Sed iuramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit, & a iudice approbatum, vel ex auctoritate iudicis cuicunque parti illatum: si quidem is, cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur, vel referatur: necessitate ei imponenda, cui iure refertur relationis sacramentum subire: vel si hoc recusauerit, quod illato sacramento præstito, causa vel capitulum decidatur: nullo loco prouocationi relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procurauit. 2. §. Sin autem is, cui sacramentum est illatum vel a parte, vel a iudice, hoc subire minime voluerit: licentiam quidem habeat sacramentum recusare: iudex a. si hoc omnimodo præstandum existimauerit, sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit recusatum: & ita cætera siue capitula siue totius negotij summa examinentur, & lis suo marte procurrat nullo ei obstaculo obuiante. Ipse autem qui sacramentum sibi illatum dare recusauerit, vel hoc attestetur: vel, si forte non audeat, habeat sibi in vltima prouocatione repositum auxilium: & si iudex appellationi præsidens, bene quidem illatum iusiurandum, non rite autem recusatum pronunciauerit: res secundum quod iudicatum est, permanebit. Sin autem non rite quidem illatum, recte autem recusatum sacramentum pronunciauerit: tunc ei licebit emendare sententiam iudicis, quæ quasi ex recusato sacramento processit: & nihil penitus nec præiudicij nec iniusti dispendij cuicumque incurret: sed & causæ cursus ab initio vsque ad nouissimum terminum non impedietur: & lis æqua lance trutinabitur. 3. §. Siue autem illatum iuramentum præstitum fuerit, siue recusatum: ipsi parti, quæ hoc intulit, nullum prouocationis remedium in hoc referabitur: cum nimis crudele est, parti, quæ hoc detulit, propter hoc ipsum, quod iudex eius petitionem secutus est, superesse prouocationem. 4. §. His de præsentibus personis statutis, nec absentes nos fugiunt, sed etiam eos huic legi subiugamus, & si persona præsens non inueniatur, cui sacramentum illatum est, lite forte per procuratorem ventilata necesse est, vel ipsam principalem personam datis certis inducijs ad iudicem venire, vt ea, quæ de sacramentis statuta sunt, impleat, vel (si iudex existimauerit) in prouincia, vbi degit, sub actorum testificatione iuramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recusari, hoc procedere: vt singulis casibus euentus iam definitus imponatur: licentia danda etiam parti alteri, vel per se, vel per procuratorem super hoc ipsum ordinatum, adesse his, quæ de iuramento aguntur: vel si neutrum facere maluerit, & ex vna parte sub fide tamen gestorum, iuramentum præstari, vel referri, vel recusari: expensis propter huiusmodi causam præstandis, officio iudicis trutinandis, an ab vtraque parte, an ab altera oporteat eas dependi: nullo tamen ex hoc litibus impedimento generando, sed, donec ea procedunt, alijs vel capitulis vel litis membris a iudice examinandis, & postquam fuerint ei intimata gesta super iuramento subsecuta, tunc iterum ad hoc capitulum iudice redeunte, & eo adimpleto ad cætera perueniente: omnibus alijs, quæ de præsentibus saucita sunt, & in absentium parte obseruandis. 5. §. In omnibus autem casibus, in quibus sacramenta præstantur, obseruationem iudicialem permanere censemus secundum personarum qualitatem. siue sub ipso iudice præstari oportet iuramentum, siue in domibus, siue sacris scripturis tactis siue sacrosanctis oratorijs. 6. §. Similique modo in sua firmitate manere, quæ de calumniæ iureiurando vel relato sacramento legibus cauta sunt, vel a nobis vel a retro diuis principibus introducta. Non enim, vt aliquid derogetur antiquioribus legibus, hæc prolata sunt: sed vt, si quid deesse eis videatur, hoc repleatur.

LEx 11. est de reuocatione iurisiurandi, lex 12. est de recusatione. Dicamus primum de reuocatione. Qui reuocat iusiuran. quod detulit, multum distat ab eo, qui remittit iusiur. quod detulit. qui remittit, iniurato credit. qui reuocat, ne iurato quidem credit. Sententia a. & constitutio legis 11. hæc est: eum qui detulit iusiurandum, id posse reuocare ante sententiam definitiuam; post sententiam non item, nisi appellatione suspensa, vel potius extincta sententia. Itaque interposita appellatione adhuc licebit delatori pœnitere & iusiurandū reuocare, quoad litis extrema sententia fuerit: post terminum litis sero reuocat iusiurandum. Reuocatum a. iusiurandum semel postea deferri rursus non potest. Hoc enim esset ludificare iudicium. semel variare licet, id est, delatum reuocare. rursus variare non licet, id est, reuocatum non licet deferre. *Apud Senecam 7. Declam.* est exemplum, quo centumviri reuocationem delati iurisiurandi non admiserunt. Et quidem iocose delati, & σχηματικῶς, vt oratores in agendis causis solent σχήματα inserere. At inique fecerunt. Non his exemplis est ius dicendum, sed legibus. *l. nemo, de sent. & interloc.* Et ob id in eo exemplo Senecæ, *Albutius Aduocatus qui iusiurandum detulerat contumeliam non ferens, nunquam amplius in foro causam dixit*, vt ex Græcis auctor est Athenæus *lib. 24.* Sicut autem delatum iusiurandum pendente sententia iudicis potest reuocari, ita & susceptum semel interim referri. *l. 9.* sup. Ita non susceptum iusiurandum, sed statim relatum interim reuocari & suscipi potest: At quod susceptum est & postea relatum, denuo suscipi non potest reuocata delatione, quoniam bis non permittitur variatio. Iudex etiam, quod solus in re dubia iusiurandum detulit, re integra, id est, nondum neque præstito iureiurando, nec sententia dicta, poterit reuocare. Constat enim quamlibet interlocutionem

terlocutionem iudicis posse reuocari, non sententiam. Itaque ex his concludendum est, & voluntarium, & necessarium & iudiciale iusiurandum posse reuocari. Meminisse autem oportet eorum quæ diximus *l.* 1. quæ ad has leg. pertinet, dupliciter iusiurandum auctoritate iudicis exigi, vel a parte delatum a iudice approbari: Nam vel in ipsa sententia iudex iusiurandum, quod pars detulit, vel quod ipse præstari censet, in sententia imponit, vel ante sententiam præstari iubet, deinde sententiam dicit, id est, sententia vel sequitur vel præcedit iusiurandum. Si iudex sua sententia iusiurandum imposuerit, quæritur an ab ea possit appellari, vt si ita pronunciarit, *solui aut iurari?* Et videtur iusiurandum exigi debere confestim: quoniam periculum est, ne si res trahatur appellatione, interim moriatur is, cui iusiurandum delatum est, & heredi eius æque non liqueat iurare. Itaque Iustin. *l. pen.* hoc constituit, vt sententia imposito iureiurando ab ea non appelletur; quod hanc distinctionem recipit, vt is, cui non imponitur iusiurandum, ob id, quod imponitur alteri non appellet, is tamen cui imponitur, appellet si velit. item constituit in *l.* 12. vt iusiurandum initio vel medio litis ante sententiam delatum a parte vel a iudice, sub eodem iudice præstetur, non exspectata sententia definitiua. At quid si recusetur ab eo, cui defertur id est, quid si nolit præstare iusiurandum, vel præstari facta relatione? tum sequetur sentẽtia. sed id etiam hanc distinctionem recipit. Aut enim ab aduersario delatum iusiurandum ei relatum est, & delator recusat iurare, & tum iudex sententiam fert, perinde ac si ex delatione esset iuratum. Nec appellabitur, quia non probe delator recusat iusiurandum, cuius conditionem elegit *l. 34. §. ait Prætor, D. eod.* Aut is cui delatum est iusiurandum a parte vel a iudice, id recusat: quod fit, si nec velit iurare, nec referre. Quid vero tum fiet? tum iudex sententiam dicet, quasi inuito se recusato iureiurando. quasi contra suam voluntatem pars recusauerit iusiurandum, §. *sin autem*, *l.* 12. vbi quidam codices recte habent, *nolente eo.* Male alii, *volente.* Quod perturbauit Accurs. *Est* in eo verbo sæpe error, vt & *l.* 1. §. *si vir vxori, ff. de acq. poss.* vbi ait, *Marit. vbi noluit possid. amit. possess.* Græci legunt, *l. 50. Basilic. tit. 2.* ποτὲ θέλει ἀνὴρ: *vbi voluit maritus.* Igitur in proposito iudex sententiam fert quasi inuito se recusato iureiurando. id est sententiam feret quasi in confitentem. Recusatio iurisiurandi est confessio manifesta *l. 38. ff. eod.* At ab ea sententia poterit appellare is, qui iureiurando adigebatur, quia fieri potest, vt iusta sit causa recusationis, ideoque condemnatus, quasi ex recusato iureiurando quod deferebatur, potest appellare. Videamus quæ sit iusta causa recusationis, forte impius pio iusiurandum defert, quæ conditio siue πρόκλησις est inæqualis, *Arist. in fin. lib. 1. Rhet.* Et est perinde atque si valens imbecillum & debilem inuitaret ad pugnam, cum scilicet, impius pium prouocat ad iusiur. *l. vlt. inf. de fide inst.* vbi Iustinianus tradidit hunc ritum iuris. Cum impius pio defert iusiurandum, is nimia religione deterretur a iureiurando, & tutum non est impio idem iusiurandum referre. Itaque iusta est causa recusationis, de qua æstimabit appellationis iudex. At si pares sint litigatores, pii aut impii, non erit iusta recusationis causa. qua de re æstimabit etiam appellationis iudex. Potest etiam iusta esse causa recusationis, si is qui detulit iusiurandum, & reuocauit, rursus deferat, *l. 11. sup.* Item si conceptio iurisiurandi displiceat: potest enim conditio non displicere, cum tamen conceptio & formula displiceant. Quia igitur fieri potest vt iusta sit recusationis causa, condemnatus quasi ex recusato iureiurando, cum ei deferretur, appellare potest. Ad summam sic omnia procedunt. Iusiurandum necessarium, id est, quod refertur, non potest recusari ab eo, cui

A iurare liquet. quod autem defertur a parte, vel a iudice, iusta ex causa recusari potest. Item quemadmodum secundum delationem aduersarij sententia imposito iureiurando vel etiam præstito, & postea secundum iusiurandum sententia dicta, delator non appellat: ita si vincatur delator, vel damnetur quasi recusato iureiurando, quod ei relatum fuerat, non appellabit: quia videtur a se ipso appellare, aut ab eo quod ipse elegit & petiit. & hoc est quod ait in §. *siue autem*, in verbo *siue recusatum*, cum scilicet referretur, ita omnino legunt Græci. εἴτε ἐκ παραιτήσεως; &c. *siue ex recusatione consequuta fuerit sententia.* male quidam legunt *relatum.* Victus autem & damnatus quasi recusato iureiurando cum deferretur, potest appellare. Excipitur casus

B *l. vlt. inf. de fideicom.* In quo recusatio nullo modo permittitur fauore fideicommissorum. Sed hæc omnia traduntur de præsentibus litigatoribus. Quid autem fiet, si is, cui defertur iusiurandum, absit, vt quia litigat per procuratorem? Domino defertur iusiurandum, non procuratori cui non liquet iurari. Quid fiet? an venire debet in iudicium iurandi, vel referendi, vel recusandi causa? Regulariter necesse est vt veniat in iudicium intra tempus, quod definierit iudex pro locorum interuallo. Per procurationem enim nequit iurare, id est, procurator eius nomine recte non iurat. Iure tamen Pontificio hodie per procuratorem iuratur. Valerius Flaccus creatus Ædilis, cui necesse erat vt iuraret in leges, cum non posset iurare, quia erat Fla-

C men Dialis, ex Plebiscito admissus est, qui pro eo iuraret: iure singulari. regulariter secus. T. Liuius lib. 31. in fi. Sunt tamen quidam qui propter sexum, vel propter dignitatem, aut valetudinem non coguntur venire si absint, sed ad eos mittitur domum vt iurent. *l. ad personas, de iureiur. l. 2. §. fin. autem, sup. de iureiur. propter cal.* Ii non iurant per procuratorem, quamuis sint in dignitate positi & valetudine laborent. Et hoc est quod ait in fine huius legis. *Arbitrio iudicis si absit is cui est delatum iusiurandum vel iusiurandum præstat in domibus, aut templis.* In domibus, si sint in dignitate constituti. Et præstari vtroque casu tactis sacris Euangeliis, quod semper requirit Iustinianus in Nouell. Itaque vt Græci legunt, ita videtur legendum, *siue in*

D *domibus sacris scripturis tactis, seu in sacrosanctis oratoriis.* Nam ita interpretantur, *seu in domibus, seu templis*; ita tamen, vt qui iurat, tactis sacris iuret. Præterea additur, vt dum præstatur iusiurandum ab eo, qui peregre abest, recte præstetur aut recusetur, aut referatur μονομερῶς, id est, ab vna parte altera absente. Cui igitur delatum est iusiurandum, iurabit altera parte præsente, aut eius procuratore. Quod si absit altera pars quæ detulit, non ideo minus recte iurabit. Sententia autem non recte fertur μονομερῶς. At iusiurandum præstitum μονομερῶς valet. huiusmodi semper est iusiurandum in litem. Nam id semper præstatur non vocata altera parte. Itaque eleganter Græci vocant hoc iusiuran. μονομερῆ ὅρκον, *l. arbitrio, de iureiur.* Postremo sumptus in eam rem factos vt viatica dum mittitur ad eum qui iurare debet, vel etiam pro actis, nam

E acta conficiuntur de iureiur. præstito vel relato, vel remisso. hos, inquam, sumptus factos in eam rem agnoscet arbitrio iudicis, altera pars victa. vel etiam inquit, vtraque pars agnoscet, cum iudex neminem damnandum censet expensarum nomine. Nam quas quisque impensas fecerit sibi imputabit. At id exprimi sententia est necesse, alioqui victus semper tenetur expensarum nomine, Nou. 82.

Legem vlt. explicui supra in l. 1.

AD TITVLVM II.

Si certum petetur.



HVIVS libri primus tit. est de rebus cred. & iureiur. sub eo tamen de iureiurando tantum tractatur. caussam illius reddidi in illo titulo. De rebus autem creditis tractatur sub hoc titulo, si certum petatur. Ideoque in Pandect. ita concipitur, *De rebus credit. si certum pet.* Vulgo ab omnibus existimatur pertinere ad vniuersam partem tertiam ff. quæ constat 8. libris. Mouentur *l. 1. ff. eod.* quæ lex ait, sub eo titulo prætorem inseruisse multa iura ad varios contractus pertinentia; crediti nomen esse generale, & nomen rei, denique cum titulum esse generalem. mouentur ex eo quod Iustin. eam partem Digestor. vocat *de rebus, in constit. de conceptione & confirm. Pandect. sup. l. vn. de veteri iure enucl.* At ego his argumentis non moueor: Nam primum est fallacia, si quis ita argumentetur: Titulus de rebus creditis si certum petetur, est generalis, vt dicit *l.* 1. Ergo pertinet in vniuersum ad tertiam partem Pandectarum vitiosa est collectio, quod possit esse generalis, id est, multa & varia complecti, nec tamen referri ad vniuersum corpus tertiæ partis Pandectar. Vitiosa etiam est hæc argumentatio: Tertia pars ff. vocatur *de rebus.* Ergo tota est de rebus, cum possit aliud vocari, aliud esse; vt qui dant operam *libro* 20. 21. *&* 22. *ff.* auctore Iustiniano vocantur Papinianistæ, a primis legibus titulorum libri 20. quæ sunt Papiniani: non tamen ideo soli Papiniano operam dant, sed etiam Vlpiano & reliquis. Ita tertia pars ff. vocatur *de rebus* a primo titulo. non tamen ideo tota est de rebus. Sunt in ea parte tituli *de iureiurando, de in litem iurando*, qui nil pertinent ad res creditas. Sunt tituli, *de condict. indebiti, ob rem dat. & sine causa*, quæ nascuntur ex æquo & bono, non ex contractu, aut vllo credito. Et ideo non competunt illæ condictiones, nisi quatenus is, cum quo agitur, factus est locupletior. Dico igitur cum titulum *de rebus credit. si certum petetur.* generalem esse, non quod sequentes titulos complectatur, & totam 3. partem ff. sed quod sub eo titulo prætor proposuerit primum certi condictionem, quæ late patet, quæ ex omnibus contractibus datur. *l. certi* §. *quomodo eod.* quæ quidem certi condictio in illo titulo his verbis significatur, *si certum pet.* vt alibi, *si vsusfructus pet.* quibus verbis vindicatio vsusfructus significatur. Actio si certum petatur late patet. *l. 1. ff. de interrogat. in iure fac.* & nihil aliud est quam certi condictio, qua non tantum pecunia numerata petitur, sed etiam alia quælibet res certa credita. Quint. *lib. 4. cap. 2.* ad eam respicit, *certam*, inquit, *pecuniam creditam peto ex stipulatione.* item *lib. 12. cap. 10. Interdictis & sponsionibus, ac de re certa credita.* Ideo in *l. certum, ff. eod. tit.* quæ lex explicat quid sit certum, propter illa verba *si cert. pet.* eius definitio complectitur non tantum pecuniam numeratam, sed & species etiam, & corpora. Et in C. Theodos. duo sunt tituli, *si certum petatur de chir.* & alius, *si certum petatur de suffragijs*, qui pertinent etiam ad alias res, quam ad pecuniam numeratam. Verum sunt qui putant, actione *si certum petatur* pecuniam tantum numeratam peti, non aliam rem, licet si certa. Et pro iis facit *l. 1. ff. de condict. tritic.* quæ prima specie id videtur affirmare, nisi dicamus in ea lege 1. condictionem triticariam comparari cum condictione certi. quod verius est, & notauit etiam Accurs. in ea l. 1. Hoc modo vtraque est generalis in hoc conueniunt. Cæterum condictione triticaria pecunia numerata non petitur: Certi condictione siue actione si certum petetur petitur etiam pecunia numerata. Ex quo male id circo colligunt, solam pecuniam numeratam peti actione si certum petatur, cum id dicatur comparatione condictionis triticariæ, qua non petitur pecunia numerata sed aliud quidlibet. Est etiam alia differentia, quod certi condictio certum duntaxat condicat: triticaria & incertum, vt seruitutem, possessionem, *l. 1. & 2. de condict. tritic.* In lege 1. ea actio appellatur *triticiaria*, vt in Pandect. Flor. est scriptum, in titulo appellatur *triticaria*, & a Græcis quoque, a tritico scilicet (vt opinor) re omnium quæ per eam actionem petuntur nobilissima, vt dicuntur *sementes triticariæ* in antiquo Kalendario Romano. Ergo sub titulo *de reb. cred. si cert. pet.* prætor proposuit certi condictionem generalem: proposuit deinde condictionem specialem ex mutuo: de qua potissimum eodem titulo agitur. Et ideo ibi additur, *& de condictione*, id est, de actione etiam ex mutuo. Iustinianus hoc probat §. *1. quibus mod. re contrah. oblig. ex mutuo*, inquit, *nascit ractio, quæ vocatur condictio*, vt in illo titulo. Male quid in addunt certi condictione. condictio enim est repetitio pecuniæ creditæ siue mutuo datæ. sic Græci dicunt condictitia, ἡ ἀπαιτητικὴ ἀγωγὴ τοῦ δανείου.Ergo in eodem titulo Prætor proponit certi condictionem generalem & condictionem specialem ex mutuo. In sequen. titulis proponuntur aliæ quædam condictiones, vt *in debiti, ob rem dati, & sine causa, & furtiua*, cui est proxima condictio *rerum amot.* quæ tamen est reiecta in quartam ff. partem, vbi agitur de dotibus. Item condictio ex lege, *& triticaria.* Inter condictiones Græci quoque numerant condictionem *bene depensi*, his verbis: *Condictio de bene depensis*, περὶ τῶν καλῶς δαπανημάτων. De ea condictione nihil in Pandect. quod exoleuisset. At in sentent. Pauli est de ea aliquid *lib. 1. tit.* 19. dum ait, quasdam actiones ex inficiatione crescere in duplum, vt *indicati.* Hæc, si reus inficietur, crescit in duplum. Item *depensi*, vt si quid procurator vel gestor bene dependerit in rem domini, habet condictionem bene depensi. quod si inficietur dominus, id est, si nolit depensum agnoscere, crescit in duplum. inficiatio it in duplum: Et ideo specialiter de bene depensis proposita fuerat condictio. Sub eo titulo *de rebus cred. si cert. pet.* edixit etiã prætor de alijs quibusdã, vt de commodato & pignore, vt ait *l. 1.* Non dicit lex Prætorem edixisse de mandato, aut deposito, aut societate, aut empto, vendito, locato, conducto. de quibus tamen in ea ff. tertia parte edicta proponuntur. sed dixit tantum, sub eo tit. Prætorem edixisse de commodato & pignore: quia ille titulus non profertur ad vniuersam tertiam Digestorum partem, sed suis finibus continetur. Eo autem titulo vna cum certi condictione & condictione speciali de commodato & pignore aliquid fuit insertum, non de alijs contractibus. Postremo sub eo titulo prætor edixit de iureiur. Et ideo in sententijs Pauli lib. 2. & in tit. 1. huius libri additur, *& de iureiurando.* Tractatur autẽ ibi prius de solo iureiurando ob honorem religionis. At quod diximus de hoc titulo, idem est existimandum de titulo *de Iudiciis, & vbi quisque agere*, scilicet non esse titulum eum totius secundæ partis generalem, sed specialem, in quo tractetur *de iudic. accipiendis & contestandis, de officio iudicis, de foro compet.* de quibus nihil in sequentibus titulis 2. partis. Theophil. tit. *de offic. iudicis* vocat de iudiciis: in §. *quædam de actionibus* in Græco scilicet, non in versione latina. Temere etiam quidam ad quintam partem D. apposuerunt titulum de testam. quasi eius quintæ partis generalem. Male. Repugnant Pandectæ Florent. & constitut. Iust. scilicet illæ de confirm. Digest. in quibus cæterarum partium singulos libros singulas partes appellat. Vnde illud quæri dignum est, cur prima pars ff. habeat propriam appellationem τῶν πρώτων, secunda item de *iudiciis*, 3. *de rebus.*

bus. cæteræ partes ff. non habeant propriam appellationem, sed *singuli earum libri singulares* dicuntur. Id demonstrat Constitutio Iustinianæa de confirmatione Pandectarum, ex qua constitutione auditoribus iuris prima, secunda, tertia pars ff. explicatur quælibet integra, vel (vt ipse ait) *continua serie*, sed & nulla penitus derelicta. Itaque singulæ hæ partes propria appellatione demonstrantur. Prima, πρῶτον quod nulla alia præcedat: secunda, *de iudiciis*, ob primum titulum, non quod sit tota de iudiciis. tertia *de rebus* a primo tit. reliquæ partes Digestorum secundum Iustiniani constit. non explicantur integræ, non continua serie sed abrupta, ideoque propriam appellationem non habent, sed singuli eorum libri dicuntur μονοβίβλα. Si quarta pars ff. quæ constat octo libris, explicaretur vno contextu, & tenore, integra appellaretur a primo titulo de pignoribus, sed quia explicatur abrupte & inordinate, ideo singuli eius libri singulares dicuntur.

Ad L. I.

L. 1. Neque æquam, neque vsitatam rem desideras, vt æs alienum patris tui non pro portionibus hereditariis exsoluatis tu & frater coheres tuus, sed pro æstimatione rerum prælegaturam, cum sit explorati iuris, hereditaria onera adscriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec tu ipse ignorare videris: cum creditoribus, secundum formam veteris iuris, proportione tua caueris.

PRimæ legis species hæc est: Pater duos filios heredes scripsit, singulis quædam prælegauit, vt ea haberent præcipua. vnus ex eis mortuo patre cauit creditoribus hereditariis pro portione sua: nunc postulat a principe, vt non ex hereditariis portionibus ipse & frater coheres æs alienum patris agnoscant, sed pro modo rerum prælegatarum. Cautio quam præstitit, est secundum formam veteris iuris, quia cauit pro portionibus hereditariis. veteris iuris, id est, lege 12. tabularum: Nam hoc est ex 12. tabul. vt actione si certum petatur heredes tantũ teneantur pro portione hereditaria. Hæc obligatio ipso iure diuiditur ex 12. tabul. *l. vlt. inf. de hered. act. l. pacto, sup. de pact. l. 7. sup. famil. ercisc. l. heredis §. idem iuris, ff. famil. ercisc.* quod vocatur alibi lex antiqua, *l. 1. inf. de except.* & ius ciuile, *l. si te bonis, inf. de iure delib.* Cum ergo cauit pro sua portione, secundum 12. tabulas cauit; desiderium tamen eius est contra XII. tabulas; nam ex XII. tabulis heredes debitoris hereditariis creditoribus tenentur pro portione hereditaria, non pro ratione prælegatorum, *l. 35. ff. de hered. instit.* Legatarii & prælegatarij non conferunt ad æris alieni solutionem, ad Falcidiam conferunt. Deducto prius ære alieno, ex eo quod superest, legata & prælegata sumuntur, & soluuntur. Itaque sunt pura sæpe, id est, sine onere æris alieni, & soluuntur purgato patrimonio defuncti. Verum quod dicitur ex XII. tabulis heredes teneri pro portione hereditaria, hoc ita procedit, si conueniantur certi condictione, non si incerti, & si conueniantur in personam, non in rem, *l. 1. ff. de interrog. in iure fac.* si conueniantur incerti, puta ex stipulatione iter dari, vel ex stipulatione opus fieri, quæ obligatio est indiuidua & incerta, singuli heredes tenentur in solidum plerumque *l. 2. §. ex iis, l. in executione, ff. de verb. oblig.* Rursus si agatur in rem, qui possidet rem, in solidum tenetur, damnaturque in solidum, vel pro qua parte possidet, non pro parte hereditaria: nam hanc actionem possessio parit, *l. si possessor, ff. de rei vindicat l. 2. §. vlt. de prætoriis stip.*

Ad L. II.

L. 2. Quamuis pecuniam tuam Asclepiades suo nomine crediderit, stipulando tamen sibi ius obligationis quæsiuit. Quam pecuniam, vt possis petere, mandatis tibi ab eo actionibus consequeris.

HÆc l. est de eo qui alienam pecuniam mutuam dat suo nomine, quod sæpe faciunt procuratores & gestores, interdum curatores & tutores. Is autem qui id facit, ex numeratione condictionem non habet, quia alienæ pecuniæ datione mutuum non contrahitur: quia dominium accipientis non fecit, quod in mutuo desideratur. At ex consumptione condictionem habet. Consumptio conciliat mutuum, quod numeratio non conciliarat. *l. si ego 18. l. non omnis, in fi. & l. nam etsi fur, de rebus cred. l. si quis pro eo §. si nummos, ff. de fideiussor.* Denique exstans pecunia ab eo condici non potest, consumpta potest. Quod est accipiendum de condictione certi. Nam exstantem pecuniam puto ab eo etiam condici posse, incerti tamen, vt scilicet vel possessio reddatur, quam habuit ante pecuniam numeratam, dominium quidem non transtulit in accipientem, sed possessionem, quam incerti condicet, extante pecunia non consumpta, argumento legis *indebiti §. sed etsi nummi, de condict. indeb.* quod si is, qui alienam pecuniam suo nomine credidit, eam sibi reddi sit stipulatus, tunc habet certi condictionem ex stipulatione, vt in *h. l.* non ex numeratione, vel consumptione, non aliter quam si suo nomine suam pecuniam creditam sibi stipulatus fuisset, nam & tunc haberet tantum condictionem ex stipulatione, non ex mutuo, *l. 6. & 7. ff. de nouation.* Nunc videndum est an actio competat pecuniæ domino. Certe ex numeratione vel consumptione dominus pecuniæ condictionem non habet, quia vtraque est ex mutuo. At mutuum non est contractum eius nomine. Ergo non habet condictionem ex mutuo, non habet etiam ex stipulatione, cum etiamsi is, qui numerauit pecuniam suo nomine ei stipuletur, nihil agat. Alteri enim stipulamur inutiliter: alieno tamen nomine non credimus inutiliter. Hoc iure singulari receptũ est vt si tuo nomine credam pecuniam, tibi acquiram actionem, cum tamen si tuo nomine stipuler, eam tibi non acquiram. verum habet alias actiones pecuniæ dominus, nimirum exstantis pecuniæ vindicationem, & de male pecunia consumpta actionem ad exhibendum, *l. rogasti in fi. ff. de rebus credit. & §. nunc admonendi, Instit. quibus alien. lic. vel non.* Idem etiam dominus pecuniæ habebit condictionem ex consumptione & stipulatione directam, si is qui pecuniam suo nomine credidit, vel qui eam sibi reddi stipulatus est, eam actionem illi cesserit & mandauerit. ex cessione habebit condictionem ex stipulatu vel mutuo directam, *h. l. 2.* imo vero habebit etiam condictionem, ex stipulatu, & ex mutuo sine cessione, argumento *l. 4. inf. hoc tit. l. si & me & Titium, ff. de rebus cred.* Ita etiam videtur Cyno & Bartolo. Nec obstat si dixeris, hanc actionem vtilem tantum pupillis dari, vel adolescentibus, vel mente captis, & militibus, quorum pecuniam alius suo nomine credidit. Videtur tantum illis personis hæc actio vtilis dari, non aliis, *l. 2. ff quando ex facto, &c. l. si pecuniam, ff. de reb. cred. l. 6. sup. de rei vind.* Idque ita verum est, his personis actionem vtilem dari, seu is qui pecuniam eorum numerauit, sit soluendo, seu non. At aliarum personarum pecunia credita, eius quorum pecunia est, vtilem condictionem non dabimus, nisi cum is qui numerauit, non est soluendo, id est, cum dominus pecuniæ, actione mandati vel negotiorum gestorum ab eo propter inopiam eius suã pecuniam seruare & consequi non potest. Hoc

plane casu domino pecuniæ dabimus vtilem actionem A sine cessione aduersus eum qui pecuniam accepit, argumento, *l. vxor a marito, de donat inter vir. & vxorem*. Sic e contrario ex l. 4. huius tit. si negotiorum gestor absentis pecuniam eius nomine crediderit, non proprio, & is nomen improbauerit, id est, si nolit agere cum illo debitore, tum gestori dabitur condictio directa ex cessione, id est, si dominus eam ei cesserit, vel etiam sine cessione vtilis, *d. l.* 4. Non est illud omittendum, quod hic Accursius tradit hac lege. Cum quis credidit alienam pecuniam suo nomine, & ipsum & dominum pecuniæ habere actionem: Nam dominus pecuniæ habet vel vindicationem, vel vtilem actionem. At agente domino tuendus debitor aduersus eum qui numerauit ne duobus eiusdem summæ nomine te- B neatur.

Ad L. 3. Eos qui.

Eos, qui officium administrant, neque per se, neque per suppositas personas, tempore officij sui in prouincia fœnus agitare posse, sæpe rescriptum est.

IN l. 3. hoc tantum ostenditur, Præsides prouinciarum vel procuratores Cæsaris ie prouinciis exercere non posse fœnus tempore sui officii: Nam ij honores erant annui. addendum etiam eos non posse mutuam pecuniam neque gratuitam dare, *l. principal. de reb. cred.* ne scilicet inde aliquid tacite semper extorqueant a Prouincialibus. Qua ratione etiam ibi non possunt negotiari, nec emere, *l. non licet, l. cum officij. de contr. empt.* C *l. vn. C. de contr. iudicum.* nec donata consequi. Verum aliud seruatur in apparitoribus eorum & officialibus: Nam ij fœnus exercere, & mutuam pecuniam possunt dare, *l. § 4. præsidis, ff. de reb. cred.* Lex vtitur hac ratione, quia sunt perpetui, id est, perpetuo manent in prouincia, & singulis quibusque præsidibus ad tempus parent *l. 59. C. Theod. de appellat.* Præses apparitores secum non ducebat, sed sumebat in prouincia, in qua erant certi & statuti apparitores præsidum. Si iis non licet fœnerari aut mutuum dare in perpetuum ratione officii, quod est perpetuum, interdicetur eis commercio mutui, quo maxime humana vita indiget. Ob id licet eis mutuum dare & fœnerari. At quæritur an præses possit mutuum sumere, & *d. l. præsidis* ait posse. Opponitur *l. quisquis, infra h. t.* ex qua colligunt præsidem D etiam non posse sumere mutuam pecuniam, quod esset illi auferre subsidium inopiæ. At non non est ita. Duo tantum casus proponuntur *in l. quisquis*, quib. is qui pecuniam credidit præsidi, coercetur. vnus est, si pecunia credita præsidi, in prouincia versetur is qui credidit quasi mercator legum & prouinciæ, id est, πρόξενος, & quasi a præside ius ad suam voluntatem nundinari possit, quasi a præside quiduis obtinere possit, quem obæratũ habet. Si ita versetur in prouincia quasi quiduis possit in præsidem, ipse relegatur, non iudex qui pecuniam sumpsit vt suæ inopię consuleret & nihil admisit. At coercetur etiam iudex, si collectarius honorem ambienti pecuniam crediderit, qua honorem emeret, quo casu vterque relegatur, & qui sumpsit & E qui dedit. collectarius, id est, nummularius. Symmachus *Epist. 42. lib. 10.* quos initio vocat collectarios, postea dicit nummularios. Igitur ea lege *quisquis* coercetur emptor honorum & potestatum, & qui pretium honorum ei mutuum dat. Id non est omittendum, magistratus a reis sumere turpiter mutuam pecuniam, *Gellius lib. 12. cap. 12.* Sunt qui dicant, sumere mutuum proprie dici eos, qui non sunt redditur i. Sic intelligunt illum versum *in Suetonii Cæsare, heic sumpsisti mutuum.* at id certum non est. putant etiam in *l. scriniarios inf. de num. & actu. lib.* 12. vsum mutuæ pecuniæ interdici scriniariis & numerariis præfectorum prætorio & male: Nam ea lex, est scripta ad præfectum prætorio. Nam si licet præsidibus mutuam pecuniam sumere, licebit etiam præfecto prætorio. si eis, cur non & eorum officialibus? sed lex ait, vt præfectiani, id est apparitores præfecti prætorio pro expensis publicis non cogantur mutuam sumere pecuniam, vel se obligare, vel etiam promittere aut polliceri pecunias, ne officio deposito damnum sustineant. At mutui vsus non interdicitur, sed ne cogantur mutuum sumere pro expensis publicis.

Ad Legem 4.

Si absentis pecuniam, &c. Explicui supra in l. 2.

Ad L. 5.

L. 5. Si non singuli in solidum accepta mutua quantitate, vel stipulanti creditori sponte vos obligastis (licet vni numerata sit pecunia) vel intercessionis nomine hanc pro reo suscepistis obligationem: frustra veremini, ne eius pecuniæ nomine vos conuenire posit, quam alij mutuo dedit, si intra præstitum tempus rei gestæ quæstionem detulistis. Ac multo magis inanem timorem geritis, si pecunia numerata, oleum susceptum instrumento sit collatum: cum si reddendi stipulatio nulla subiecta est, & huius rei est habita solemnis contestatio, in suo statu remanente eo, quod vere factum intercessit, ex olei accepti scriptura nihil debere, manifestum est.

DVo rei debendi quemadmodum constituantur stipulatione notissimum est: si singuli separatim eandem rem stipulatori promittant, vel si pro reo principali singuli in solidum fideiubeant. At quemadmodum ex mutuo duo rei debendi constituantur, non satis constat: quinimo videntur non posse constitui, cum non possit duobus pecunia ita dari, vt dominium eius penes duos sit in solidum. quam dubitationem adfert Accurs. verum quia duo te rogarunt pecuniam mutuam, id agebatur, vt singuli tibi in solidum obligarentur. vni pecuniam numerasti, duobus in solidum numerari non potuit, duo sunt rei debendi qui te rogarunt. Et generaliter cũ id agitur, vt numeratione vni facta, singuli in solidum teneantur: ita ex mutuo fiunt duo rei debendi siue ambo promiserint, se eam pecuniam soluturos, siue non, & is cui pecunia non est numerata, non habet exceptionem non numeratæ pecuniæ. Satis enim est, quod vni sit numerata, *l. 4. inf. de duobus reis.* At si id non agatur, vt numeratione vni facta, singuli in solidum obligentur, aut si ambo non promittant stipulanti, vel si pro reo principali ambo non fideiubeant, non sunt duo rei. Et licet instrumento sit comprehensum, duobus fuisse pecuniam numeratam, tamen is cui non est numerata, habet exceptionem pecuniæ non numeratæ, quam debet contestari intra præscriptum tempus, id est, intra quinquennium ex veteri iure, vel, ex constitut. Iustin. intra biennium. post biennium sequimur instrumentum, nec locus est exceptioni. contestanda est igitur intra biennium. contestatione perpetuatur, *l. vlt. de condict. ex lege.* Et querela potius quam exceptio, cum etiam nullo agente contestetur. Querela igitur est & contestatio non sumptæ pecuniæ. Similiter, si numerata pecunia instrumento sit comprehensum oleum mutuo datum esse, intra præstitutum tempus competet exceptio non dati olei. Quod ita procedit, nisi is, qui pecuniam mutuam sumpsit, pro ea stipulanti promiserit, se oleum redditurum, *l. eo quod, infra hoc tit.* Et est quod ait *l. 5. cum si reddendi stipulatio nulla subiecta, &c.*

Ad

Ad L. VI. & VII.

L. 6. Si ex pretio debitæ quantitatis facta nouatione per stipulationem, vsuras licitas ab eo, contra quem supplicas, stipulatus es, falsa mutuo datæ quantitatis demonstratio præmissa, cum obligationis substantia non defecerit, quo minus vsque ad modum placitum vsuræ possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis, tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est, & eius præstari fœnus conuenit: simulatis pro infectis habitis, huiusmodi placitum nihil de præcedenti mutauit obligatione.

Species hæc est: Debes mihi pecuniam ex causa venditionis: nouandi animo eam sic de te stipulor, quod te mihi dare oportet ex causa mutui, id dare spondes cum vsuris semissibus? Error est in causa obligationis: Nam, quod mihi debetur ex causa venditionis, stipulor quasi debitum ex causa mutui. Hic error non vitiat stipulationem, nec impedit nouationem, quia aliqua exstitit obligatio. si vero nulla prorsus extitisset obligatio, indebitum esset, argumento *leg. indebitum 47. D. de cond. indeb.* si modo id non sciuisset promissor, *l. fideicommissum, ibid.* existit, inquam, obligatio, si non mutui, vt falso præmissum est, at certe venditionis, quæ in stipulationem transfertur. Et, vt ait hæc lex, non deficit substantia obligationis, quæ dicitur constantia debiti, *l. 11. §. si rem suam, de leg. 3.* Igitur nouatio fiet, etsi falso præcedentis obligationis causa sit expressa, id est, pro vendito mutuum. At quæro quid sit, si sine stipulatione ita conuenerit pacto nudo, quod mihi debes ex causa mutui cum vsuris semissibus dabis. ita conuenit sine stipulatione. Et placet, ex hac conuentione non nouari obligationem empti venditi. Obligationē nō nouat obligatio. Pacti nudi nulla est obligatio. Igitur permanet eadē obligatio. Puto tamen vsuras de quibus illo pacto cōuenit, venire in iudicium ex vendito quod non nouatur, *l. qui negotia, ff. mand.* quod Accurs. non animaduertit. Id autem hoc modo quem proposui non conuenit, vt pecunia, quæ debebatur ex vendito, mutua fieret, sed adscripta falsa causa obligationis, puta mutui, conuenit de vsuris. verum si ita conuenisset, vt ea pecunia fieret mutua, quod tamen non ita proponitur in hac lege an fieret mutua? Accurs. existimat, *l. aduersus, inf. de non num. pec.* probari mutuam fieri ex conuentione pecuniam, quæ debebatur antea ex alia causa: quia lex ait, *cum ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur.* Sed eo loco *chirographum*, id est, in stipulationem, non in creditum. Id tamen aperte probat *l. singularia, ff. de rebus credit.* Species est. Si ei, qui mihi pecuniam debet ex causa mandati, eam creditam volo, creditum fit. Ergo si ei, qui mihi debet pecuniam ex causa venditi, creditam volo, creditum fiet. Initio lex ait, *quædam singularia*, id est, contra ius commune, *esse recepta circa pecuniam creditam*, propter eius vsum crebrum & necessarium. Iure communi mutuum non cōtrahitur, nisi nummos meos acceperis; iure tamen singulari est receptum, vt mutuum contrahatur, si debitorem meum iussero tibi soluere pecuniam, dum eam tibi volo credere, & eam acceperis ab eo debitore. mutuum contrahitur, licet meos nummos non acceperis. Idemque est, si alium quam debitorem meum iussero tibi dare meo nomine, & is dederit, vel etiamsi alius vltro me ignorante tibi pecuniam dederit meo nomine, ego videor tibi credidisse, licet nummos meos non dederit, *l. certi §. si nummos, eod. tit.* quod fictione quadam sustinetur, quasi videar ipse nummos dedisse. ex eo quod receptum est, Vlp. colligit in d. *l. singularia*, mutuum contrahi (quod tamen non ita est receptum omnium consensu) si pecuniam, quam mihi debes ex mandati causa, in causam crediti te habere volo, & mihi debere. Nam & hæc est ratio Vlpiani: si dum nummos mihi ab alio debitos accipis, meos videris accipere, cur etiam, dum nummos a te mihi debitos vsurpas, non videris meos nummos vsurpare? Denique cum vtroque casu mutuum non contrahitur, si per debitorem meum hoc fit, cur non fit etiam per teipsum, qui es debitor meus? Cur non admittitur fictio in hac specie, quæ in illa est recepta? Hæc est ratio Vlpiani. Cum quo pugnat Africanus, *l. qui negotia, ff. mand.* Et certe pugnat vt ex veteribus Fulgosius; ex nouis Molinæus aduerterunt. cuius sententiæ duo sunt argumenta. Primum quod dicit Africanus *d. l. qui negotia*, aperte opinionem Vlpiani refellit, & rationem, qua Vlpianus vtitur; itaque plane ei est animus contradicere. Alterum est, quod in alia etiam re, in eadem lege dissentit ab Vlpiano. Species *l. qui negotia* hæc est: Pecuniam mihi debes ex causa mandati, ex negotiorum meorum administratione, forte quia pecuniā exegisti a debitoribus meis, vt meus procurator. cōuenit vt eam pecuniā, quā ex mihi deberes & mandato, quasi creditam debeas cum vsuris semissibus. Quæritur an credita fiat? Africanus ait, nuda conuentione pecuniam creditam non fieri. Obstant duo. primo, quod si pecuniam, quam mihi debes ex causa depositi, creditam volo, mutuum contrahitur, *l. certi §. vlt. & l. seq. ff. de reb. cred.* & quidem solo consensu. Sed hoc casu nummi depositi mei erant, & qui mei erant tui fiunt. Ex causa autem mandati nummi nondum erant mei, quia nondum traditi. Nummorum non meorum creditum non fit nudo pacto. Obstat secundo ratio, qua vtitur Vlpianus *in l. singularia*, mutuum contrahi, si a debitore meo mea voluntate nummos accipis. Cur ergo non est etiam in hac specie? ita respondet Africanus, id hoc tantum casu benigne esse receptum vsu & consensu omnium, vt mutuum fiat, si mea voluntate a debitore meo nummos acceperis, licet meos verum sit te non accepisse, id est singulare; ideo non est hoc temere trahendū ad cōsequentiā & ad casus alios. Itaq; non dicemus, mutuū contrahi, si pecuniam, quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo. Item non dicemus mutuum contrahi eadem ratione, si ego tibi dedi rem uendendam, vt pretio vtereris quasi credito; qua in re & Africanus aduersatur Vlpiano, qui putat etiam hoc casu mutuum contrahi, *l. rogasti, de reb. cred.* Vlpiani sententia nititur fictione quadam & vtilitate, ideo tutius est eam sequi propter vtilitatem. Africani sententia nititur mero iure, quo quidem iure mutuum contrahitur re, id est, traditione propriæ pecuniæ, non pacto. Pacto quidem fieri hoc potest, vt pecuniæ redactæ ex ea re, quam tibi vendendam dedi, ad te pertineat periculum, idque videtur agi, cum id agitur, vt eam retineas mutui iure, propterea quod in mutuo pecuniæ periculum est semper debitoris, *l. incendium, inf. hoc tit.* Et ob id ex hoc etiam pacto pecuniæ periculum ad te pertinebit, & pecunia tamen non erit mutua. Idem dicendum est, si pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, creditam volo: Nam periculum pecuniæ ex ea conuentione ad te pertinebit, quod etiam admittit African. mutua tamen pecunia non fiet. Ideoque vsuræ etiam, de quibus illa conuentione cautum est, venient in actionem mandati, quod sit bonæ fidei, id est, iudex addictus actioni mandati habebit rationem vsurarum, de quibus conuenit, quæ tamen non deberentur ex nuda conuentione, si pecunia esset credita: nam in mutuo nunquam veniunt vsuræ ex pacto, necessaria est stipulatio vsurarum, *l. idemque §. si quis Titio, ff. mand. l. Titius, ff. de præscript. verb. l. 3. inf. de vsur.* Itaque in illa specie non mutatur obligatio mandati, & pactum proficit ad vsuras. Item vt procuratoris sit periculum, vt pecunia sit periculo mandatarii, non mutat tamen pactio causam obligationis. Postremo in mutuo

non est spectandum, a quo sit pecunia profecta, sed an qui dedit, propriam dederit. Nam propriæ pecuniæ mutuum contrahitur, non alienæ. Non est quærendum, qui dederit, a quo habuerit pecuniam, sed an sibi acquisitam dederit. Ita si dederit, mutuum fiet, *l. 7. hoc tit.* vbi legitur rectius, *si propriam*, id est, an propriam, Græcorum more.

Ad L. VIII.

L. 8. Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum, vel iumentas, vel alias species vtriusque consensu æstimatas accepisti, dato auro pignori: licet vltra vsuram centesimam vsuras stipulanti spopondisti: tamen sors, quæ æstimatione placito partium definita est, & vsurarum titulo legitima summa tantum recte petitur. Nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretij pignus, quod dedisti, proponis, quo minus huiusmodi quantitatis solutioni pareas.

SI ego tibi rem vendendam dedi, vt pretio vtereris quasi credito, & eam vendideris, & pretio sis vsus, mutuum est ex sententia Vlpiani, & mihi competit condictio, *l. rogasti, de reb. credit.* Ex sententia Africani non est mutuum *ex l. qui negotia, mand.* sed negotium est incertum, ex quo dabitur actio præscriptis verbis. At quid si, cum me mutuam pecuniam rogares, non tibi rem vendendam ea lege dedi vt pretio vtereris, sed tibi dedi rem æstimatam pro pecunia, an mutuum contrahitur? Hæc lex vult contrahi mutuum datione rei æstimatæ. Quem casum Accurs. male confert cum specie *l. rogasti*, qua mutuum non contrahitur nisi re vendita & demum pretio contrectato. Hoc autem casu æstimationis, mutuum contraheretur statim ab initio. Finge igitur, pro centum aureis, quos mutuo petebas, dedi tibi rem 100. aureis æstimatam vtriusque consensu, etiam accepi abs te pignus minoris pretii, puta 80. Sorti quæ est 100. non respondet pretium pignoris. An ergo eo minus condicetur ex sorte? Non. quod in fine huius leg. proponitur. Nam etsi pignus datum pluris fuerit, non ideo tamen plus veniet in obligationem sortis, quam sit numeratum. Denique ex pignoris pretio sortis petitionem augeri vel minui non oportet. At finge, eius sortis vel æstimationis nomine stipulatus sum abs te vsuras vltra centesimam: & ideo supra modum legitimum: Nam ante Iustinianum vsura legitima erat centesima, nec excedebat centesimam, *l. 1. & 2. C. Theodos. de vsur.* Item etiam constat ex eo quod Paulus scribit *2. sentent. tit. de vsur.* vsuras supra centesimam solutas sorti imputari, quod scilicet supra centesimam iure non exigantur. Idem probat *l. 4. §. operis, ff. de naut. fœn.* si modo ita accipiatur; post diem suscepti periculi, id est, quo iam non est periculum creditoris, vsuram vel pœnam pro operis serui nauticæ pecuniæ causa non deberi supra centesimam, id est, post diem periculi ius commune seruari, quo vsura grauior centesima non permittitur. Idem hæc lex etiam 8. optime probat: quia hæc lex 8. quam vocat initio *centesimam*, postea vocat *legitimam*: Nam initio est legendum, *licet vltra vnam centesimam*, vt scripti habent, deinde sequitur, *vsurarum titulo, legitima tantum recte petitur.* Ita recte in Norico, non addito, *summa*, id est, vsura centesima, non quæ excedit centesimam. Videtur illa esse sententia, illam stipulationem immodicæ vsuræ, in eo quod excedit centesimam, esse illicitam. vsuram centesimam tamen ex ea stipulatione peti posse, & vtile per inutile non vitiari. Ideoque sortis etiam petitionem ob immodicam stipulationem vsurarum non vitiari, *l. pecuniæ, in pr. & l. vsuras, & l. placuit, D. de vsur. l. eos §. si quis autem, infra eodem tit.* Denique creditores sortem non amittunt, quod contra legem sint vsuras stipulati vel exegerint. Quid igitur fit? an coercentur alia pœna creditores? Non, sed quod excedit legitimum modum vsurarum, si exigatur vsurarum nomine, imputatur sorti, & sorte impleta repetitur quasi indebitum. nulla alia pœna iure nostro est constituta in eum, qui fœneratur supra modum legitimum. olim tenebatur in quadruplum, *l. 2. C. Theod. de vsur.* quod est ex iure vetustissimo. *M. Cato lib. de re rustica: Maiores, inquit, in legibus posuerunt. furem dupli condemnari, fœneratorem quadrupli.* Ascon. de Diuinat. Cic. *Quadrupli condemnari solent aleæ, aut pecuniæ grauioribus vsuris fœneratæ.* Sunt etiam qui notarunt ex 5. *ad Atticum l. Gabinia* cum, qui esset fœneratus supra modum legitimum, amisisse sortis petitionem. Hoc non continetur libris nostris. Nam creditor sortem non amittit ob vsuras illicitas, neque etiam vlla pœna tenetur: sed vel reddit quod superexegit, vel imputat sorti.

Ad L. IX. & l. XII.

L. 9. Cum te in Gallia cum Syntropho certum auri pondus itemque numeratam pecuniam mutuo dedisse, vt Romæ solueretur, precibus adseueras; aditus competens iudex, si duos reos stipulandi, vel re pro solido tibi quæsitam actionem, siue ab heredibus Syntrophi procuratorem te factum animaduerterit, totum debitum alioqui quod dedistis solum restitui tibi iubebit.

12. Si in rem communem cum Ione mutuam sumpsisti pecuniam; nec re nec solemnitate verborum vos obligastis in solidum: & si eam post integram soluisti: de restituenda tibi parte contra Ionem experiri, vt debitum poscens, iudice cognoscente potes. S. xv. Kal. Septemb. CC. Conss.

FInge: duo pecuniam mutuam dederunt: singuli habent actionem pro parte, non in solidum, nisi facti sint duo rei credendi: fiunt autem duo rei credendi per stipulationem, si singuli in solidum pecuniam eam sibi reddi stipulentur. Et fiunt ex mutuo, id est, *re*, vt l. 9. loquitur, videlicet si id agatur, vt vno numerante pecuniam, debitor singulis obligetur in solidum: quo genere fiunt etiam duo rei debendi. re, id est, ex mutuo, *l. 5. supra*, Et omnino hac in re quod traditur de creditoribus idem est statuendum in debitoribus ex *l. 12. §. 1.* Finge: duo mutuam pecuniam sumpserunt in rem communem: singuli tenentur pro parte, non in solidum, nisi sint facti duo rei debendi, per stipulationem scilicet, vel re, id est, ex mutuo. Igitur si cum non essent facti duo rei debendi, vnus pecuniam solidam soluerit, qui tenebatur tantum pro parte, partem quam soluit pro altero, ab eo repetet, actione negotiorum gestorum. Putat Accurs. *d. l. 12.* etsi fuerunt duo rei debendi, ei qui solidũ soluit, dari actionẽ negotiorum gestorum: quod est falsum, cum soluerit pro sua obligatione, non quasi alienum negotium gerens. Verum dabitur ei qui soluit actio pro socio, si socii fuerint, *l. 1. alias 2. inf. de duobus reis.* vel etiam ei, qui soluit solidum, dabitur actio mandati, si duo rei debendi vice mutua fideiusserint & soluerint partim suo nomine, partim fideiussorio, *l. reos, D. de duobus reis*, quæ lex ait, duos reos nõ inutiliter vice mutua fideiubere. Cur non inutiliter? quia ita sibi parant actionem mandati vel: etiam vtroq; casu, id est, siue fuerint duo rei debendi, siue non, ei qui soluit solidum, dabitur condictio ex cessione creditoris, id est, si creditor ei suam actionem cesserit. Puto etiam vtroque casu dari vtilem condictionem etiam sine cessione. Et hoc significari in *l. 12*, dum ait, *vt debitum poscens*, id est, creditam pecuniam vtili condictione. sic accipi debet. Deinde, quod attinet ad speciem legis 9. non est dubium ei qui soluit solidam pecuniam condictionem partis dari. ei qui

qui dedit mutuam pecuniam cum altero, licet non sint duo rei credendi, condictionem competere in solidum, partim suo, partim procuratorio nomine, si habeat mandatum: alioquin si non sint duo rei credendi, singulis competit condictio pro parte tantum; idque seu pecunia quam dederunt, communis fuerit, siue vnius propria in solidum. cum detur communi nomine, benigne receptum est, vt mea pecunia videatur numerata, cum meo nomine alius suam pecuniam numerauit, *l. certi §. si nummos, D. de reb. cred.* Ergo, si quid communi nomine numeretur, vterque habet condictionem pro parte, cum non sunt facti duo rei, licet pecunia ad vnum tantum pro solido pertinuerit, nec communis fuerit.

Ad L. X.

l. 10. Eo quod a multis proprij debiti singulorum obligationis vno tantum instrumento probatio continetur, exactio non interpellatur. Nam si pro pecunia, quam mutuo dedisti, tibi vinum stipulanti, qui debuerant, spoponderunt: negotij gesti pœnitentia contractum recte habitum, non constituit irritum.

HVius legis duæ sunt partes. In prima hoc ostendit, in vno instrumento multorum debita singulorum propria comprehendi posse, nec cuique debito seorsim suum instrumentum tribui necesse est. Non ideo interpellatur condictio, quod singula debita singula instrumenta non habeant. Possunt vna charta diuersorum plura debita contineri. In secunda parte ostenditur, mutua sumpta pecunia, pro ea vinum condici posse, si reddendi vini stipulatio sit subiecta, *l. 5. sup.* etiamsi promissorem promissi statim pœnituerit: hæc enim pœnitentia non rescindit stipulationem iure factam. Id tantum notandum in *hac l.* 10. articulum, *Nam,* esse accipiendum παρενθετικῶς, quia sunt duo diuersi casus.

Ad legem XI.

L. 11. Incendium ære alieno non exuit debitorem.

IN hac lege debitor accipitur stricte, & proprie pro eo qui mutuā pecuniam sumpsit, atque ita etiam creditor proprie pro eo accipitur, qui mutuam dedit pecun. *l. creditores. D. de verb. sig.* creditores, inquit, dicuntur non tantum qui mutuam pec. dederunt, quia non dicuntur plerunque creditores. Sic Harmenopulus recte lib. 3. epit. scribit, creditoris & debitoris nomine plerunque dici ἐπὶ τῶν δανειζόντων, καὶ δανειζομένων. Sententia legis est: pecuniæ mutuæ periculum ad debitorem pertinere, nec mirum, cum sit eius pecuniæ dominus. Commodatarius, depositarius, mandatarius, pecuniæ quam ex his causis debent, periculum non agnoscunt, quia eius pecuniæ non sunt domini, nisi pacto conuenerit, vt eorum esset periculum; vt e contrario pacto fieri potest, vt mutuæ pec. periculum sit creditoris, id est, vt ea pecunia amissa, debitor liberetur, quod fit in nautica pecunia, *l. periculi, D. de naut. fœn.* & aliis etiam causis. Rursus, qui mutuam pecuniam sumpsit, eam ipsam pecuniam, quam sumpsit, non debet, sed neque vllum certum corpus pecuniæ: Ideoque perempta ea pecunia, vel etiam consumptis omnibus bonis debitoris incendio vel alio grauiore casu, non ideo videtur periisse quod debet: nec enim debet certum corpus, sed quantitatem, quæ solo intellectu percipitur nec perire potest. at qui debet certum corpus, vt Stichum vel pecuniam quæ est in arca, eo perempto ante moram, obligatio extinguitur, at perempta pecunia mutua amissis omnibus bonis debitoris, non dicetur periisse, quod debet creditori. Itaque obligatio permanet. Et hoc est quod ait, *incendium*, id est, si incendio omnia sua bona amiserit debitor, non exuitur ære alieno, quod tantum pertinet ad eum qui mutuum accepit.

Ad legem XIII. & XV.

L. 13. Eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fœnori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere portet.

L. XV.

Non aduersus te creditores, qui mutuam sumpsisti pecuniam, sed eius, cui hanc credideras, heredes experiri, contra iuris formam euidenter postulas.

HOc ostendit l. 13. condictione eum teneri, qui mutuam sumpsit pecuniam suo vel alieno nomine. Et est quod ait, licet in res alienas. id est licet alieno nomine. Is autem, cuius nomine est sumpta pecunia, vel cuius in rem sumpta est, nulla actione tenetur, videlicet si non eius contemplatione creditor pecuniam numerauit. Dices, at qui meo nomine pecuniam dat mutuam, mihi acquirit condictionem, cur etiam is, qui accipit meo nomine, condictioni me non obligat? Nimirum quia quod quis dat meo nomine, ego dare videor, & qui accipit, a me accipere videtur. Ideoque mihi condictio competit. At quod quis meo nomine accipit, mihi quidem intelligitur acceptum. Non tamen & datum mihi intelligitur statim, nisi is fuerit animus dantis. Potest quis meo nomine accipere pecuniam, cum tamen creditor eam pecuniam dando me obligari nolit, sed accipientem, cum creditor cum accipiente tantum velit negotium gerere. Quo casu qui pecuniam accipit principaliter obligatur, non is cuius nomine accepta est, non *is cuius in rem versa est.* Et generaliter qui pecuniam sumpsit, tenetur cōdictione etiamsi sibi eam non insumpsit, sed alii. Is cui est insumpta pecunia, & generaliter, is ad quem quoquo modo ea pecunia peruenit, non tenetur; licet ex ea pecunia sit factus debitor debitoris, vt quia sumpta pecunia mutua, eam mox alteri credidit, debitor debitoris priori creditori non tenetur, *l.* 15. §. 1. Posset hic disputari an debitor debitoris possit conueniri. Sed id dicemus titulo, *Quan. fisc vel priu.* verum addatur *l. pen. inf. de oblig. & act.* quæ etiam ostendit, eum teneri qui sumpsit mutuam pecuniam, non eum ad quem ea pecunia peruenit. Seneca 5. *de Benef. cap.* 19. Excipitur tamen ab hac sententia pater vel dominus prædiorum, aut negotiorum, aut rerum in cuius rem versa est pecunia accepta a filiofamil. vel procuratore, vel actore, vel colono libero homine. Qua ex causa non tantum filiusfamil. tenetur, vel actor, aut procurator, sed etiam pater aut dominus negotiorum, de in rem verso, *l. ei qui, & l. vlt. inf. quod cum eo, qui est in aliena potest.* tenetur etiam directa condictione, §. *vlt. Inst. eod. tit.* At quid dicemus, si creditor eius contemplatione numerauit, non accipientis, forte sciens me tibi mandasse vt pecuniam mutuam sumeres meæ rei causa, aut pignorum meorum liberandorum causa? finge igitur: ego id tibi mandaui, creditor pecuniam numerauit negotii mei contemplatione: cognito eo mandato negotii mei causa, quæritur in quem ei actio competat. Et placet hoc casu te qui sumpsisti non teneri ex mutuo, licet mutuum acceperis, quia

non tui contemplatione est numeratum. Ego etiam in hac specie non teneor ex mutuo, quia non mihi credendi causa, sed negotiorum meorum contemplatione eam pecuniam procuratori meo dedisti, vt mea negotia expediret. Itaque non teneor condictione, sed actione negotiorum gestorum quasi institoria, id est, quasi videatur institori meo negotiorum meorum causa credita pecunia; idque siue sit versa ea pecunia in rem meam, siue non: Satis enim est, eam dari negotiorum meorum contemplatione, nec ideo minus tenebor, quod ea sit abusus procurator meus, *l. si pupilli §. 1. & l. liberto, D. de neg. gest.* Itaque hoc casu mutuum contrahitur, nulla tamen in quenquam datur actio ex mutuo, sed datur actio negotiorum gestorum in eum, cuius contemplatione est creditum. Diuersa species est, si Titio mihi pecun. credituro quam rogaui, mandauero, vt eam tibi numeraret ad me perlaturo. quo casu non est dubium me teneri cond. & actio quod iussu non competit. *l. vlt. D. quod iuss.* Diuersa etiam est species, si mandaui creditori, vt tibi tua causa pecun. numeraret. hoc casu teneor mandati, quasi accessio, tu condictione, *l. 7. inf. mand.* Lex ait, *si litteras eius sequutus qui pecuniæ auctor extitit*, id est, is vnde pecunia originem habuit, *l. 7. supra, hoc tit.*

Ad legem XIV.

L. 14. Mutuæ pecuniæ, quam aliis dedit creditor, citra solemnitatem verb. subscribentem instrumento te non habet obligatum.

NOtandum est, pro altero cui pecunia numerata est, alterum non teneri, eo quod subscripsit chirographo debitoris. Non dico, si subscripsit quasi testis, non si vt tutor, quasi interponens auctoritatem, non si vt curator, aut procurator, quæ sunt certissima: Nam qui ita subscripsit: plane non obligatur, sed dico si subscripserit, etiam vt fideiussor non obligatur, quia deficit stipulatio. Subscriptio non est stipulatio. Fideiussor non obligatur nisi interueniente stipulatione. Subscriptio illa habetur pro pacto nudo, quod non parit oblig. Aliud est si quis subscripserit vt pater vel dominus chirographo filii aut serui. qua ex causa tenetur actione quod iussu, *l. 1. §. sed si serui, D. quod iuss. l. 3. inf. quod cum eo qui in aliena potest.* Subscriptio iusso comparatur: ex iusso tantum obligatur pater vel dominus, cæteri non obligantur.

Lex XV. exposita est in l. 13. supra l. 16. in l. 3.
Ad legem vlt.

L. vlt. Super chirographariis instrumentis hæc pro communi vtilitate sancienda duximus, vt si quis pecunias credere supra 50. libras auri voluerit, vel super reddito debito securitatem accipere, cum amplius sit memorata quantitate, sciat non aliter debere chirographum a debitore vel creditore recipere, quam si testimonium trium testium probatæ opinionis per earum subscriptiones idem chirographum capiat. Nam si contra huiusmodi obseruationem chirographum super pecuniis memoratam auri quantitatem excedentibus proferatur: minime hoc admitti a iudicantibus oportet: Quod & in futuris creditis, vel debitorum solutionibus locum habere oportet.

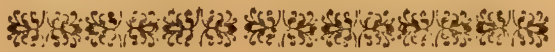
COnd. de qua agitur in hoc tit. nascitur ex re, id est, mutui datione. an etiam nascitur ex syngrapha aut chirographo? Constat etiam nasci condictionem ex syngrapha. cui tamen potest opponi exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium. Ea actio, quæ competit ex syngrapha, crescit in duplum ex inficiatione. *Nouel. 18. §. studium*, si qui scripsit syngrapham, inficietur & postea conuincatur, condemnatur in duplum. Vnus tantum hic proponitur casus, quo ex syngrapha non est actio, si excedat quinquaginta libras auri, id est, ter mille, & 500. aureos; nisi habeat superscriptionem trium testium fide dignorum. Igitur syngrapham, quæ maiorem quantitatem continet, iudex non recipiet, nisi subscripserint tres testes ex hac constitutione. tractatur etiam in hac lege de apocha, quæ dicitur etiam chirographum & securitas: syngrapha probatur creditum: Apocha solutio. vt syngrapha fidem facit crediti; ita etiam soluti apocha, etsi testes non intercesserint, *l. si accepto latum, D. de acceptil. l. Lucius §. tutelæ D. de admin. tut. l. vlt. §. Titius, de cond. ind. l. testium, inf. de testib. l. qui tab. §. apocha, D. de furt.* Verum potest etiam apochæ opponi exceptio non solutæ pecuniæ intra certa tempora, *tit. de non num. pec. inf.* Chirographum, syngrapham, vel apocham accipimus pro nuda professione acceptæ vel solutæ pecuniæ. Interdum tamen chirographum accipitur pro stipulatione scripta & signata vtriusque manu stipulatoris & promissoris. Et sic interdum loquuntur, chirographum cauere, *l. si vt certo §. neque, D. commod.* Vbi quidam legunt male, *Chirographo cauere.* Nam iureconf. dicit chirographum cauere, vt cautionem cauere, *l. 6. D. rem rat. hab.* Verum quod dicimus de apocha, ab ea idem excipitur casus ille qui supra, si apocha contineat quantitatem maiorem 50. libris auri. quo casu etiam est necessaria trium testium subscriptio, alioqui iudex non recipit apocham, etsi de ea non dubitetur. & hoc est quod constituit Iustin. *l. vlt.* Accurs. opponit *l. scripturas, inf. qui pot. in pig. hab.* quæ lex in chirographis non exigit testes. Excipiendus enim est tantum hic casus, si chirographa excedant eam quantitatem. Opponit quoque *leg. testium, inf. de test.* Hæc lex vlt. tres tantum exigit. Verum hoc ita procedit, si data non sit apocha. in probanda solutione quinque testes exigimus: data apocha, nullos exigimus, vel tres tantum exigimus, vel trium subscriptionem cum apocha superat 50. libras auri. Postremo id quod traditur in hac *l. vlt.* Accurs. putat mutari *Nouella 73.* quod falsum est: Nam ea Nou. tantum definit, quæ exigantur in chirographis, ne eorum fides in dubium vocetur, quæ si non sint obseruata, non ideo minus recte agetur ex chirographis, dum eorum fides in dubium non vocetur, id est, si non negentur scripta ab eo, a quo dicuntur scripta. Tunc ex his agitur recte, etiã non obseruatis, quæ ea Nouella continentur. Vt autem hoc non possit allegari non esse scripta manu auctoris, exigimus Nouellæ obseruationem. Sententiam eius Nouellæ explicabimus in *l. comparationes, inf. de fide instrum.*

AD TITVLVM III.

De suffragio.

SVb hoc titulo proponitur condictio si certum petatur de suffragio. Et in C. Theo. ita inscribitur, *si certum petatur de suffrag.* Suffragium dicimus fauorem & opem, quam quis nobis præbet apud principem alicuius rei obtinendæ causa. Dicitur etiam suffragium alia significatione pecunia, quæ datur eius intercessionis nomine, *l. vlt. de silent. inf. lib. 12.* ea forma qua pactum accipitur interdum pro eo, quod datur pacti nomine, *l. 3. de obs. patr. & Nou. 120.* eadem forma, qua μίσθωμα significat non tantum conuentionem de mercede pensionis, sed etiam pensionem ipsam. Harmenop. 3. Epitom. Male autem Accurs. hoc loco suffragium accipit pro patrocinio aduocati. Et *l. militem, sup. de procurat.* eodem errore suffragatorem

torem accipit pro aduocato. Quod autem datum est A pro suffragio ei, cuius interuentu aliquid impetrauimus a principe, eius non est repetitio, *l. 1. C. The. eodem.* Lex lata fuit a Iuliano ne quis repeteret quod dedisset suffragatori. Ammian. Marcellinus libro XXII. *Lex est promulgata*, inquit, *qua cauetur nullum interpellari suffragatorem super his, qua eum recte constiterit accepisse.* Primum h. l. si quid sit suffragatori promissum, non datum, potest peti condictione si certum petatur a suffragatore, qua intenditur dari, i. dominium rei aut pecuniæ promissæ transferri oportere in suffragatorem, & si res sit mobilis, quæ est promissa, dominium transfertur traditione bona fide facta, etiam B sine scriptura, & hoc est quod dicit, *collatio rei mobilis inita integra fide*, id est traditio rei mobilis bona fide facta. hac ratione cumulatur, id est hoc modo perficitur translatio dominij. Quod si res immobilis sit promissa suffragatori, vt dominiũ mutetur, & in suffragatorem transferatur, necessaria est traditio & scriptura. Sola traditio non sufficit, quæ in aliis causis sufficeret, vt in emptione, permutatione, donatione, & aliis: non tamẽ sufficit in hac causa dari suffragij nomine. Necesse est negotium scripto committi, si res immobilis sit promissa. Additur in extremo legis: si suffragator bona sibi promissa occupet sua auctoritate, vim facit, & tenetur interdicto vnde vi, vt ereptam possessionem restituat: præterea actionem si certũ petatur, amittit, quod sibi ipsi temere ius dixerit. Hoc autem congruit cum *l. extat. D. quod metus caus. & l. 6. inf. vnde vi.* Si suffragator, inquit lex, ea bona occupet, dum solo commonitorio de suffragio nititur (sic n. legendum, vt in *C. Theo.*) Commonitorium vocat promissionem suffragatori factam ex scripto si suffragaretur promissori. ex C hoc commonitorio est actio si certum petatur, quæ tamen amittitur, si promissa suffragator sua auctoritate inuaserit, non expectata traditione, & scriptura non confecta. Commonitorium generaliter aliis locis accipitur pro memoriali libello, qui alteri datur; & sic libellus de suffragio, quo rogatur suffragator, quoque ei promittitur vicissim aliquid, commonitorium dicitur. Et ita in Concil. Carthaginensi commonitorium Zonaras interpretatur mandatum, quod legatis datur. Hoc loco est suffragatori facta sponsio ex scripto, quæ pro stipulatione habetur: quia cum scriptum est, aliquid alicui promissum, omnia videntur acta solemniter. Ideoque hæc actio si certum petatur de suffragio est ex stipulatione. Male putat heic Acc. pactum nudum parere actionem si certum petat. quo nomine recte ab Alciato reprehenditur. Ex hac igitur constitutione apparet, eos qui valent gratia apud Principem, posse recte vendere suam suffragationem, i. suffragationis suæ præmia iure capere, suffragia eorum eblandiri, & pecunia elicere permitti. sunt tamen in aula qui simulant se suffragari, cum non suffragentur, nec quicquam reipsa efficiunt, sed ostentant se facturos, qui dicuntur a Martiale, *vanas circum palatia fumos vendere.* Ad eos hæc constitutio non pertinet, sed ad veros suffragatores, quibus non datur actio, antequam nos voti compotes fecerint, vt hæc lex indicat. Loquitur autem lex generaliter de eis, quorum intercessione nostra desideria implentur. Ergo loquitur etiam de his qui nobis suffragantur ad honores obtinendos. An igitur colligemus ex eo *honores mercari licere?* Minime. Id enim iure est vetitum, *l. pen. sup. tit. prox. l. vlt. inf. ad leg. Iul. repetund.* Et vt Theodorus Lector scribit *l. 1. Hist. Ecclesiast.* iam olim Marcianus & Anastasius Impp. id vetuerant. Quales sunt nobis constitutiones D. Ludou. & Caroli 5. At non licet quidem ex professo pro honoribus, iis quorum iudicio promouemur, id est, qui deferunt honores, puta principi, vel præfecto prætorio pecuniam dare venditionis titulo, vel etiam do-
nationis, vel alio. Turpe est, pro honore ex professo dare pecuniam ei qui honorem defert quoquo titulo, *d. l. vlt.* At per suffragij causam, quod quis nobis suffragandi studium nauarit in honore petendo, aliquid rependere licet pro opera, & dati non tantum repetitio non est, sed etiam promissi, & non dati exactio est. Et hoc etiam prætextu, id est, suffragiorum nomine a petitoribus honorum & administrationum, ipsi etiam Principes pecuniam accipiebant; quæ dicuntur suffragia δεσποτικὰ, in iureiurando quod præstatur ex Nouella Iustiniani 8. At hoc totum sustulit ea Nou. 8. vt *indices sine quoquo suffragio*, i. dat-ione, & Nouel. Tiberij, quæ est 161. inter Nouellas Iustinianæas. eis Nouellis generaliter constituitur, ne quid a magistratibus detur suffragij nomine, vel suffragatoribus vel etiam, ne quid publicis rationibus inferatur. Itaque abrogata est hæc lex. & merito: Nam hoc est propemodum mercari honores & prouincias, sed tamen huius rei cognitio est valde necessaria.



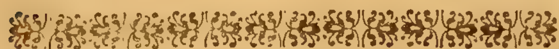
AD TITVLVM IV.

De prohibita sequestratione pec.



Hic titulus pertinet etiam ad condictionem si certum petatur, quia videlicet petitur pecunia ex quocumque contractu, ex mutuo, vel alio; & constituitur hic, ne in hac actione si certum petatur, pecunia quæ petitur sequestro deponatur: vt si petam abs te pecuniam ex mutuo, vel ex credito, vel stipulatu, vel vendito, an possim te cogere vt pendente lite eam summam deponas? Non. Sed prius te conuinci oportere, tum cogeris soluere. Interim non fit sequestratio pecuniæ, id est, non interponitur media manus, quæ seruet pecuniam, quæ petitur. Ita cauetur *l. 1. C. Theodos. si certum petat. de chirographis.* vbi tamen vnus excipitur casus, quo pecuniam quæ petitur, sequestro deponi necesse est, alias vero prohibetur sequestratio pecuniæ. Pecuniam autem hoc loco accipere oportet stricte pro summa & D quantitate, non late, vt Accursius putauit. Nam cæterarum rerum mobilium, quæ petuntur sequestratio fit recte. Cur ita? quia res quæ certum corpus habent, facile corrumpi possunt, & dissipari. Et ideo pendente lite collocantur in tuto, exigente id aduersario. Quantitatis nullum subest corpus, quantitas non potest perire. Igitur cæterarum rerum recte fit sequestratio: non quidem immobilium, quæ numquam fit nisi fructuum ratione, vt fructus habeantur in deposito, vt Græci ἐν μεσιδείᾳ. Mobilium rerum, de quibus lis est, fit sequestratio, & ita possessor rei mobilis, si eius fides sit suspecta, & non satisdet iudicio sisti, iudicatumue solui, res pendente lite seque- E stratur, *l. 7. §. vlt. D. qui satisd. cogant.* Et post appellationem possessore vel petitore condemnato, si bona dissipentur ab aduersario, mobilia & fructus agri sequestrantur, *l. ab executione, inf. quor. appell. non recip. l. Impp. §. vlt. de appellat.* Interdum etiam dos sequestratur constante matrimonio, vel fructus prædiorum dotalium, si dissipentur a marito, & si interueniant alia quæ sunt in *l. si cum dotem §. si vero dotem, D. sol. matrim.* Interdum etiam liberi, de quibus exhibendis si agitur, sequestrantur, *l. 3. §. in hoc interdicto, de lib. hom. exhib.* Et mulier ἐπίδικος, de cuius nuptiis quæritur, quam duo petunt, *ex cap. cum locum, de spons.* Item, si quis ex libertate vocetur in seruitutem, & is, qui se dominum dicit, dicatur rapuisse

ei aliquid pendente quæstione status, id reddi oportet A sub cautione, vel etiam sequestro deponi, *l. vlt. inf. de ordi. cogn.* Item si quis proclamet in libertatem, eo pronuntiato libero, incipiet statim alia quæstio de rebus, quæ ad eum vel dominū pertinent: quas interim oportebit sequestro deponi, *l. vlt. inf. quibus ad libert. proclam. non licet.* Ea vero sequestratio sæpe fit iudicis auctoritate, partibus sequestrem eligentibus, *l. postquam, D. vt legat. nom. cau.* vel etiam sine iudice, ex cōuentione partium, ea lege, vt re iudicata victori reddatur. Ea est conditio sequestrationis, vt victori reddatur. Plaut. *Seruabo, quasi sequestro detis.* Et cum sequestro est actio depositi, qua agit victor: Nam sequester est depositarius rei litigiosæ, *l. ei apud quem §. 1. & l. si in Asia §. cum sequestre, D. depos. l. si quis affirmauit, §. Labeo, D. de dol.* Ex eo § *Labeo* quidam colligunt sequestrem teneri præscriptis verbis; quod non est admittendum. Ibi qui iudicatur sequester, tenetur præscriptis verbis, vt *l. si apud te, ff. de præscr. verb.* sed proprie non fuit contractum depositum & ideo non competit actio depositi, sed subsidiaria præscriptis verbis. cum quis verus est sequester, depositi tenetur, quæ actio dicitur depositi sequestraria. Itaq; concludamus, quoties lis est de rebus mobilibus aut fructibus, recte fit sequestratio. Quoties autem pecunia petitur, non cogitur is, quo cum agitur, pendente lite pecuniæ sequestrationem facere, antequam de re sit iudicatum. Igitur in actione si certum petatur, prohibetur sequestratio si pecunia petatur, non si alia res certa & mobilis petatur.



AD TITVLVM V.

De Condictione indebiti.



Illud in primis quærendum est, qua ex causa sit hæc condictio. Sic statuo: Qua actione tenetur is qui mutuam pecuniam sumpsit, eadem tenetur, qui indebitam pecuniam quasi a debitore accepit. Qui sumpsit pecuniam a creditore, tenetur condictione. Eadem actione tenetur, qui pecuniam quasi a debitore solutam accepit, *l. 5. §. is quoque, D. de obligat. & act.* ait, qui non debitum accepit, eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus. vbi creditorum & debitorum stricte nomen refertur ad mutuum. Idem indicat *§. item is cui, Inst. de oblig. quasi ex cont.* perinde tenetur, ait, ac si mutuum accepisset, ideo condictione tenetur. Eadem igitur est actio ex mutuo & ex promutuo: ex contractu, & quasi ex contractu mutui. Indebiti solutio promutuum est, videl. si ea soluantur, quorum datione in creditum itur, & mutuum contrahitur; qualia sunt ea quæ pondere, numero, & mensura constant. Igitur si ea soluantur, quorum datione itur in creditum, solutio hæc promutuum est. Mutuum est contractus. Promutuum est quasi contractus, i. quasi mutui datio, *d. §. is quoque.* Mutui non debentur vsuræ nisi deductæ sint in stipulationem, *l. Titius, ff. de præscr. verb.* sic promutui vsuræ non debentur, i. pecuniæ indebite solutæ, *l. 1. h. tit.* Rursus pupillus ex mutuo non obligatur sine tutore, ita nec ex promutuo, *§. is quoque, Inst. quib. mod. re contrah. obl.* Præterea ex mutuo interdum non datur condictio, *l. 6. si pupilli §. 1. ff. de negot. gest.* Sic interdum ex promutuo non datur condictio: vt si soluero quod nondum debeo, postea debere cœpi, vel certo sum debiturus, vt si soluero ante diem, cessat condictio ex promutuo, *l. 10. in diem. l. sub conditione. 16. 17. 18. ff. de cond. indeb.* At si soluero, quod nondum debeo, nec postea debere cœpi, vt si soluero nautæ vecturam, antequam vehendi munere fungeretur, & postea me vel meas merces non vehat, est actio ex promutuo, seu repetitio. i. condictio, quæ quasi ex mutuo nascitur, *l. ex conducto §. item cum quidam, ff. loc.* Vbi etiam promutuum appellatur ea solutio indebitæ pecuniæ secundum Floren. scripturam. Promutuum autem non est, si corpora soluantur, quorum datione non solemus ire in creditum, quorum datione mutuum non contrahimus, vt si soluantur homines, vasa, hisque similia, tunc non dices condictionem indebiti esse ex promutuo, quoniam reiū, quæ sunt solutæ, natura id non patitur, sed dices esse cōdictionem ex bono & æquo, non promutui, scilicet ex quasi contractu. Indebiti enim solutio est distractus, non contractus, quia obligationem distrahit, quæ subesse existimatur, aut fit dissoluendæ obligationis causa. Igitur hæc condictio non est ex contractu, sed ex æquo & bono, vt apparet ex *l. 15. indebiti, D. de condict. ind. l. pen. D. ad Trebell.* Et ideo hæc condictio non datur, nisi quatenus is qui accepit pecuniam indebitam, ex ea est factus locupletior, *l. 8. cum hi §. sane si is qui, D. de transf.* Etsi detur ex promutuo hæc condictio, non tamen datur supra quā factus sit locupletior qui accepit; cum tamen constet actionem ex mutuo dari etiam in eum, qui non est factus locupletior, *l. incendium, sup. si cert. petatur.* sed hæc condictio indebiti semper datur ex æquo & bono, nec datur in ignorantem, vt si homine indebito soluto, qui accepit hominem ignorans, i. credens sibi deberi, eum manumisit, non tenebitur condictione, quoniam æquitas nō patitur, quæ est causa huius condictionis, *l. in summa §. pen. D. de cond. ind.* Igitur hæc condictio non est ex contractu, sed ex æquo & bono, non ex stricto iure: quamquam non adnumeretur actionibus bonæ fid. sed strictis. Attamen non ideo male dicitur esse ex æquo & bono, nec tam stricto iure censetur, quam cæteræ strictæ actiones. Non enim omnes strictæ eodem iure censentur. Argumento est actio ex testamento, quæ est stricta, in qua veniunt vsuræ, vt in actionibus bonæ fi. quæ non veniunt in aliis strictis. Itaque omnes strictæ actiones nō eodem iure cēsentur. Rursus cum ea soluuntur, quorum datione itur in creditum, hæc actio est quasi ex mutuo, ex tacito mutuo, ex promutuo, non ex mutuo. *Et* (vt Iustin. ait) *magis est ex distractu, quam ex contractu.* vbi (*magis*) non comparatiue ponitur, sed positiue. sic *l. 1. ff. comuni diuidundo. Actio pro socio magis pertinet ad præstationes personales, non ad communium rerum diuisionem.* Hæc a. actio est duplex, certi & incerti. Certi, veluti solutæ pecuniæ: incerti veluti cautionis indebitæ, aut promissi indebiti, vt si promisi quod non debui: non agam certi: cautio incerti condicitur. Sic accipe l. 3. hic. Item possessionis condictio est incerti, *l. indebiti §. sed & si nummi, D. de cond. ind. l. qui exceptionem §. si pars eod. tit.* & adhibita *l. heres ad Trebel.* ex quibus locis intelliges possessionem indebite traditam incerti condici, sicut dominium indebite translatum. Obstat *l. si in area, & l. ex quibus cau. eod.* quæ leges negāt ei competere condictionem qui tradidit possessionem, quam dare non debuit. Dicendum vtramque l. loqui de condictione certi, non de incerti, & de retentione facti, non iuris. Retentio facti est, quæ fit per exceptionem, vt si quis in alieno solo bona fide ædificauerit, non habet actionem qua sumptus repetat: sed domino soli ædificium vindicante, is qui ædificauit per exceptionem doli retinebit rem, quoad sumptus ei soluantur: atque ita sibi seruabit impensas, quas non potest petere, *l. Paulus, ff. de dol. except.* Retentio iuris est, quæ fit ipso iure, vt dotis retentio fit ipso iure propter impensas in res dotales factas: quoniam impensæ dotem ipso iure minuunt. Item peculij venditi cum seruo, si postea seruus venditori furtum fecerit, ipso iure est retentio, i. ipso iure ob id factum peculium ipsum minuitur, *l. seruus quem*,

ff. de act. emp. Hoc cognito, ita rem definiamus. ex A quibus causis ipso iure retentionem habemus, ea si soluerimus, nec retinuerimus, certi condicere possumus quasi indebita, *d. l. seruus. & l. quod dicitur* §. *vlt. ff. de impens. in res dot. fact.* Sequitur altera propositio. Ex quibus causis retentionem opposita exceptione habemus, ea si soluerimus, certi condicere non possumus, quia nullius rei dominium in accipientem transtulimus, ex *l. ex quibus, & d. l. area.* Possumus tamen incerti condicere possessionem, quam per exceptionem retinere potuimus. Illud quoque est sciendum, condictionem indebiti soluti aliam ex numeratione vel traditione esse, aliam ex consumptione. Est ex numeratione, si meam pecuniam dedi soluendi animo: ex consumptione, si alienam pecuniam solui, & sit consumpta. Quod si non sit consumpta, non certi, sed incerti est condictio, vt vel possessio reddatur, quia eius pecuniæ possessio erat mea, dominium non item. Itaque accipientem feci possessorem, non dominum. Condicam ergo tantum quod in eum transtuli, id est, possessionem. Igitur hac condictione, vel condicitur possessio quæ nostra fuit, & in accipientem translata, vel corpus quod nostrum fuit, vel si sit promutuum, vt si sit pecunia soluta, vel vinum, tantumdem ex eodem genere condicitur, *l. quod indebitum. l. si pœna* §. *si falso, ff. de condict. indeb.* Quod autem est nostrum, nec est translatum in accipientem, licet datum sit & solutum (plerique n. soluentes non mutant dominium) cessat hæc condictio certi. Et generaliter, vbi est vindicatio, vel actio ad exhibendum, re mala fide consumpta, cessat hæc condictio certi, *l. dominus, l. interdum, l. si in area, eod. tit. l. seruus inscio domino, ff. de fideiuss.* Denique hæc condictio domino non datur, sicut nec alia vlla præter furtiuam. Ex quo apparet, eum, qui soluit pecuniam indebitam, dominium in accipientem transferre: & ideo condictionem habere, si eam per errorem soluerit, quam non haberet, si dominium pecuniæ solutæ retineret. Ergo errans rei suæ dominium amittit. Hoc videtur pugnare cum *l. si procurator, ff. de acq. rer. dom.* Nemo errans rem suam amittit. Item in *l. 3.* §. *subtilius, ff. de cond. cau. data, &c.* Distinctio hoc explicabit. Ita constituamus. Errans in re ipsa, reiue dominio, dominium non amittit; vt si rem suam tradat quasi alienam, dominium non amittit, quia nec eo fuit animo, vt suæ rei dominium transferret, sed alienæ, mandatu eius quem putabat dominũ. Errans hoc modo, rei suæ dominiũ non amittit: at errans in causa traditionis, dominium amittit, vt si quasi ex causa debiti, tradam rem meam, quã non debeo: nam hoc casu volui eam rem facere accipientis, volui mutare dominium rei. Cæterum, id dominium condicam hac actione. At error ille non obstat translationi dominij. Errans in persona, dominium non amittet, vt si quis soluat Titio quasi creditori, qui se Titium esse mentitur & simulat, quo casu ab accipiente fit furtum, *l. falsus, D. de furt.*

Ad L. I.

L. 1. Pecuniæ indebitæ, per errorem, non ex causa iudicati, solutæ, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur. Si quid igitur probare potueris, patrem tuum, cui heres extitisti, amplius debito creditori suo persoluisse: repetere potes. Vsuras a. eius summæ præstari tibi frustra desideras. Actione n. condictionis ea sola quantitas repetitur, quæ indebita soluta est.

IN l. 1. h. tit. tria sunt adnotanda. Primum est, ex causa iudicati solutum condici non posse, licet iure debitum non fuerit. Res iudicata, sicut non tollit naturalem obligationem, *l. Iulianus, D. de condict. indeb.* ita nec parit obligationem. Eadem n. est causa producendæ & tollendæ obligationis cuiusuis; ciuilem tantum obligationem parit res iudicata, quæ nulla exceptione infringi potest. Actionem iudicati parit, quæ olim ex inficiatione crescebat in duplum. *Paul. l. 1. Sent. t. 20.* Ideo ex sententia iudicis solutum condici non potest, licet antea non deberetur, *l. 1. & l. cum putarem, D. famil. ercisc. l. 2. inf. de compensat. l. 29. si fideiussor* §. *in omnibus, D. mandat.* Et ideo in *l. seruo, D. de condict. indeb.* recte adijcit, *si sine iudice soluerit.* Nam quod per iudicem, i. iudicis sententia soluitur, non condicitur. Excipiuntur duo casus: si ex falsis instrumentis sit iudicatum, vt falso chirographo, & falsi crimen probetur, *l. vlt. inf. si ex fals. instrum.* Item, si quod quis iure soluit ex causa iudicati, postea redierit B ad iniustam causam, vel potius nullam, vt in specie *l. 2. D. de condict. sine causa.* Species est: Ego dedi fulloni vestimenta lauanda, quo modo contrahitur locatio & conductio si constituta sit merces. Fullo vestimenta mea sua culpa amisit. Cum eo egi ex locato. Iudex eum condemnauit ad pretium vestimentorum: mihi pretium soluit ex causa iudicati. Debitum igitur soluit. At postea vestimenta inueni, & in potestatem meam venerunt, & ita rem habeo, & pretium, quod est iniquum. Qua actione fullo consequetur pretium quod dedit? L. 2. dat condictionem sine causa, quia quod initio fullo iure debuit, deditque, postea repertis vestimentis rediit ad iniustam causam vel potius nullam. His igitur casibus, licet sit solutum ex causa iudicati, C competit condictio sine causa, atque etiam indebiti. Nam quod apud te est sine causa, indebitum videtur, itaque hac vel illa condictione condicitur. Condictionum autem harum ob rem dati, indebiti, sine causa, ex iniusta causa, est vsus promiscuus. Nulli alij casus videntur excepti. Quid igitur dicemus in hac specie, de qua Fulgosius dicit se consultum esse? Finge; pecuniam quam debitor meus mihi soluit, post mortem eius ab herede petij, heres condemnatus ex causa iudicati eam mihi iterum soluit; postea inuenta apocha quam defuncto dederam, heres agnouit me bis idem exegisse. Quid fiet? An est aliqua actio ob apocham postea inuentam? Sententia non retractatur, *l. 4. inf. de re iudic.* Condictio etiam cessat, quoniam hic D casus non est exceptus, & nominatim condictionem cessare in hac specie traditur *d.* §. *in omnibus.* In hac specie de creditore loquitur, qui semel solutam pecuniam iterum accipit. Cessat hoc casu restitutio in integrum ex illa clausula, si qua iusta causa sit, quam restitutionem hoc casu competere putat Accurs. *d.* §. *in omnibus.* & Fulgos. sed male. Illius n. clausulæ argumento, quam latissime accipiunt, abutuntur plerumque nostri DD. sed illa debet tantum accipi de absentibus. *l. nec non, ex quib. cau. mai.* alioqui, si latissime acciperetur, & ex ea fieret restitutio omnibus casibus, quibus æquitas id postulat, numquam daretur actio de dolo, quia semper hæc restitutio competit, & tunc cessat actio de dolo. præterea furti actio cessat, quia qui sciens indebitum accipit, furtum non committit, quia dominus fit, si non erret in persona. At in ea specie E in scientem est actio criminalis stellionatus, i. in eum, qui bis sciens eandem pecuniam accepit, *d.* §. *in omnibus* propter calliditatem, ait. Ergo est de dolo ciuilis eo casu. At in ignorantem quænam est actio? vt si heres creditoris, cui debitor pecuniam soluit, egerit cum herede debitoris ignorans solutum, & ex causa iudicati pecuniã exegerit: & putem, quia iniquũ est, duplum peruenire ad creditorem, aut creditoris heredem, cõpetere hoc casu actionem prætoriam, quæ semper est subsidiaria, concurritque cum actione de dolo, *l. qui seruandarum, D. de præsc. ver. l. iurisgentium* §. *1. de pact.* Vbi in scientem datur actio de dolo, plerumque in ignorantem est actio in factum prætoria, quæ datur ex decreto. Secundo notandum ex h. l. 1. in condictio-

ne indebiti incumbere actori onus probandi indebitum fuisse: quia præsumitur debitum solutum. Nonnumquam tamen actoris conditio & qualitas, vt si sit pupillus, vel dissolutus quidam, aut inficiatio rei, transfert in reum onus probandi, debitum fuisse quod accepit, præsumptione faciente pro actore, quod explicatur *l. cum de indebito*, *D. de probat.* quæ tota l. est Triboniani. Postremo notandum, ex l. 1. vsuras indebitæ pecuniæ solutas non posse repeti. vt mutui, ita promutui vsuræ non debentur. Vnde apparet in h. l. *1.* pecuniam accipi stricte pro nummis. Idem est error Accurs. hic, qui in tit. super. vbi pecuniam late accipit. Idem seruatur in alijs condictionib. Nam vsuræ non condicuntur, l. 4. *de condict. ob turpem caus.* Alia est ratio fructuum rei solutæ, vt cum non pecunia, sed species est data. Nam & species condicitur, & fructus, *l. indebi. l. in summa.* §. *qui indebitum de, cond. indeb.*

Ad L. II. III. IV.

L. 2. Si citra vllam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es: aduersus eam, quæ te delegauit, condictionem habere potes.

DVo notanda sunt in h. l. Primum, Condictionem indebiti mihi dari aduersus te, non tantum si tibi promisero aut soluero: sed etiam si creditori tuo soluero te delegante. Est etiam hoc casu actio mandati, si soluero aut promisero cui me delegasti, *l. si quis delegauerit*, *D. de nouat. l. si mandatu.* §. *si iudicio*, *D. mand.*. Hæ condictiones concurrunt cum actionib. bon. fid. non vtique cum strictis. At aduersus tuum creditorem, cui me delegasti, mihi neque condictio competit si soluero, nec exceptio doli, si promisero, & agat, quia suum repetit, aut suum recepit. Aliud est dicendum, si me ei delegaueris, cui non debebas; nam tunc etiam aduersus eum habeo exceptionem doli & condictionem indebiti, *l. Iulianus*, *ff. de except doli.* Est ea sententia Iuliani in *l. 2.* §. *aliud*, *D. de donat.* & hoc cum reuera tibi non debebam. At si cum reuera deberem, me delegasti ei quem falso tuum creditorem putabas, tum non competit mihi condictio, quia vere debui, sed tibi competit condictio, *l. quamuis* §. *interdum*, *ff. ad Vellei.* Itaque hæc condictio indebiti datur, non tantum soluenti, aut promittenti, sed etiam deleganti, quia delegatio solutionem imitatur. quæ datur soluenti, est certi condictio, quæ promittenti aut deleganti est incerti, i. liberationis condictio, & facilius datur promittenti, quam ei qui iam soluit, & ait *l. 3.* Si solutum repeto; quod est difficilius, & minus probabile, repetam & promissum. Argumentum est a minori, i. a minus probababili. vulgo dicitur a maiori, vt si diceres, si ex pacto ciuitas petit vsuras creditæ pecuniæ. *l. etiam, de vsur.* petet etiam ex stipulatione. Postremo notandum ex l. 2. solutum ex causa transactionis condici non posse, puta vt a lite discedatur, vel controuersia, licet res nulla fuerit media, licet is qui a lite discedit, nil iuris in re habuerit. Ita accipienda *l. in summa* §. *1. de condict. ind.* Ex eo loco notandum, quæ sit differentia inter rem & litem, & notandum, litem potius dici debere quam rem. verum si calumnia sit euidens, i. si perspicuum sit, constetque rem nullam seu ius fuisse, datum ob causam transactionis, condici potest, quia transactio est imperfecta. Huc etiam pertinet *l. nec intentio*, *sup. de transact. l. 6. sup. de iur. & facti ign.* Similiter solutum ex causa quæ ex infitiatione crescit in duplum, non condicitur, licet non debeatur, cuius rei est obscura ratio. §. *vlt. Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu.* Ratio est, quia videtur solui a sciente propter metum pœnæ dupli, argum. *l. illud*, *D. de petit. her. & l. si non sortem.* §. *si quis falso*, *de cond ind.* Infitiatione crescit actio l. Aquiliæ in duplum *l. inde Neratius* §. *hac actio*, *D. ad l. Aquil.* Item actio legatorum piorum, in *d.* §. *vlt. Inst. & in* §. *ex maleficijs*, *de action.* Item actio depositi ex certis causis, vt tumultus, incendij, ruinæ, naufragij, §. *sed & furti, de action.* Item condictio ex syngrapha, *Nou.* 18. & ex contractu habito cum argentarijs sine scriptura, *ex edicto Iustin. 7.* Olim etiam actio legatorum relictorum per damnationem crescebat, *d.* §. *vlt.* Item actio ex empto ob ementitum modum agri, *Paul. 1. Sent. tit. 19. &* in 2. *tit.* 18. Id fuit ex 12. tab. Item actio iudicati. Cic. *pro Flac. decreui, vt si iudicatum negaret, in duplum iret.* Postremo condictio bene depensi. Hodie igitur legatorum piorum per errorem solutorum non est condictio, quia soluuntur ex causa, quæ infitiatione crescit in duplum. Item æstimationis damni per errorem solutæ non est condictio: item depositi propter causam tumultus, incendij, ruinæ, naufragij, & crediti chirographarij per errorem soluti non est condictio: quoniam hæ causæ infitiatione crescunt in duplum, & qui soluit, vltro videtur & sciens soluere, euitandæ pœnæ causa. His tantum casib. est pœna constituta ei, qui it ad inficias, *l. inter coheredes* §. *qui familiæ*, *ff. fam. ercisc.* Ita loquitur ad inficias ire, vt ad incitas, vno verbo pro egestate. In illo a. §. *qui familiæ*, sunt duo versus Triboniani ex constitut. Iustinianæa de iureiurando propter calumniam, quod ante Iustin. non exigebatur. Nam ait, *in actionib. duplicib. &c.* Et postea subijcit, *& ideo vterque debet iurare non calumniæ causa, ad inficias ire*, quod totum est Iustiniani.

Ad L. V. & VI.

L. 5. Si a patre emancipatus, ei non intra tempora præstituta iure honorario successisti: quicquid indebibitum postea per errorem (vt pote patris successor) dedisti, eius condictionem tibi competere, non est incerti iuris.

L. 6. Si per ignorantiam facti non debitam quantitatem pro alio soluisti, & hoc adito rectore prouinciæ fuerit probatum: hanc ei cuius nomine soluta est, restitui eo agente prouidebit.

QVæstio l. 5. hæc est, an is qui soluit quod non ipse, sed alius debet, habeat condictionem. Finge: quidam falso existimans se heredem esse aut bonor. possessorem, vero hereditario creditori quod debetur soluit: an habet condictionem? Hæc l. 5. ostendit ei condictionem dari, itemque *l. si pœna* §. *1. D. de cond. ind. & l. 2.* §. *1. de his qui in priorum creditor. locum success.* Obstat. *l. repetitio*, *D. de cond. ind.* quæ dicit non teneri condictione eum qui suum, i. sibi debitum recipit, licet a non debitore receperit. Dominus Budæus *ad l. vlt. D. de ædil. edicto*, affirmat esse antinomiam, quod non scripsisset, si doctissimum iuris interpretem Accursium non abhorruisset quo vitio etiam Petrus Stella discedens ab Accursio in ea lege nescio quæ monstra finxit, quæ Zasius refutauit. Accursius recte dicit: *aut quod alius debet tu soluis tuo nomine, aut debitoris.* Si tuo nomine, tibi condictio competit, & verus debitor ex eo non liberatur, vt *h. l. 5. & d. l. 2.* Addatur etiam *l. in summa in fi. D. hoc tit. l. cum quis.* §. *de pecul. de solut. l. si quid possess. D. de petit. hered.* si soluis nomine debitoris, nulli

nulli tum condictio competit, & debitor liberatur, *l. quod nomine, & l. seruus cuiusdam, in fi. de cond. ind.* A E ita accipienda est l. *repetitio.* Addatur etiam *l. de hereditate, sup. de pet. hered.* in qua est ponendum, eum qui falso putauit se esse heredem, soluisse heredis nomine, & ideo cessare condictionem. in specie huius l. qui falso putabat se heredem, soluit suo nomine, & ideo condictioni locus est. Hæc Accursij distinctio est frequentissima: qua etiam vtimur in specie *l. 11. ff. de cond. ind.* si pater vel dominus cum quo actum est de peculio, per errorem soluerit plusquam est in peculio, an condicet quod plus soluit? si serui vel filij nomine soluit, non condicet, quoniam debebat id omne, *d. l. 11.* si suo nomine, condicet: quia non debuit supra peculij quantitatem, *l. si quis reum §. idem, de liberat. leg. l. 1. inf. & l. 2. de constit. pec.* Eadem etiam distinctione vtimur in specie *l. indebitum, & l. frater §. vlt. D. de cond. ind.* Indebite promissæ pecuniæ fideiussor acceptus soluit. Quis condicet solutum? Ipse fideiussor si suo nomine soluit: promissor, si promissoris nomine. Itaque illa distinctione Accurs. neque verius neque certius quicquam. Fateor esse antinomias in iure, in ea quæstione certe nulla. Antinomiæ quæ sint, Bud. non percepit, non erit a proposito alienum eas quas putat ἀντινομίας hic recensere, & refellere. Primam constituit ex *l. percipiunt, & l. vltima, D. de Ædil. edict. leges præcipiunt* veteratorē accipi pro mancipio, trito, longo vsu, longo spatio seruiendi. L. vlt. ait, veteratorem non pro spatio seruiendi, sed genere & causa æstimandum. Nulla est antinomia. Nam in *l. vlt.* (*non*) accipere oportet pro, *non solum.*) Aliam constituit *ex l. per seruum §. denique, D. de vsu & habit. & l. huic stipulationi, D. vsufruct. quem. caueat. L. per seruum* ait, inutile esse legatum si fructus legetur sine vsu, quia vix potest esse fructus sine vsu. *L. huic stipulationi* videtur repugnare, quia ait fructum sine vsu obtineri posse. Hæc non sunt pugnantia: regulariter fructus non est sine vsu, accidit tamen interdum, vt sit sine vsu: quod explicat *d. l. per seruum §. vlt.* posita hac specie. Testator ab herede tibi legauit nudum vsum fundi: deinde heres eiusdem fundi fructum Titio constituit & cessit: non potuit heres in Titium transferre vsum, qui tibi soli fuerat testamento adscriptus. Ergo in Titium transtulit nudum fructum heres. Sic fiet, vt heres eiusdem fundi habeat proprietatem nudam, & tu nudum vsum, Titius nudum fructum sine vsu. Itaque in eo fundo Titius non potest habitare, & a te prohibetur illuc venire nisi ad fructus percipiendos. Tertio constituit aliam *ex l. quid tam, & l. cum ab eo §. vlt de contr. empt.* Sed *l. quid tā*, loquitur de inauratis & inargentatis. *l. cum ab eo*, de argento coopertis, quæ sunt diuersa: quod diximus late in *l. 22. de verb. oblig.* Quarto constituit aliam antinomiam in l. 10. *& l. stipulationes §. vlt. de ver. obligat. cum l. insulam, eod. t.* Inter quas tamen est euidens ratio differentiæ, si ita concipiatur stipulatio, Insulam ante biennium fieri, non committitur ante diem, *d. l. Insulam,* At si ita concipiatur, si insulam intra biennium non feceris, 10. dari. Hæc committitur ante diem. i. statim atque certum erit insulam non posse absolui ante biennium. Igitur committetur ante diem, quia est conditionalis tantum non in diem, *l.* 10. Idemque est si die, non addito, ita stipulor, insulam fieri, *d. l. stipulationes §. vlt.* Melius Budæus commisisset *d. §. cum l. 14. eod* in quibus continentur duo diuersæ scholæ præcepta. Idem etiam aliam antinomiam constituit ex *l. si filiusfam. ff. de iudic. & l. vlt. ff. de extraord. cognit.* Vna lex ait, iudicem litem suam facere si dolo malo iniquam sententiam tulerit. Altera ait, iudicem litem suam facere, si per imprudentiam inique pronuntiauerit. Quæso quid vetat vtrumque esse verum? Iudex litem suam facit, si dolo inique pronuntiet. Iudex etiam litem suam facit, si per imprudentiam & ignorantiam iuris inique pronuntiet. Itē aliam adfert *ex l. cum quidam, & l. in fraudem, de iure fisci.* Sciendum est a. fiscum reuocare ea, quæ debitor alienauit in fraudem fisci, vel quæ reus capitis qui postea condemnatus est. Ea *l. in fraudem*, adijcit in fraudem fisci fieri non tantum si quid alienetur, sed etiam, si quid non quæratur, i. si debitor fisci non vtatur occasione acquirendi: in omnibus ait, æque fraus punitur. Male Alciat. 3. παρέργω. c. 19. illa verba, *& si non quæratur*, sic exponit, etiamsi debitor fisci, qui rem alienat, in accipientem dominium non transferat, id est, etiamsi non acquiratur a debitore fisci. Rectius Græci qui dicunt reuocare fiscum: τὰ ἐκποιούμενα, καὶ μὴ κτώμενα, *i. alienata, & quæ debitor non acquisiuit.* Verum *l. cum quidam*, a reo B capitis filio emancipato, vt is delatam hereditatem adiret, sibique adquireret non patri, ait, non videri factum in fraudem fisci, quod non sit acquisitum. Breuiter ita dicendum est, æque puniri fraudem, seu in alienando, seu in non acquirendo fiscū fraudauerit quis, *d. l. in fraudem.* licet aliud seruetur in priuatis creditorib. actione Pauliana vel Fabriana, in quorum fraudem non acquirere licet, alienare non licet, In fraudem fisci neutrum licet. nec obstat *l. cum quidam*: nam hoc non significat non videri factum in fraudem fisci, si non acquiratur, sed non recte ita colligit: Si filium emancipet reus capitis vt hereditatem habeat, occasione acquirendi non vtitur. Ergo facit in fraudem fisci, & gesta sunt reuocanda. Vitiosa est collectio illa, vt ea l. significat, alioquin non liceret reo capitis filium suum emancipare, quod soli reo perduellionis ademptum est, *l. vlt. §. emancipationis, ad l. Iul. Maiest.* Ergo reo emancipandi C causa licet acquirendi occasionem negligere, licet ex ea re fraudetur fiscus. Nunc circa l. 5. restat hæc quæstio, an si quis soluerit alieno nomine, quod nullus debet, an ei, cuius nomine soluit, competat condictio? sic videtur in l. 6. hic. Dices, ergo per liberam personam non acquiri actionem. Sic sane acquiritur ex mutuo, *l. certi §. si nummos, D. de reb. cred.* Ergo acquiritur etiam ex promutuo. Per liberam personam acquiritur actio non tantum ex mutuo, sed etiam ex promutuo, quam constat ex alijs causis non acquiri. Restat etiam dicere quod in specie *l. 7.* videatur erranti in iure dari condictio indebiti. Species est: Petijt filius emancipatus bon. possessionem D vnde liberi post annum, quod non licet & sero fit. ea n. anno finitur. Bonor possessio est sine re. quia sero petita est: At filius putat se esse bonorum possessorem. Errat in iure, si putet post annum se fieri bonorum possessorem, & tamen, si hoc errore ductus soluerit hereditarijs creditoribus, solutum condicet. Breuiter dicendum est, filium non iure, sed in facto errasse, vt quia putauit nondum annum prætcrijsse, alioquin erranti in iure non datur condictio indebiti, *l. cum quis, C. de iuris & facti ign. l. pen. §. si quis, D. eod. l. error, inf. ad legem Falc.* Minori tamen succurritur per restitutionem in integrum, *l. 2. sup. si aduers. sol.* Et interdum etiam maiori, *l. illud, ff. de minor.* E Iusta ex causa, & benigne, vt ait *l. 1. D. vt in posses leg.* Sed quod benigne fit, non est in consequentias trahendum, *l. qui negotia, D. mand.* Male igitur Accurs. scripsit *l. 1. h. tit.* erranti in iure condictionem dari. Mouetur hac ratione. Error iuris in damnis non nocet, *l. 7. & 8. D. de iur. & fact. ign.* Ergo erranti in iure debet condictio dari, ne versetur in damno. Cui ita respondendum est, Error iuris in damnis non nocet, i. damnum non infert, at damno etiam non liberat, nec damno subijcit, nec subducit. Vt ecce, quod quis ius ignorauerit, non ideo ha-

betur pro confeſſo, vt & ſi quis ignorans legem Falcidiam confiteatur ſe debere legatarijs ſolida legata, *l. 2. D. de confeſſ.* Verum quod quis ius ignorauerit, ideo non habetur pro confeſſo, ne iuris igorantia damnum adferat. At quod quis ius ignorauerit, non ideo habetur pro non confeſſo, ſi alias ſit confeſſus. Similiter quod quis ius ignorauerit, non ideo non habet condictionem indebiti, puta ex tranſactione imperfecta, *l. eleganter §. item ſi ob tranſactiones, D. de condict. indeb.* At etiam quod ius ignorauit, ei non datur condictio, quæ quidem non competit ipſo iure, ſed ex bono & æquo. Sic in *l. 3. D. ad Macedon. & l. ſi fideiuſſor* §. 1. *D. mand. l. ſicut, in fi. inf. de præſcript.* 30. *&* 40. *ann.* Iuris error his omnibus locis non hoc facit, vt denegetur actio, ſed etiam non obſtat, quo minus denegetur. Denique vt iuris error damnum non infert, ita etiam damno non eximit.

Ad L. VII.

L. 7. Fideicommiſſum vel legatum indebitum per errorem facti ſolutum, repeti poſſe explorati iuris eſt.

IN l. 7. hoc oſtenditur, legatorum ſeu fideicommiſſorum per errorem ſolutorum, condictionem eſſe *l. 2. & 3. D. eod.* Et Paulus 3. *Senten. tit. de legat. in fi.* In fragmen. Vlpiani *tit. de leg.* ſcriptum eſt, non eſſe verum, ſupereſt negatio. Excipiuntur ab hac ſententia legata pia & olim omnia legata per damnationem excipiebantur, §. *vlt. Inſtitut. de obligat. quæ quaſi ex contract. naſc.* quæ quidem legata debita qui inficiantur, eunt in duplum, qui vltro ſoluunt etiam indebita, non condicunt ſecundum regulam *l. 4. ſup.* excipiebantur etiam olim legata relicta incertis perſonis, vt ſi quis legaſſet aduocatis, ea legata non valebant nec poterant peti; ſoluta tamen non poterant condici, §. *incertis, Inſtit. de legat.* Hodie valent, & ſi ſoluantur, debita ſoluuntur, nec repetuntur.

Ad L. VIII.

L. 8. Creditoris falſo procuratori ſoluenti, aduerſus eum indebiti repetitio, non obligationis liberatio competit.

VErus debitor, qui ſoluit vero procuratori creditoris, liberatur. At quid ſi ſoluat falſo procuratori creditoris? id eſt, ei qui ſimulat ſe eſſe procuratorem creditoris? ita diſtinguendum eſt: creditore ratum habente debitor liberatur, *l. ſi vendidero §. ſi Titius, D. de furt.* creditore ratum non habente, debitor non liberatur, ſed habet aduerſus falſum procuratorem, cui ſoluit, vt Paulus ait, *l. ſi procuratori D. de cond. cauſa dat.* condictionem ob rem dati: vt hæc l. 8. ait, habet condictionem indebiti. Hæc non ſunt pugnantia. vbi eſt condictio ob rem dat. ibi eſt etiam condictio indeb. ſi quis ita malit formare condictionem. Et ita quæ dantur conditionis implendæ cauſa, ſi dandi nulla cauſa ſit, vel quaſi indebita, vel quaſi ob rem data, condicuntur actoris arbitrio, *l. vlt. D. de condict. indeb. l. 3. §. ſi quis quaſi, D. de cond. cauſa dat.* In ſpecie autem propoſita ita demum illæ duæ condictiones dantur debitori aduerſus falſum procuratorem, ſi ea mente ei ſoluerit, vt nummi eius fierent, deinde tradantur domino. At ſi ea mente dederit, vt perferrentur ad creditorem, nec pertulerit eos, furtiua tum in procuratorem condictio datur, quaſi furto nummorum facto. Hæc condictio vbi eſt, illæ ceſſant. Hæc eſt de re quæ noſtra manſit. illæ ſunt de re, quæ noſtra fuit, *d. l. ſi procuratori.* Et hæc quidem,

A ſi procurator debitum accepit. at quid ſi indebitum ei ſolutum ſit? quis tenebitur condictione? Eadem eſt adhibenda diſtinctio, quæ ſupra. Si dominus ratum habuerit, ipſe tenebitur condictione indebiti: ſi non habuerit ratum, procurator tenebitur condictione ea, vel etiam furtiua, ſi furtum fecerit, *l. falſus* §. *1. D. de furt. l. ſi indebitum, D. rem ratam hab. l. ſi pupilli § idem quæritur, D. de negot. geſt.* Et hæc de procuratore, qui accepit debitum aut indebitum. Nunc videndum quid ſit, ſi procurator verus aut falſus dederit, aut ſoluerit indebitum. Eadem vtemur diſtinctione. Domino ratum habenti datur condictio indebiti, idque ſeu in mutuo ſeu promutuo, *l. 6. ſup.* domino autem non habente ratum, procuratori datur vtilis condictio indebiti exemplo mutui *l. 4. ſup. ſi cert. pet.* Sicut ſequi-
B mur exemplum mutui domino ratum habente: ita ſequimur domino ratum non habente. Igitur quod dicitur in *l. ſi procurator, D. de condict. indeb.* Iulianum ſcripſiſſe, procuratori non dari condictionem indeb. qui ſoluerit nomine debitoris, id eſt accipiendum de directa. Vtilis namque dabitur domino ratum non habente, exemplo mutui. Quid ſi procurator debitum ſoluerit nomine debitoris? Conſtat tunc ceſſare condictionem, *l. 5. ſup.* id eſt, nec dari domino nec procuratori, & dominum, id eſt, debitorem liberari etiam inuitum, & ignorantem, ſeu verus ſeu falſus ſit procurator.

C

Ad Legem IX. & vltimam.

L. 9. indebitum ſolutum ſciens, non recte repetit. 1. §. *Citra mandatum autem ab alio re diſtracta: dominus euicta re vel ob præcedens vitium ſatis emptori faciens, non indebitum prætendere poteſt, ſed per huiuſmodi factum ratum contractum habuiſſe probans, a ſe debitum oſtendit eſſe ſolutum.*

*L. vlt. pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam ſoluerint pecuniam certamen ll. latoribus incidit, idne, quod ancipiti animo perſoluerint, poſſint repetere, an non. Quod nos decidentes, ſancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam dederint pecuniam, vel aliam quandam ſpeciem perſoluerint, repetitionem non dene-
D gari, & præſumptionem tranſactionis non contra eos induci: niſi hoc ſpecialiter ab altera parte approbetur.*

REm meam vendidiſti ſine mandato meo: valet venditio, ſi ratum habuero. Nam ratihabitio retrotrahitur & mandato comparatur. Videor autem ratum habere, ſi re euicta emptori ſoluero, quod eius intereſt: Vel etiam ſi ob vitium aut morbum rei venditæ ei ſoluero, quanto minoris emiſſet, ſi id ſciſſet, qua in re actio illi competit ob præcedens vitium: Nam ob vitium, quod poſt venditionem res contraxit, venditor non tenetur, *l. quæro* §. *vlt. de ædil. edic.* ob præcedens tenetur, non ob ſequens vitium. Hæc pro ratihabitione habetur: ideoque condictionem indebiti mihi, qui ſolui, non parit. ſcientibus non datur condictio indebiti: vel quia videntur rata habuiſſe quæ ſunt geſta, vel quia videntur donare, *l. qui fundum*
E §. *ſeruus meus, D. pro empt.* vel etſi non habuerint animum donandi, id ſibi imputare debent, *l. quod quis ſciens, D. de condict. indeb.* Vna ratio non ſemper facit, vt ſcienti denegetur condictio, ſed vel prima, vel ſecunda, vel tertia: Omnes ſunt idoneæ rationes. Errantibus tantum & ignorantibus datur condictio, & ignorantibus factum, vt errantibus in calculo, non ignorantibus ius. Nunc quæritur quid ſit dicendum de dubitantibus, hæſitantibus & titubantibus. hæc eſt quæſtio *l. vlt.* Hi videntur mediæ eſſe cuiuſdam ſortis inter ſcientes & ignorantes, vinctis ſimiles, vt ait Ariſt. 3. *Metaphyſ.* magis tamen accedunt ad igno-

rantes. Qui dubitant, ignorant rem propositam, *l. 1. in prin. de leg. 3.* Vno loco ait, *dubitat*, postea, *ignarus sit*, *l. qui in test. & seq. D. de testam.* Igitur qui dubitat ignarus est. Dubitatio est inhibitio progressionis ad sciendum, propensio tamen ad inquisitionem. Et ideo Latinis error est dubitatio plerumque, vt *Cic. 1. in Rullum, iam omnis*, inquit, *omnium tolletur error* Et ideo Iustin. censet, *l. vlt.* dubitanti æque ac ignoranti dari condictionem indebiti, & adijcit eos non præsumi soluisse in dubio transigendi causa, nisi hoc probetur. Præsumptio transactionis obstat condictioni. Transactio fit de re dubia, *l. 1. D. de transact.* at solutio non statim ideo quod fiat in re dubia, transactionis causa fieri intelligitur, nisi hoc probetur: Hoc probato cessabit condictio.

Ad. L. penult.

L. penult. Si quis seruum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, &, cum licentia ei fuerat vnum ex his soluendo liberari, vtrumque per ignorantiam dependerit: dubitabatur, cuius rei daretur a legib. ei repetitio, vtrumne serui, an pecuniæ: & vtrum stipulator, an promissor habeat huius rei facultatem. Et Vlpianus quidem electionem ei præstat, qui vtrumque accepit, vt hoc reddat, quod sibi placuerit, & tam Marcellum, quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi, qui vtrumque persoluit, electionem donat: qui & antequam dependat, ipsam habet electionem, quod velit præstare: & huius sententiæ sublimissimũ testem adducit Saluium Iulianum summæ auctoritatis hominem, & prætorii edicti perpetui ordinatorem. Nobis hæc decidentibus, Iuliani & Papiniani sententia placet, vt ipse habeat electionem recipiendi, qui & dandi habuit.

Legis species hæc est: ego debeo Stichum aut Pamphilum sub disiunctione: habeo electionem soluendi quem velim. In disiunctiuis enim debitoris est electio. Finge, per errorem solui vtrumque, putans me vtrumque debere coniunctim. Quæritur an sicut habebam soluendi electionem, si non errassem; habeam etiam condicendi, quem velim, electionem. Vlpianus, Celsus, Marcellus, negant dari electionem, & dicunt, creditoris esse arbitrium retinendi, quem velit, non sine ratione: Nam hic creditor nunc est debitor, quoniam debet alterutrum reddere. in disiunctiuis autem debitoris est electio. Debet ergo potius esse creditoris electio retinendi, aut reddendi aut retinendi quem velit, Vlpianus *l. si non sortem, D. de condict. indeb.* vbi citat Celsum & Marcellum. Iuliano est aliud iudicium; dat enim debitori electionem repetendi quem velit, Iustiniano auctore, quod hæc repetitio resoluat solutionem. Debet ergo restituere electionem ei qui habuit: & sic qui habet soluendi electionem, quem velit habet & recipiendi. Cuius sententiæ est vestigium in *l. cum is, in pr. D. de cond. indeb.* Ait, ego debeo Stichum aut Pamphilum. vtrumque soluo per errorem: Si vterque moriatur, vel alter, non condicam, quia qui superest, in soluto remanet. Ergo ex contrario, si vterque viuat, condicam quem voluero. In h. l. pen. appellat Iulianum edicti perpetui ordinatorem. Constat Iulianum edicta perpetua, id est, ex quibus ius prætores dicebant *perpetuo, ex lege Cornel.* in ordinem composuisse, auctoritate Adriani & Senatus, *l. 2. §. si quid igitur tale, sup. de vet. iure enucl.* adhibita distinctione titulorum *l. 2. D. de statu hom.* Et hi sunt Iuliani, qui dicuntur Digestorum libri, Edictorum scilicet, qui in inscriptione *l. 1. de his qui not. inf.* significantur his verbis: *Ad edi-*

A *ctum*, id est, Digestorum. Permisit Adrianus Iuliano, vt Iustinianus Triboniano, vt de suo adderet, quæ vellet, quod & fecit: Addidit pleraque instar edicti, quæ pro edicto sunt: & dicuntur noua edicta, *l. 1. §. si pater nurui, ff. de vent. in poss. mit.* & nouæ clausulæ, *l. qui duos D. de coniung. cum emancip. lib.* Postea Seuerus Imperator hanc compositionem Digestorum Iuliani abolere decreuit, quod non obtinuit, vt scribit Spartianus. In quæstione autem proposita, quod videtur Iuliano, idem est visum Papiniano. Et horum sententiam Iustinianus hic confirmat: soluentis esse electionem, quem condicat, non accipientis, quem restituat. Itaque corrigit aperte Iustinianus §. vlt. l. *si non sortem*. quod & Accursius refert. nec mirum:

B Nam *l. pen.* est ex 50. decisionibus. Duæ fuerunt editiones Codicis. Primam statim Iustinianus retractauit, & ideo hic Codex dicitur repetitæ lectionis. Et in secunda editione addit 50. decisiones. Hæ multa abrogant eorum, quæ continentur Pandect. Qua ex re dignoscantur illæ 50. decisiones, si quæras, Alciatus recte docuit *5. parergon.* Verum sicut in hac specie Iulianus Celso aduersatur Vlpiano & Marcello, ita etiam necessarium & consequens, vt etiam ei aduersetur in speciem quæ sequitur. Finge: is qui debet Stichum aut Pamphilum disiunctim, non soluit vtrumque, sed Stichum per errorem, dum putat se Stichum solum pure debere, nec posse liberari alterius præstatione. Quid fiet? an condicet? Celsus ei non restituit electionem, atque adeo ei condictionem denegat. Lo-

C cus Celsi est in *l. si is cui legatus, de legat. 2.* Contra Iulianus debitori dat Stichi condictionem vt recipiat electionem, *l. cum is §. vlt. ff. de cond. indeb.* Hæc est certa antinomia, vt & *l. pen.* arguit necessario, ad quam Tribonianus ânimum non aduertit. Et certe sicut vtroque soluto Iulianus debitori seruat electionem, necesse est, vt eam ei etiam seruet altero soluto. Contra Celsus, qui vtroque soluto debitori non seruat electionem, nec altero soluto ei eam debuit seruare. Igitur hac sententia Celsi vtroque casu creditor habebit retentionem Stichi, scilicet, si solus sit datus: retentionem alterutrius, si vterque sit datus. Sed est Iuliani sententia sequenda vtroque casu, secundum mentem Iustiniani, licet secundum casum non attin-

D gat Iustinianus. Sed ex decisione primi sequitur decisio secundi. His igitur duobus casibus discordant inter se Iulianus & Celsus: sed sic sæpe inter se diffident, vt in specie *l. si procur. ff. de condict. indeb.* quod ex Iuliano refertur est contra Labeonem & Celsum. Sic in *l. 1. §. 1. ff. de vsufr. accresc.* quod refertur ex Iuliano est contra Celsum, *l. & Proculo, de leg. 2.* Vnus tantum casus est excipiendus ab hac *l. pen.* qui continetur in *l. plane si duos, ff. de cond. ind.* Duo sunt rei debendi qui debent Stichum singuli, aut Pamphilum; vtrumque pariter soluerunt per errorem. an singuli condicent partes, vnus partem Stichi, alter Pamphili, sicut si 10. debuissent, & soluissent per errorem 20. singuli condicerent 5. an igitur hominum partes condicent? Non: Nam hominum diuisio talis non fit, qualis pecuniæ: & initio non potuissent sol-

E uere partes. Ergo non condicent. Quid fiet? Is condicetur in solidum, quem creditor maluerit reddere. Hoc igitur casu cum plures debuerunt sub disiunctione, & soluerunt, necessario creditori seruatur electio reddendi: secus, si vnus tantum soluisset, vt in *l. penult.*

AD TITVLVM VI.

De condictione ob causam datorum.

Ad Legem I.

L. I. *Pecuniam quam te ob dotem accepisse pacto interposito (vt fieri, quum iure matrimonium contrahitur adsolet) proponis: impediente quocunque modo iuris auctoritate, matrimonium constare, nullam de dote actionem habes, & propterea pecuniam quam eo nomine accepisti, iure condictionis restituere debes, & pactum, quod ita interpositum est, perinde ac si interpositum non esset, haberi oportet.*



N hoc titulo occurrit dubitatio, quid significet causa. Causæ nomen est commune, & pro principio agente & pro fine. In hoc autem tit. accipitur pro fine, qui proprie dicitur res, *l. 1. ff. de condict. ob turp. caus. l. damus, ff. de cond. indeb.* Ob causam igitur dari dicitur, quod datur ob rem, id est, ob finem aliquem, vt quod datur ob transactionem, vt a lite vel controuersia discedatur, vel ob conditionem implendam, quæ testamento adscripta est, legati vel hereditatis consequendæ gratia, *l. 1. ff. de condict. caus. dat.* Et generaliter quod datur vt sequatur vel contingat aliquid, ex his causis condictiones ob rem nasci solét, *l. senatus §. 1. ff. de mort. caus. donat. l. periculi esse, ff. de naut. fœn.* In qua lege est legendum, *ex quibus condictiones nasci solent*, non, *conditiones*, vt vulgo, non est dubitandum; sic enim Græci ἐξ ὧν ἁρμόζει κονδικτίκιος, *lib. 53. Basil. tit. 5.* Igitur dati ob rem re non secuta, id est, si fine suo non potiatur, qui dedit, condictio est. Dato addatur etiam factum. ob rem facti re non secuta est condictio. Non quod factum reuocetur (id enim est impossibile) sed æstimatio facti condicitur, *l. si non sortem §. libertus, de condict. indeb.* At dati, cuius principium est falsa causa, condictio non est semper, vt si do tibi aliquid donandi causa, quod negotia mea curaueris, datio principium habet negotiorum curationem: in quo principio etiam si fallat, id est, etiamsi mea negotia non curaueris, mihi dati condictio non competit, *l. in summa §. ideoque, ff. de cond. indeb.* At si do tibi aliquid soluendi causa, quia id me tibi stipulanti promisisse existimo, dandi habeo principium stipulationem, quæ si reuera nulla fuerit, condictio indebiti mihi competit, quia quasi coactus dedi, quod solutionis nomine dedi. quod autem donationis nomine: non quasi coactus, sed vltro & liberaliter dedi. Dandi causa solutioni cohæret: dandi causa donationi non cohæret: sicut nec falsa causa legatum vitiat. Verũ quod ad condictionem ob rem dati attinet re non secuta, vt condictio indebiti, ita & hæc nascitur ex æquo & bono, *d. l. in summa §. ob rem. l. 3. §. si quis quasi, ff. de condict. caus. dat.* non nascitur ex contractu hæc actio, sed ex naturali æquitate: Nam etsi ita habitus sit contractus, do, vt des, do vt facias, hoc est etiam dare ob rem. ex eo quidem contractu est actio præscriptis verbis, vt des vel facias: non tamen vt reddas quod accepisti, quoniam id actum nõ est nominatim, sed ex bono & æquo. est etiam dati condictio & repetitio. Et ideo quod dicitur in *l. 3. §. 1. ff. de condict. causa dat.* competere actionem, quæ ex eo contractu nascitur, id est, condictionem, id non est accipiendum de condictione ob rem dati, quam negamus esse ex contractu, sed de actione præscriptis ver-

A bis, quæ etiam dicitur condictio, *l. duo §. vlt. ff. de prec.* vel de certi condictione generali, quæ datur etiam ex contractu incerto, id est, innominato, *l. certi, ff. de rebus cred.* Igitur hæc actio de qua tractamus, non est ex contractu, sed ex æquo & bono. Illud autem sciendum est, condictionem ob causam dati re non secuta non tantum dari ex cessatione, id est, post moram, sed etiam ante moram, ex pœnitentia, si velim reuocare datum, *l. 3. §. 1. l. si pecuniam in pr. & §. si seruum, ff. de condict. causa data.* De ea quæ datur ex pœnitentia, nulla est lex sub hoc titulo, omnes sunt de ea quæ datur ex mora, & cessatione, cum is qui accepit, moram fecit in eo dando cuius gratia accepit. Itaque in specie *l. pen. inf. hoc tit.* quæ talis est: dedi tibi decem, vt Capuam ires, per te non obstat quo minus eas tempore

B constituto: sed obstat itineri tempestas, vel insolita vis aquarum, vel alius casus. hoc casu mihi non competit condictio ob rem dati, quia non cessas tua culpa, sed vi casus. Non competit mihi, inquam, condictio ex cessatione, vt Accurs. recte adijcit, *l. pen.* sed mihi competit condictio ex pœnitentia, *ex l. si pecuniam ff. de condict. causa dat.* quod tamen negat Accurs. in *l. pen. h. tit.* sed in alia specie non in illa quam posuimus. Sic n. ponit: Dedi medico 10. vt curaret morbum filij. non curauit. Error non venit ab eo, sed ab euẽtu, veluti ab aëre, sole, metu, quæ dicunt medici, τὰ ἔξωθεν. Hoc casu mihi condictio non competit, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia. Non ex cessatione quidem, quia non sua culpa frustratus est fine suo medicus: non ex pœnitentia, quia non licet pœnitere, nisi re integra, *l. quod seruus, ff. de*

C *cond. caus. dat.* Res est integra, si nondum Capuã ieris, aduersa tempestate retentus. Res non est integra, si curatio, quam instituerat, impedita fuerit ab euentu graui, vel ab ipso ægroto, vel a famulis. Nam videtur curasse morbum is, per quem non steterit quo minus curauerit. Itaque non cogitur reddere, quod accepit vlla ex causa, *l. in omnib. causis. l. in iure ciuili. ff. de diuers. regul. iur.* Igitur sic posita specie in medico, male reprehendit Accursium Bartolus: nam verum est, nec ex cessatione, nec ex pœnitentia condictionem dari. Sed dicamus de alijs speciebus, quibus datur condictio ob causam dati. Vna est: dedi pecuniam ob dotem, & pactum interposui, quod solet interponi, cum iure matrimonium contrahitur, id est pactum reddendæ dotis in casum, quod dicitur pactum vulgare, *l. Bæbius 9. ff. de pact. dot.* Matrimonium illud cuius gratia pecuniam

D dedi, iure non potest contrahi. Dos igitur non est, quã dedi: quia non est dos sine matrimonio, pecunia quam dedi non est dotalis. Pactum quod feci non est dotale. Igitur per actionem de dote non est pecuniæ repetitio. At per condictionem ob rem dati re non secuta erit repetitio, *l. 1. hic, & l. si extraneus, ff. eod.* Dices, quod Accurs. opponit; imo est condictio sine causa. Dicam, datum ob rem re non secuta condici etiam posse, quasi sine causa datum, *l. 1. §. 1. ff. de cond. sine causa. l. si mulier, ff. de condict. ob rem dat. l. prætor §. emancipatus 2. ff. de coll. dot.* imo poterit etiam condici quasi indebitum *l. 8. tit. prox. sup.* condictionum fere harũ promiscuus est vsus. Rursus dices, si matrimonium est iniustum, tantum abest, vt pecuniæ ob dotem datæ sit condictio, vt fiat caduca, vt Accurs. etiam proponit. Dicam vero caducam fieri eam pecuniam, si nuptiæ secutæ fuerint,

E contra præcepta legum. At in specie proposita non ponimus secutas nuptias, sed speratas & pactas. vel est decisio *l. 1.* accipienda sub hac exceptione, nisi quo casu fisco sit locus. Haloander peruertit lectionẽ huius legis, qui duos aut tres versus deleuit. retinenda est igitur vetus lectio *si pecuniam quam te ob dotem accepisse, pactũque interpositum, &c.* vt in veteribus. Non fero etiam Accurs. dicentem, pecuniam quam, id est, pecuniam aliquam. Videtur quidem esse barbara locutio. verum similis est *in l. eam quam, ¶. de fideicomm.* eam quam instituerat

ſtituerat, 1. inſtituta, more Græcorum, & eo modo A quo in *lege, filium, ſupra famil. erciſ. Eum quem*, id eſt, filius qui habuit fundum. ſic hoc loco i pecuniam quam te ob dotem accepiſſe, id eſt, accepta pecunia, nullam de dote actionem habet, id eſt, non poteſt repeti actione de dote: ſed repetitur condictione ob cauſam dati.

Ad Leg. II.

L. 2. Si (vt proponis) pater tuus ea lege ſorori tuæ prædia cæteraque quorum meminiſti, donauit, vt creditoribus ipſa ſatisfaceret, ac ſi placita obſeruata non eſſent, donatio reſolueretur, eaque contra fidem negotij geſti verſata eſt: non eſt iniquum, actionem condictionis ad repetitionem B *rerum donatarum tibi, qui patri ſucceſſiſti, decerni.*

DOnaui filiæ eo fine, vt creditoribus meis ſatisfaceret: non ſatisfecit, non ſequitur res: condictio ob rem dati dabitur fratri, qui mihi heres exſtitit. Erit & actio ex contractu præſcriptis verbis, vt ſcilicet ſatisfaciat creditoribus, vel præſtet quanti intereſt, non vt donatum reddat, *l. hereditatem, ff. de don.* In qua l. I. C. proponit patrem donaſſe filiæ ſui iuris effectæ, & agere cum ea præſcriptis verbis, vt creditoribus ſatiſfaciat. Ita etiam neceſſe eſſet poni in *h. l. 2.* Patrem filiæ donaſſe ſui iuris effectæ, ſi pater ageret cum filia eo nomine. At pater non agit, ſed poſt mortem eius agit frater heres patris. Conualuit ergo donatio morte etſi filia fuit in poteſtate, *l. donationes, inf. de don. int. vir. & vx.* ideo recte agit frater condictione ob rem dati vel præſcriptis verbis. Itaque non eſt neceſſe poni fi- C liam fuiſſe emancipatam; & hic eſt vnus error Accurſij quem omnes fere ſequuntur interpretes. ſunt & alij, veluti cum ait, ex contractu nominato dari præſcriptis verbis. quod falſum eſſe conſtat ex *tit. de præſcript. verb.* numquam enim datur, niſi ex contractu innominato. Item cum ait, donationem eſſe contractum nominatum, quod etiam eſt manifeſte falſum: nam donatio vel fit ſimpliciter, vel ſub lege aliqua. Quæ fit ſimpliciter, aut traditione perficitur aut pacto. quæ traditione perficitur, non eſt contractus, quia nec conuentio. quæ pacto, pactum eſt, non contractus. quæ duo noſtri ſemper ſeparant. Donatio, quæ fit ſub lege aliqua, eſt contractus nomine vacans: vt dono tibi prædia, vt me meoſque alas. Hoc negotium caret no- D mine, & ideo ex eo eſt actio præſcriptis verbis. Poſtremo in contractibus nominatis non dari condictionem ob rem dati, quod etiam eſt falſum: vt ſi tibi dedi decem, vt mihi ſeruum emas, certe eſt mandatum & contractus nominatus. Quod tamen ſi reuocauero re integra, mihi competet condictio ob cauſam dati, *l. ſi pecuniam §. ſi ſeruum, ff. de cond. cauſa dat.* Itaque in contractibus nominatis, quandoque habet locum condictio ob cauſam dati. Item ſi dedi, vt rem mihi venditam vel locatam, vel depoſitam redderes, mihi competit actio locati, depoſiti, empti, & condictio ob rem dati, *l. vlt. ff. de condict. ob turp. cauſ. l. vlt. depoſ. l. ſi tutor, de tut. & rat. diſtr. D.* Et ita cum condictione ſine cauſa concurrit etiam actio ex contractu E nominato, in *l. 2. de cond. ſine cauſa*, & cum condictione indeb. *l. 2. ſup. tit. prox.* Ideoque in *l. cum te, inf. de pact. int. empt. & vend.* non tantum erit actio ex vendito reſoluendæ venditionis gratia, ſed etiam condictio ob rem dati. Sicut etiam in *l. ſi is qui hereditatem, & l. ſed & ſi me putem, de condict. indeb.* non tantum erit condictio, ſed etiam actio ex vendito, *l. ſi tibi, de act. empt.* At in ſpecie *l. ſi non donationis, inf. de cont. empt. & l. ea, de reſcin. vend. inf.* neutra actio dabitur diſtrahendæ venditionis cauſa, quia id actum non intelligitur, quod eis excuſſis liquido conſtabit.

Ad Leg. III.

Ea lege in vos collata donatio, vt neutri alienandæ ſuæ portionis facultas vlla competeret, id efficit, ne alteruter veſtrum dominium prorſus alienet: vel vt donator. vel eius heredi condictio, ſi non fuerit conditio ſeruata, quæratur.

QVæſtio legis 3. eſt, an valeat alienatio facta contra prohibitionem. Legi datæ donationi ſi non pareatur, donatori competit condictio ob rem dati. Finge igitur: donaui tibi fundum ea lege ne alienares. Ea lex iure probata eſt, *l. 133 §. ea lege, ff. de verb. oblig.* Alienaſti fundum contra legem dictam donationi. Condicam tibi fundum quaſi ob rem datam re non ſecuta. Condemnatio autem fiet non in fundum quem non habes, ſed in æſtimationem. lis æſtimabitur: donatio autem vel alienatio non fiet irrita. Igitur valet etiamſi facta ſit contra legem conuentionis. Sed donatori competit condictio in donatarium: in emptorem ei non competit actio in rem, nec venditor habet actionem in rem aduerſus emptorem. Et hic Græci nominatim notant, alienationem iure fieri. Qui aliud ſentiunt adferunt *l. his ſolis, ȷ. de reuocan. donat.* in qua præterquam quod ponitur alia ſpecies, quam illa de qua tractamus, in ea vindicatio ſignificat vltionem, non actionem in rem. Item adferunt *l. vlt. ȷ. de reb. alien. non alienand.* ea lex ait quidem paciſci licere, ne quis alienet, factam autem alienationem contra pactionem, eſſe irritam non dicit. Item adferunt *l. pen. ȷ. ſi manc. ita fuer. alien.* quæ lex nō loquitur de ſeruo prohibito alienari, id eſt, vendi aut donari, ſed de ſeruo conuentione prohibito manumitti, quæ conditio hæret ſerui perſonæ, ac ſi dixiſſet, nolo te ad libertatē peruenire. Ideo ea lex impedit libertatem. Item adferunt *l. ſi cred. §. vlt. D. de diſtract. pigno.* quæ lex dicit nullam eſſe venditionem pignoris factam a debitore contra fidem pacti facti cū creditore. At in ea lege creditor legem dixit, ne venderetur pig. qui ſemper retinet ius in re, id eſt, hypoth. & ideo nulla vēditio cenſetur propter legē quā dixit, qui in re ius habet & retinet. In hac autem lege noſtra, is legem dicit, qui nil iuris in ea re retinet. Et ideo qui eā acceperit, alienando non ideo minus dominium eius rei transfert, obligatur tamen condictione. Item adferunt *Nouel. de alien. & emphyt. in §. ſanctiſſimis.* in qua Iuſtinia. vetat alienari ea, quæ eccleſijs ſunt data ea lege ne alienarentur. Sed id fit fauore eccleſiarum. Poſtremo adferunt *Nouel. 117. in pr.* ex qua patri non acquiritur vſusfructus earum rerum quæ ſunt donatæ filio ea lege, ne vſusfructus obueniret patri. Verum hæc ſunt diuerſa. Aliud eſt n. donari & lege conuentionis alienatione interdici donatario, vt in *h. l. 3.* aliud donari pleno iure, ita vt nihil obueniat patri in cuius poteſtate eſt donatarius, quam voluntatem ſeruari æquum eſt, *§. per traditionem, Inſtit. de rer. diuiſ.* Male autem Accur. hoc loco, eam Nouel. coanguſtat ad vltimas voluntates, puta ad legata relicta filiofam. ea lege. Nam manifeſte loquitur etiam de don. Hæc de alienatione facta contra conuentionem, quæ fit contra legem, & ipſo iure nulla eſt. Alienatio autem quæ fit contra præceptum teſtatoris, valet iure, ſed fideicommiſſario, cuius tantū reſpectu præceptum illud teſtatoris ſuſtinetur, datur perſecutio non tantum in heredē, ſed etiam in emptorem aut donatarium, *l. ſi quando §. heres, de leg. 1 l. qui ſolid. §. vlt. de l. 2. l. pater §. 1. D. de leg. 3.* Et hæc de prohibita alienatione. illud addendū de condictione ob rem dati: vbi eſt condictio ob rem dati ceſſare vindicationem. vnum tantum caſum exceptum inuenio fauore alimentorum ex conſtitutionibus, ſi quis donauerit prædia ſua ea lege, vt donatarius ſe aleret, ſi donatarius non præ-

ſtiterit donatori alimenta: non tantùm dabitur condi- A ctio ob rem dati, ſed etiam vindicatio vtilis. Vindicabitque vtiliter quaſi ſua ab eo qui alimenta infitiatur, quorum cauſa maxime eſt fauorabilis, *l. 1. inf. de don. quæ ſub mod.* Vbi eſt expendendum, quod ea lex ait, ter, *in hoc caſu*. Nam alias vbi eſt condictio, ceſſat vindicatio.

Ad L. IV.

L. 4. Si cum exiguam pecuniam re vera ſuſciperes, longe maiorem te accepiſſe cauiſti, eo quod tibi patrocinium aduerſarius repromitteret: cum dicas fidem promiſſi non ſecutam: vt libereris obligatione eius, quod non acceptum propter ſeparatum patrocinium ſpopondiſti, per condictionem conſequeris. B

NOtandum eſt ex hac l. non tantum ob rem dati, ſed etiam ob rem promiſſi eſſe condictionem re non ſecuta. Hæc eſt incerti, illa certi. Finge: minorem pecuniam mutuam ſumpſi. maiorem ſcripſi, & caui ea lege, vt me tuo patrocinio iuuares. non iuuas. incerti condictio eſt, id eſt, cautionis & liberationis, *l. 3. ſup. de poſtul.* vel ſi pecuniam dedi ſub eadem conditione; aduocatione non præſtita certi condictio eſt, *l. vlt. inf. hoc tit.* Quod ita procedit, niſi per aduocatum non ſteterit, quo minus cauſam ageret, tunc enim condictio vtraque ceſſat, *l. qui operas, D. eod. l. 1. §. Diuus, D. de extraord. cognit.* niſi aduocato aliquid dederis, aut promiſeris ſupra modum legitimum, id eſt, ſupra 100. aureos. Hunc habent modum & finem honoraria aduocatorum, συνηγόρων, vt non excedant centum aureos. Hoc caſu vtile per inutile non vitiatur, ſed id duntaxat condicitur, quod excedit modum legitimum, videlicet, ſi aduocatus cauſam egerit, aut per eum non ſteterit; alioqui totum condicitur certi vel incerti, *l. 1. §. in honorariis, de extraor. cognit.* C

Ad leg. V.

L. 5. Si militem ad negotium tuum procuratorem feciſti, cum hoc legibus interdictum ſit, ac propter hoc pecuniam ei numeraſti: quicquid ob cauſam datum eſt, cauſa non ſecuta reſtitui tibi competens iudex curæ habebit. D

NOtandum ex hac lege, huic condictioni locum eſſe, ſi lex ſeu conditio ſit poſſibilis, vt in ſuperiori exemplo. Quid ſi impoſſibilis? Condictio ceſſat, cauſa non ſecuta, & conditio habetur pro non ſcripta in *l. 8. inf. hoc tit.* Idque certum eſt in ea conditione, quæ natura eſt impoſſibilis: vt do tibi decem, vt cœlum aſcendas: datio vtilis eſt, conditio nulla eſt. At quid ſi conditio iure ſit impoſſibilis? vt ſi tibi dedero, vt liberum hominem manumitteres, quod non fit iure niſi in Latinis: vel ſi dedero, vt eam duceres, cum qua non eſt connubium, vel ſi dedero militi, vt mea negotia procuret, quod eſt iure prohibitum. Igitur his caſibus cauſa ob quam dedi, ſequi non poteſt. An E igitur eſt locus condictioni? ſi ſciens dedi, non condicam. ſi ignorans, condicam. Et ideo in l. 6. huius tituli recte proponitur eum, qui dedit filiæ manumittendæ cauſa quæ erat libera, dediſſe ignorantem, filiam eſſe liberam. alioqui datum non condiceret. Et Accurſ. in l. 1. hic recte ponit, eum qui dedit ob dotem, dediſſe ignorantem conditionem perſonarum, inter quas non poſſunt eſſe nuptiæ, *l. 3. inf. ſol. matrim.* Sic etiam in hac l. 5. vt Accurſius refert, ex quorundam ſententia, ponendum eſt, me militi donaſſe, vt mea negotia procuraret, ignorantem eſſe militem: & ideo miles qui accepi, mihi tenetur condictione ob rem dati re non ſecuta. Et generaliter ſicut condictio indebiti: ita & condictio ob rem dati ſcienti factum, vel ignoranti ius, non datur: erranti in facto datur. Milites autem non poſſe procurare aliena negotia conſtat ex *l. milites, inf. de loc. & ex Vegetio lib. 1. cap. 19.* id eſt *ex diſciplina militari.* Et Ambroſio *1. Offic. cap. 36.* Denique generaliter ex *l. 5.* eſt concludendum: Id quod datur certa lege ſiue conditione valere, etiamſi conditio illa ſit impoſſibilis. Obſtat quod dicitur: impoſſibilem conditionem vitiare contractum, *l. 7. de verb. oblig.* Ita reſpondendum. In hoc propoſito conditionem accipimus pro modo, vt *l. Mæuia, de man. teſta.* Conditio impoſſibilis vitiat contractum, vt ſi cœlum aſcenderis, quia hæc obligatio nunquam cedit. At quod datur ſub modo, ſtatim habet effectum, etſi modus ille ſequi non poſſit, id eſt, ſtatim dominium transfertur, nec reuocatur modo non ſecuto, niſi ab ignorante. Obſtat etiam *l. ab adminiſtrat. inf. de leg.* In hac l. 5. dedit militi, vt procuraret; quod non poteſt facere, In illa *l. de legat.* legauit militi, & tutelam ei adſcripſit, quam etiam non poteſt gerere. In hac lege 5. datum reuocatur: in illa legatum valet, etſi non adminiſtret tutelam. Dicendum igitur in illa lege non fuiſſe legatum relictum ſub modo, vt tutelam gereret: ſed ſeparatim fuit relictum legatum tutela adſcripta, & ſi cum poſſet tutelam gerere legatarius, non gereret, amitteret legatum, at quia non poteſt, non amittit legatum, quod non expreſſo eo modo ei eſt relictum.

Ad L. VII.

L. 7. Si repetendi, quod donabas vxori eius, quem ad proficiſcendum tecum huiuſmodi liberalitate prouocare propoſueras, nullam addidiſti conditionem, remanet integra donatio: cum leuitati perfectam donationem reuocare cupientium, iure occurratur.

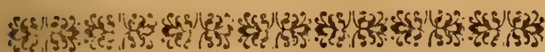
NOtandum huic condictioni locum eſſe, ſi ſit expreſſa cõditio, vel certe ſi habeatur pro expreſſa, id eſt, ſi de ea conſtet inter partes, nec ſequatur ea conditio. Aliud eſt dicendum ſi quis dederit pure in hamo, vt dicitur: quod appellatur *munus hamatum, & viſcatum ſpe eliciendi aliquid.* Vt dedi ſpe remunerationis, de qua tamen nihil dixi, id ſi non ſequatur, non eſt condictio, *l. 7. ſi maiores, ſup. de tranſact. l. 3. ſi quis quaſi, ff. de condict. cauſa data.*

Ad L. IX.

L. 9. Si liber conſtitutus, vt filiæ tuæ manumittantur, aliquid dediſti: cauſa non ſecuta de hoc tibi reſtituendo condictio competit. Nam ſi quid ſeruus de peculio domino dederit: contra eum quidem nullam actionem habere poteſt: ſed dominum, qui ſemel accipere pecuniam pro libertate paſſus eſt, aditus prouinciæ rector hortabitur (ſalua reuerentia) fauore ſcilicet libertatis, placito ſuo ſtare.

SPecies eſt. liber homo dedit tibi pecuniã ea lege, vt filias eius manumitteres, quas habes in poteſtate: nõ manumittis: competit condictio ob rem dati, vel præſcriptis verbis. At finge: ſeruus tuus tibi dedit ex peculio te conniuente, ea lege, vt filias ſuas conſeruas manumitteres: non manumittis, quid fiet? Neutra actio eſt ſeruo cum domino. verum fauore libertatis extra ordinem agetur per præſidem, vt manumittas filias: ſalua, inquit, reuerentia, id eſt, verecunde aget hac de re tecũ ſeruus, *l. 8. §. de lib. cauſa.* Et ideo præſes non tibi imperabit, vt manumittas ſeruandæ reuerentiæ cauſa: ſed te hortabitur, vt eas manumittas nomine ſerui. At ea adhortatio eſt neceſſaria, & pro imperio. Et ideo ad d. legem 8. Græci nominatim dicunt ἀναγκάζεται, lib. 48. βασιλικῶν. Itaque male Accurſ. exiſtimat dominum non cogi.

cogi, ſed ex eius arbitrio pēdere. At in hac ſpecie (quod male diluit idem Accurſ.) ceſſat Conſtitutio Marci & Commodi ad Victorinum, id eſt, filiæ non ſunt ipſo iure liberæ. Nā ea conſtitutio tantū pertinet ad venditionem ſerui, vel ad donationem ea lege factam vt manumittatur: ſi non manumittatur, vt ſit liber ipſo iure. Non pertinet autem ad donationem pecuniæ eā lege factam, vt ſeruus manumittatur. Et ideo, ſi non manumittatur, non fit liber ipſo iure, & competit condictio; quæ non competeret, ſi ius repræſentaret manumiſſionem, id eſt, fieret liber. Et hoc ita; niſi quis dederit illam pecuniam, quaſi pretium ſerui. Nam tunc breui manu videtur ſeruum ipſum dediſſe manumittendi cauſa. Tunc ſi non manumittitur, fiet ipſo iure liber, *l. Paulus reſpondit, de lib. cauſa l. ſi is qui pretium, infra, ſi manc. ita fuerit alien.*



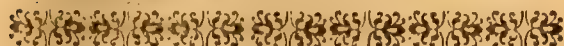
AD TITVLVM VII.

De condictione ob turpem cauſam.



SVperior titulus eſt de condictione ob cauſam honeſtam. Hic titulus de condictione ob turpem cauſam, id eſt, quæ fit contra bonos mores. cauſa futurum finem ſignificat. Itaque Accurſius male cauſam accipit etiam pro præterita. Illa condictio datur re non ſequuta, videlicet ſi ſolius accipientis turpitudo fuerit, *l. 4. hoc tit. l. 1. ff. eod.* Quod ſi dantis tantum turpitudo fuerit, ceſſat condictio: vt ſi dederis mercedulam meretrici, quam ipſa quidem turpiter non accipit, cum ſit meretrix. qui dat, turpiter dat, & ideo datum non condicit. Sic etiam, ſi vtriuſque dantis & accipientis turpitudo verſetur, hæc condictio ceſſat, vt ſi dedero iudici, vt male iudicaret, vel etiam bene. & locum habet regula; In pari cauſa turpitudinis, potior eſt cauſa poſſidentis. *l. vlt. h. tit. l. pen. ff. eod. l. vlt. ff de condict. ſine cauſa.* Huic igitur condictioni tantum locus eſt, cum ſolius accipientis turpitudo verſatur: vt ſi dedero tibi pecuniam, vt mihi redderes rem, quam mihi furto abſtuliſti; non do turpiter, tu vero turpiter accipis, *l. pen. hic.* vel ſi dedero, vt mihi redderes abacta mea pecora, *l. vlt. h. tit.* in qua *l.* etiam aliquid additur de condict. furtiua, ſed id dicemus in ſeq. tit. Item ſi quis dederit pecuniam euitandi tyrocinij cauſa, ei condictio competit, *l. 3. hic.* Hoc autem videtur prima ſpecie falſum, cum ex vtraque parte videatur ſubeſſe turpitudo: nam non eſt honeſtum detrectare militiam pretio dato. Non licet quidem citato ad delectum non reſpondere, qua ex cauſa olim, qui citatus non reſponderat, in ſeruitutem redigebatur, id eſt, vendebatur. Quod traditur in *l. qui cum vno §. qui poſt, de re mil.* inuiti ad militiam deducebantur. Idem etiam ait M. Tullius pro Cæcinna. ad finem. *Iam populus, &c.* ſignificat ibi, vendi eum qui non reſpondit ad delectum. bona etiam eius vendebantur. Flor. in Epitome lib. 4. *Curius Dentatus, cum haberet delectum, eius qui citatus non reſponderat, bona vendidit.* Interdum etiam ædes eius aut villæ diruebantur ob contumaciam, *l. ſi is cum quo, D. Comm. diuid. motu iudicis*, inquit, *id eſt*, iracundia. Id igitur fiebat, non tam recepto iure quam motu, iracundia, & calore iudicis: idque fiebat non in ea tantum cauſa, ſed & in alijs omnibus ob contumaciam. quod & hodie pleriſque locis fit. quod indicat Cicero 1. Philip. *Cum non veniſſet M. Tullius in ſenatum, dicit Antonius, ſe cum fabris*, &c. Verum hoc fit iracunde, nec coercetur factum iudicis. Itaque iure quidem ordinario nil eſt vltra pignus aut multam: id eſt, contumax coercetur pignoribus captis aut multa. extra ordinem tamen motu iudicis ob grauiſſimam contumaciam, etiam ædium demolitione punitur. In ea autem *l. ſi is cum quo*, vulgo ita eſt ſcriptum, *ſi ad delictum non reſponderit*: id rectum eſt. atque ita ſemper habent libri manu-ſcripti omnium auctorum, *delictum*, pro *delectum*. Recte etiam *d. §. qui poſt. in Pand. Flor. dilectum*, ſcriptum eſt. Feſtus, *dilectus*, inquit, *militum, & is qui ſignificatur amatus, à legendo ſunt dicti.* At in hac l. 3. non eſt ita ſpecies ponenda, vt quis citatus ad delectum non reſponderit qua tamen ex cauſa huius reſcripti tempore nemo coercebatur: nam vtebantur voluntario milite, non coacto, *d. §. qui poſt.* ſpecies eſt. Eum qui habebat delectum militum, terrore illato ab aliquo, qui nunc tamen eſt miles (vt inſcriptio legis 3. indicat) ab eo, inquam, eum pecuniam extorſiſſe ne eum deligeret & citaret tyronem ſiue militem: qua ex cauſa is quidem qui dedit pecuniam, licet videretur dediſſe pecuniam metu delectus, quod ille minaretur, ſe illum delecturum, ni pecuniam daret, tamen non habet actionem quod metus cauſa: nam hic metus non ſufficit. vt enim ea ſit actio grauiorem metum exigimus, vt mortis, ſeruitutis aut vinculorum, *l. cum te, ſup. de his quæ vi met. cauſa.* Habebit tamen condictionem ob turpem cauſam, quia turpiter non dedit, qui perterrefactus dedit, oneris quod quis minabatur, ſubterfugiendi cauſa. At qui ob eam cauſam accepit, turpiter accepit, & ob id tenetur non tantum condictione accepti, ſed etiam concuſſionis crimine extra ordinem. Concutere eſt perterrefacere. Concuſſio eſt cum quis terrore illato aliquid ab aliquo exprimit. Contra, ſi quis in furto vel adulterio deprehenſus adhibito metu mortis aut vinculorum pecuniam dederit vt ſe redimeret, habebit hoc caſu actionem quod met. cauſa, *l. nec timorem, & ſeq. D. quod met. cauſa.* condictionem quaſi turpiter accepti non habebit, cum & turpiter dederit, *l. 4. D. de cond. ob turp. cauſ.* Denique & hæc eſt ſumma: hæc condictio non datur, niſi ſolius accipientis turpitudo verſetur, *l. ſolet, ff. de praſc. verb.* Diximus de dato ob turp. cauſ. nunc dicendum de promiſſo, ſi quid ſit promiſſum ob turpem cauſam ipſo iure nulla contrahitur obligatio, *l. 5. hic l. 27. D. de verb. oblig.* Si dubitetur, vt plerumque accidit, quæ fuerit cauſa promittendi, turpis an honeſta: tum agenti opponetur exceptio doli, aut in factum. quod generaliter procedit, ſeu promittentis ſeu ſtipulantis, ſeu vtriuſque turpitudo fuerit. At ſi vel promittentis tantum, vel vtriuſque turpitudo fuerit, ita eueniet, vt qui tutus exceptione doli perpetua ſoluerit, non condicat. quod tamen regulariter ſecus eſt: qui tutus exceptione perpetua ſoluit, condicit, & maxime exceptione doli, *l. qui ſe deb. D. de cond. cauſ. data.* Igitur qui ſoluit ob cautionem turpem, quia tutus exceptione doli ſoluit, videtur ea ratione poſſe condicere vt indebitum. At alia ratio obſtat condictioni, quia ex turpi cauſa ſoluit. Hic eſt ſenſus *l. pen. D. de cond. ob tur. cauſ.* Et eſt ſimilis ratio *l. cum is §. pen D. de cond. indeb.* Pertinet & ad hanc rem *l. 7. hic*; in qua additur, eum qui exceptionem illam opponit doli vel in factum, allegans ſe promiſiſſe ob turpem cauſam, id probare debere, cum res eſt dubia. non eſt hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, ſed eſt exceptio doli aut in factum, itaque eſt perpetua: non numeratæ pecuniæ eſt temporaria. Qui ſimpliciter allegat non numeratam fuiſſe pecuniam, id debet allegare intra biennium: qui allegat ſe promiſiſſe ob turpem cauſam, id poteſt allegare perpetuo. Præterea exceptio non numeratæ pecuniæ transfert onus probandi in actorem, *l. 1. inf. de probat. l. 3. inf. de non num. pec.* At qui allegans turpitudinem cautionis vtitur doli exceptione aut in factum, ei incumbit onus probandi, non actori *l. 1.* & probare, inquit, debet iudici, quod eſt certiſſimum

probamus iudici, non aduersario, neque aduersarij, sed iudicis arbitratu. Quæritur hic an cautionis etiam condictio sit, & constat esse, quo casu & dantis aut dati esset condictio, id est, si solius stipulantis turpitudo versetur. Quæritur etiam an pignus ob turpem causam contrahatur, vt si promittat quis ob turpem causam dato pignore, qua de re disputat Accursius *l. 2. hic* Idem quæri potest de fideiussore. At constat fideiussorem non obligari, *Nou.* 14. Ergo & pignus non obligabitur.

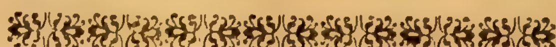


AD TITVLVM VIII.

De Condictione furtiua.



HVius condictionis hoc est præcipuum, vt cum aliæ condictiones dentur non dominis, hæc detur soli domino, cui furtum factum est, *l. 1. ff. eod.* Eadem est ratio condictionis rerum amotarum, quæ quasi furtiua est, & condictionis bonorum raptorum, & pecorum abactorum. Loquimur autem de condictione certi. Nam condictio ex causa furtiua incerti datur etiam non domino, veluti creditori aut bonæ fidei possessori, ratione possessionis per furtum interuersæ, *l. & ideo §. vlt. D. eod. l. 25. ff. de furt. l. 1. §. vlt. & l. 2. ff. de condict. trit.* Datur autem hæc condictio, si res furtiua exstet, vel perierit, idque aduersus furem vel heredem eius: quandoquidem rei furtiuæ periculum ad furem spectat: quia perit post moram quocunque tempore pereat: nam fur ex tempore delicti, semper moram facere intelligitur etiam sine interpellatione. Hæc mora fit in rem, id est, re ipsa, non in personam, *l. vlt. tit. prox. sup. l. vlt. ff. de condict. furt.* Purgatur tamen hæc mora oblatione. Et ideo, si post oblationem rei furtiuæ ea res perierit, fur hac actione non tenebitur, *l. 2. hic.* vbi ait: si ante oblationem perierit, fur tenetur, *l. subtracto, inf. de furt.* Purgatur etiam mora furis alijs modis, veluti stipulatione aut iudicato, *l. scire debemus §. vlt. D. de verb. ob.* hæc actio videtur plerisque esse ex delicto, id que ex *l. si cum mulier §. hæc actio, ff. rer. amot.* cum tamen hæc actio non persequatur pœnam delicti, & ex delicto quatuor tantum tradantur esse in Instit. furti, quæ alia est quam furtiua, iniuriarum, damni iniuria dati, & bonorum raptorum videtur potius esse introducta ex bono & æquo, vt ceteræ aliæ, vt condictio ex causa iniusta, quæ est proxima & finitima condictioni ex causa furtiua, in *l. rerum ff. rer. amot.* vbi dicitur condictionem ex iniusta causa esse iurisgentium, id est, ex bono & æquo. Et sane ideo dicitur condictio furtiua esse ex delicto, quia est ex causa furtiua, & quia est comparata odio furum, vt pluribus actionibus teneantur in *§. sic itaq; Instit. de act.* contra regulam iuris ciuilis, quæ dictat, domino rei suæ condictionem non dari. Id tamen non est satis. Quid enim vtilitatis adfert hæc condictio? videlicet vt dum fures condictione obligati censentur ad dandum (qua in re moram semper facere intelliguntur in dando) res quã dare debent, eis pereat, etiam si casu fortuito pereat, quasi perempta post moram; quæ tamen res eis non periret, sed domino, si tenerentur sola in rem actione. Nam malæ fidei possessor rei alienæ casum fortuitum non præstat, *l. vtique, ff. de rei vindicat. l. illud, ff. de petit. hered.* Hoc igitur adfert condictio furtiua, vt etiam re perempta casu fortuito, agat sibi dari oportere, quasi perempta post moram. Proprie igitur hæc actio non est ex delicto. Ex delicto sunt proprie, quæ delicti pœnam persequuntur; condictio furtiua rem, non pœnam persequitur: & ideo heredi & in heredem datur, & est perpetua, actio furti est pœnalis, Et ideo, vt proponitur in *l. 1. h. tit.* si plures sint fures vnius & eiusdem rei, & cum vno sit actum furti, alter non liberatur: pœna vnius non liberat alium. At si cum vno egeris in solidum condictione furtiua, & rem consecutus fueris, cæteri liberantur. Condictiones rerum non iterantur, ne bis eandem rem consequamur, *l. 1. hic.* Non est omittendum, condictionem furtiuam interdum dici actionem furti, *l. cum furti, ff. de in lit. iur. l. si is qui, ff. de furt.* Actio igitur furti est genus, quod etiam indicat *l. eum qui §. qualis D. de furt.* species hæ sunt: Pœnalis quæ proprie dicitur actio furti, & condictio rei furtiuæ.



AD TITVLVM IX.

De condictione ex lege, & sine causa vel iniusta causa.



ACtiones vel sunt ciuiles vel prætoriæ, vel ex legibus, vel ex constitutionibus. *l. 2. ɉ. de quadrien. præsc.* Ciuiles sunt, quæ sunt ex duodecim tabul. vt ex empto vendito, vel quæ sunt instar earum vt præscriptis verbis. Prætoriæ quæ sunt ex edicto Prętoris. Ex nouis autem legibus vel constitutionibus alię nomen suum habent, vt damni iniuria dati, ex lege Aquilia: vt iniuriarum ex lege Cornelia: Alię nomen suum non habent, & appellantur condictiones ex lege. quarum nulla est alia causa, quam legis auctoritas quæ eas prodidit. Harum varia proponit exempla Accursius *l. 1. D. eod.* partim vera, partim falsa. Vnum est ex *l. vn. sup. de suff.* id que falsum. Nam ibi datur condictio ex stipulatione, non autem ex lege. Alterum est *ex l. si quis argentum, inf. de donat.* Sed ibi etiam non est condictio ex lege, sed condictio ex pacto legitimo, sicut & alijs multis casibus, ex pacto est actio quod lege iuuatur. Alia sunt vera, veluti ex *l. vlt. sup. de petit. hered. vbi nominatim de condictione ex lege, l. vlt. inf. de iure del.* Addatur etiam *l. 4. sup. de recept. arbitr. & §. tripli. & §. quadrupli, Instit. de act.* Sed omnes illæ condictiones quæ proponuntur illis locis, sunt ex constit. Iust. Quærenda autem est condictio quæ sit ex iure antiquo. talis est condictio ex lege Iulia, quam Interp. non animaduerterunt, de qua est *l. hæc actio, D. sol. matr.* De qua lege Iulia loquitur lex præcedens. Est etiam alia ex lege Iulia, de qua in *l. si postulauerit §. vlt. & l. seq. D. ad leg. Iul. de adult.* Est condictio ex senatusconsulto Sabin. de qua Theoph. *§. sed ea omnia, Instit. de hered. quæ ab intest. def.* Est etiam condictio ex *l. 1. huius tit.* cuius species est de debitore fisci, qui debebat fisco ex primipili causa. Primipilus in libris nostris significat semper annonam militarem, vel eius annonæ præbitionem & curam. *l. 8. inf. de cohor. prim.* in *l. 6. & 17. C. Theod. eod.* Inde pastus primipili, militaris scilicet, *l. 3. & 7. eod. tit. l. 8. & 10. C. Theodos. eod.* Atque ita rectissime Theodorus Hermopolites *lib. 9. tit. 9.* definit primipilum esse annonam, quæ datur centurionibus primipili τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς, vt distribuatur inter milites. Et ideo recte Vegetius *lib. 2. cap. 8.* loquẽs de centurionibus prim. *totius* inquit *legionis cõmoda & merita consequebantur.* Sic etiam hanc legem recte Græci interpretantur: *Alimenta militaria fisco debens*, ὁ διατροφὰς στρατιωτικὰς τῷ δημοσίῳ ὀφείλων. Verum ob eã causam tam necessariam Reip. multa sunt recepta iure singulari. Primum, vt qui debet ex causa primip. si non sit par soluẽdo, nec ipse, nec eius fideiussores, vel nominator, vt dos vxori fisco vindicetur manente etiã matrimonio, & ex ea sibi suum seruet, *l. satis, infra; in quibus causis pign. vel hyp. tac. contrah.* Item vt ex ea causa fiscus vindicet rem obligatam dotis nomine, quod

quod est contra priuilegia dotium, *l. 3. infra, de primip. lib. 12*. Item vt fiscus vindicet ex ea causa rem donatam vxori, licet morte debitoris ex causa primipili donatio ea sit confirmata, *l. si non virum, ff. de donat. inter virum & vxor.* quod est contra orationem Diui Marci. Illud est quoque receptum, vt eius filij, qui debet fisco, ex hac causa teneantur fisco, etsi patri heredes non exstiterint, *l. vlt. inf. de primip. l. si tutores, ff. de compensat.* Postremo hoc proponitur in *hac l. 1.* vt vrgente fisco debitor ex causa primipili agat aduersus suos debitores ante diem, pecuniæ conficiendæ causa: aget autem condictione ex *hac l. 1*. Nam ipso iure ante diem nulla est actio in debitorem, *l. certi condict. ff. de reb. cred.* Errat autem Accurs. dum putat hac l. 1. dari condictionem fisco, imo datur aperte debitori fiscali, & ideo l. ait, præsidem cogniturum, qui tamen non cognosceret, si res ageretur inter fiscum & priuatum. Fateor tamen, quo casu debitori ex causa primipili competit actio in suos debitores, eodem etiam vtiliter fisco competere contra debitores debitoris. quod explicabimus *l. 3. tit. prox.* Hic titulus etiam est de condictione sine causa vel iniusta causa. Condictio ex iniusta causa vel ob causam iniustam est, vt si dedi ex stipulatione vi aut metu extorta, debitum dedi: nam ea stipulatio valet ipso iure: & ideo cessat condictio indebiti, sed superest alia causa; quæ dat condictionem, quia ex iniusta causa dedi, *l. ex ea, ff. de cond. ob turp. cau.* Quo casu non erit actio quod metus causa, quoniam in soluendo vim passus non sum, *l. 2. sup. de his quæ vi metusue causa gesta sunt.* Igitur eo casu non est condictio indebiti, non est actio quod metus causa. Est tamen condictio soluti ex iniusta causa, & generaliter condictio ex iniusta causa vel sine causa competit, quoties sine causa vel iniusta causa res est apud aliquem. Et vtraque ex æquo & bono, *l. perpetuo, ff. de condict. ob turp. caus. l. si & me & Titium, ff. de reb. cred.* vbi ait bonum & æquum est, *l. 1. §. vlt. D. de cond. sine causa.* Et dantur etiam domino hæ condictiones quarum est promiscuus vsus in furem, vel quasi furem; vt *l. contra §. vlt. & l. reum, D. rer. amot.* quasi fures sunt qui quid amouerunt, vt vxor quæ quid amouit. Vtimur leni verbo: dicimus enim amouisse, non subripuisse. Item quasi fures sunt infitiatores rerum depositarum, *l. si quis infitiatus §. 1. D. Depos.* Et infitiatores rerum pigneratarum soluto pignore, *l. 4. §. res, D. de reb. cred. l. inficiando, D. de furt.* Soluta pecunia debita, vel etiam non numerata, quam tamen numeratam scripsi, chirograph. quod dedi condici potest quasi sine *causa datũ, l. 2. & vl t hoc tit.* nam chirogr. dominus fit creditor. Itaq; dum chirographũ condico. rẽ meã non condico Videtur obstare *l. vlt. ff. ad exhib.* quæ videtur dicere, de chirographo agere debitorem ad exhibendum. Agit ergo quasi vindicaturus. Nam vindicaturis tantum datur ad exhib. quod si est vindicaturus mansit dominus chirographi. Hoc est negandum. Nam ea lex his verbis vtitur, exhiberi vel reddi, quæ sunt diuersa. Item loquitur non tantum de chirographo, sed etiam de aliis quibusdam instrumentis ad eum contractum pertinentibus, ad quæ refertur verbum exhiberi, id est, de eis agetur ad exhibendum, aut vindicabuntur. ad chirographum refertur verbum *reddi*, id est, chirographum condicetur, si paret reddi oportere. Postremo in *l. 3.* malæ fidei possessori fructus consumpti condicuntur, quasi sine causa vel iniusta causa percepti. Videntur n. consumptione eius facti: Exstantes a. vindicantur, non condicuntur. Idem confirmat *l. si pign. §. si præd. ff. de pign. act. l. aduer. inf. de crim. expil. her.* Accurs. hac in re multa sunt errata, Dubitat enim primum qua actione consumpti fructus malæ fidei possessori condicantur. de quo non est dubitandum propter hanc legem, quæ ostendit, condictionem esse sine causa vel ex iniusta causa. Idem Accurs. putat huic Cod.

A legi similem *l. si vrbana, D. de condict. ind.* Male: Nam ea lex loquitur de condi. indeb. etiam fructuum exstantium nomine. quæ datur non domino, sed ei, qui indebitos fructus malæ fidei possessori præstitit, qui domini fuerunt. Condictio a. sine causa, vel ex iniusta causa, de qua hic, datur domino fructibus consumptis. Male etiam Accurs. putat domino dari condictionem furtiuam, consumptorum fructuum nomine, Nam vel loquimur de fructibus rerum immobilium, quarum furtum non fit, etiam si mala fide teneantur, vel de fructibus rerum mobilium mala fide possessarũ, sine furti vitio tamen: Nam non omnis malæ fidei possessor fur est, ni rem contractauerit, id est, loco mouerit & abstulerit, *l. vulgaris §. vlt. D. de fur.* Ergo loquitur lex de malæ fidei possessore, qui fur non est. Si fur sit, dabitur condictio furtiua etiam fructuum nomine. Male idem Acc. putat consumptorum fructuum nomi-
B ne agi cum malæ fidei possessore rei vindicatione, quasi dolo desierit eos possidere. Nam vindicatione tenetur non solum, qui dolo possidet, sed etiam qui possidere desijt. Hoc admitterem, nisi consumptione fructus suos faceret malæ fidei possessor. Quod consumptione meũ fit, aut fieri intelligitur, eo consumpto non teneor in rem actione. At quod consumptione meum non fit; eo consumpto teneor ac si non consumpsissem. Quæritur quid in hac re distet bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore? breuis definitio hæc est. Quod bonæ fidei possessor præstet fructus, quos consumpsit post litem contestatam, non etiam quos ante litem: nam eos non præstat, *l. certum, sup. de rei vind.* Malæ fidei possessor præstat fructus etiam consumptos ante litem. Et sic est hæc l. 3. accipienda. Addatur §. 2. *Inst. de off. iud. & §. si quis a non domino, Inst. de rer. diu.* Itaque in summa
C tam a bonæ fidei possessore quam a malæ fidei possessore res vindicatur cum fauctibus exstantibus. Consumpti fructus ante litem malæ tantum fidei possessori condicuntur. præterea malæ fidei possessor tenetur etiam de ijs fructibus, quos ante litem percipere potuit, nec percepit, idque indistincte, sublata Accursij distinctione, seu habuerit titulum seu non. Bonę fidei possessor non tenetur de percipiendis, nisi post litem, *d. §. 2.* Nec obstat *l. si fundum, sup. de rei vind.* quæ lex ait, malæ fidei possessorem teneri de perceptis fructibus. Ex eo enim vitiose colligitur: Ergo non tenetur de percipiendis. At omnes leges in id concordant, teneri etiam eum de percipiendis indistincte. a quibus legibus illa nos dimouere non debet.

D

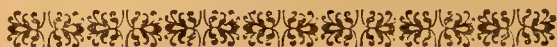
AD TITVLVM X.

De obligationibus & actionibus.



Ex l. & 2. sunt de cessione actionum, quæstione subtili & satis difficili. Cedere actionem, mandare, præstare, exhibere, transferre, procuratorem facere ad agendum, hæc omnia idem significant. Male interpretes ponunt differentiam inter cedere & mandare,
E Imo vero etiam interdum delegare, idem significat, vt in *l. cum de bonis, inf. de don.* Proprie tamen aliud est delegare debitorem, aliud est cedere debitum siue actionem. Qui cedit actionem, eam non amittit, sed retinet, & potest ea experiri *l. 3. inf. de nouat.* qui delegat debitorem, actionem amittit, quoniam fit nouatio. Cessio fit etiam inuito debitore: delegatio non item, *l. 1. & 6. eod.* Nam delegatio fit per stipulationem & promissionem delegati: alias fit per litis contestat. *l. delegare D. de nouat.* Cessio fit non tantum in rem nostram, vt cum facimus procuratorem ad agendum in rem nostram

(non facimus procuratorem sine actionis cessione) sed A interdum etiam in rem procuratoris, cui cedimus actionem, vt si ei qui mihi pecuniam soluit nomine debitoris mei, forte ignaro meo debitore, aut inuito, pecuniæ meæ debitæ actionem cedam, facio eum procuratorem in rem suam: nec enim quod ea actione fuerit consecutus repetam, sed id ille sibi habebit. Sed hoc casu ego videor non solum nequicquam, sed etiam nequaquam actionem cedere, quia mihi soluta pecunia desino habere actionem, & debitor inuitus ignoransque ipso iure liberatur, *l. solutione, ff. de sol.* Non est igitur actio quam cedam, quia sublata est solutione: sed id ita non est semper: vt cum nomen debitoris vendidi, & pecuniam accepi, non solutionis nomine pro debitore factæ, sed quasi pretij loco. tunc B eadem actio perdurat & soluenti ceditur recte. quæ est sententia *l. cum is qui, ff. de fideiussoribus.* Quod ita procedit, si ab initio species venditionis quædam interuenit, id est, si conuenerit vt pecuniâ solutâ cederetur actio. videtur vendi nomen, vel etiamsi nullo interiecto interuallo post solutionem statim mandata & cessa sit actio, vtilis est ea cessio. Quod si ante solutionem mandetur, nulla est dubitatio: at cum post solutionem ex interuallo sine pacto ceditur actio, nil agitur, quia ipso iure solutione per alium facta sublata est actio, *l. Modest. ff. de solut. l. cum possessor, ff. de cens.* At vtiliter facta cessione, quid inde consequitur? sic statuo: recte facta cessione actionis, is qui pro debitore soluit, habet directam actionem contra debitorem creditoris nomine, tam in personam, quam hypothecariam, *l. 6. & 7. inf. hic*, habet etiam suo nomine vtilem etiam sine cessione ex constitutionibus, quod heic lex 1. ostendit, *& l. 1. §. nunc tractemus, de tut. & rat. distrah. & l. 1. & 2. ff. de contr. ind. tut.* Et generaliter fere vbi ex cessione est actio directa, vtilis competit sine cessione in his speciebus, si nomen venditum sit, si legatum, si donatum, si pigneratum, si in dotem vel in solutum datum sit, si hereditas sit vendita, si absentis nomine sit creditum, *d. §. nunc tractemus, l. si cum emptore, ff. de pact. l. 2. hic l. 4. sup. si cert. pet. l. ex legato, inf. de leg. l. vlt. inf. quan. fisc. vel priu. l. postquam, inf. de her. vend.* vbi legendum (quod Acc. sciuit) velut ipsi creditori: id est vtilis datur exemplo creditoris, vt ait *l. pen. eod.* Illa vtilis actio accommodatur ad exemplum eius, quæ creditori competit, tam in personam, quam hypothecaria. At mandatum illud seu cessio illa actionis finitur duobus modis; reuocatione, quæ fiat re integra, *l. 3. inf. de nouat. l. si pater, inf. mand. l. qui tibi 6. inf. de hered. vend.* Res non est integra, si is cui cessa est actio, litem sit contestatus. tum is qui cessit amittit actionem, quam cessit; atque ita litis contestatio pro delegatione habetur, *l. 2. hic, l. delegare, ff. de nou.* Res etiam non est integra, si is cui cessa est actio, partem debiti exegerit. partis exactio pro delegatione est, etiam is qui cedit nullam habet actionem. Item res non est integra, si is cui cessa est actio, debitori denuntiauerit, vt solueret. Hæc denuntiatio habetur pro litis contestatione, *d. l. 3.* Finitur etiam cessio morte mandatoris, quæ etiam contingat re integra, sicuti explicatur in l. 1. cuius species hæc est. Valeria mulier, cui senatusconsultum Velleianum opitulatur si se pro alio obliget, non si pro alio soluat, *l. 4. in fine & l. 5. & l. quamuis, ff. ad Vellei.* creditori pecuniam pro debitore numerauit, non tam solutionis nomine, quam quasi pretij loco. Ea igitur Valeria pro debitore soluit, & vicissim ei creditor recte mandauit actionem debiti, quasi venditione nominis facta ex pacto. deinde hic creditor mortuus est re integra, id est, lite nondum contestata a muliere ex cessione actionis. Itaque finitum videtur esse mandatum morte mandatoris. quod ita verum est, si sine herede decesserit: Nam si heredem habuerit, heres debet implere fidem venditionis factæ a defuncto, & debet in eodem mandato perseuerare. At finge: hic creditor decessit sine herede. Quid faciet Valeria? directam non habet in debitorem, pro quo soluit pecuniam, quia decessit mandator, superest tamen ei vtilis, quæ etiam ei competeret durante mandato ex sua persona & suo nomine empta actione. quod tamen Accurs. male negauit: Putauit enim vtilem subsidiariam dari directa deficiente, quod leges supra allatæ satis refutant. Id ex hac specie notandum summe, mandatum actionis non aliter finiri morte mandatoris, quam si successorem non habuit. idemque seruatur mortuo mandatario actionis: Nam non finitur mandatum, si heredem reliquerit, qui actionem exequi potuit, *l. illam, de donat.* Hoc ita, si ego tibi actionem vendidero, aut donauero, & te in rem tuam fecero procuratorem. At si ego te in rem meam fecero procuratorem in litem, constat re integra te vel me mortuo mandatum exstingui indistincte. idem est siue defunctus heredem reliquit, siue non, idque & in quolibet alio mandato, *l. 8. hoc tit. Bart. & Accurs.* in verb. debitorem *h. l. 1.* ponunt male speciem in fideiussore, qui soluit quod reus debet. Nam primo scribit Imperator ad mulierem, cui non licet fideiubere per Velleianum: deinde constat fideiussorem qui soluit, nunquam habere actionem vtilem in debitorem quam tamen dat *h. l. 1.* quia suo nomine soluit, id est, propter suam obligationem, vt se liberaret. Qua ratione etiam creditor cui fideiussor soluit, quocunque C tempore recte ei suam actionem cedit, ex continenti vel & interuallo. Nam soluente fideiussore reus non liberatur ipso iure, quia non soluit rei nomine, liberatur tamen per exceptionem, *l. Papinianus, ff. mand. l. Stichū §. si mand. ff. de sol. l. dominus, de pecul. l. l. si res, de leg. 1.* similiter si fideiussor soluerit pro confideiussore, id est, si solidum soluerit neglecto beneficio Epist. D. Adriani, quo si voluisset vti, soluisset tantum partem, eo etiam casu certum est, non habere actionem vtilem aduersus confideiussorem, quia suo nomine soluit, id est, propter suam obligationem. Erat n. obligatus in solidum ipso iure, & si haberet exceptionem Epist. *l. vt fideiussor, de fidei. l. cum alter, inf. eod.* At habebit hic fideiussor directam actionem ex D cessione creditoris, si modo ea fiat recte, i. ex pacto, ex continenti, redempto nomine pro parte confideiuss. Nam si fiat illi ex interuallo sine pacto erit inutilis, cum confideiussor qui nil soluit ipso iure sit liberatus solutione per alium in solidū facta. Ergo hoc casu cessio non fiet vtiliter quocunque tempore, quam tamen diximus fieri vtiliter quocunque tempore, si vnus fuerit fideiussor qui pro reo soluerit.



AD LEGEM III. ET TITVL. XV.

Quand. fisc. vel priu. deb. sui. &c.

E

L. 3. ob causam.

Ob causam proprij debiti locatoris conueniri colonos pensionibus ex placito satisfacientes, perquam iniuriosum est.



CReditor (vt proponitur in hac l. 3.) non potest conuenire debitorem debitoris, vt colonum, aut inquilinum pensionibus ex placito satisfacientem. Græci legisse videntur pensionibus & placito. Igitur satis est, si colonus satisfaciat canonibus, nec cogitur etiam satisfacere creditoribus locatoris. Hæc est regula. variæ tamen sunt cau-

sæ, ex quibus agit creditor cum debitore debitoris, veluti ex cessione debitoris, vel etiam sine cessione nomine in solutum dato, *l. vlt. inf. quando fiscus vel priu.* vel ex delegatione, aut constituto, vt si debitor debitorem suum creditori delegauerit, vel si debitor debitoris constituerit se pro eo soluturum (Nam ex his causis constituitur fitque proprie debitor creditoris.) Delegatio nouat, constitutum non nouat, *l. pen. inf. de nouat. l. vlt. ff. de in diem addict.* vel etiam aget creditor cum debitore debitoris, ex speciali nominis debitoris hypotheca, vel etiam ex generali hypotheca sub qua continentur nomina, *l. nomen, inf. quæ res pign. obl. poss. l. si conuenerit 2. de pignerat. act. ff.* Et ideo recte in dicta *l. pen. de nouat.* significatur debitorem debitoris chirographarij non posse conueniri. Nam aliud est in hypothecario. i. hypothecarij debitoris debitor potest conueniri, quia nomen illud pignori censetur obligatum ex generali hypotheca, vel etiam (& hæc est alia causa) si condemnato debitore ab executoribus rei iudicatæ, nomen debitoris pignori capiatur: quod fit iure, *l. etiam, inf. de exe. rei iud.* In causam iudicati primum capiuntur mobilia, tum immobilia, deinde nomina. Atque ita ex hac causa conueniuntur debitores debitoris. Et de hac pignoris capione accipe *l. 1. & 2. inf. quand. fisc. vel priu. &c.* In l. 1. ostenditur, condemnato pupillo res tutoris ex causa iudicati pignori capi non posse, quia pupillus, licet habeat tacitam hypothecam in bonis tutoris pro administrata tutela, tamen eam exercere, vel persequi, vel tutelæ agere non potest ante finitam tutelam. quem debitor meus non potest conuenire, nec possum ego. in *l. 2.* ostenditur, non aliter ex causa iudicati nomina pignori capi posse, quam si desint alia bona condemnati quæ sint extra omnem controuersiam, & quæstionem. quæ pignori capiuntur ex causa iudicati extra omnem controuersiam esse oportet, id est, liquida & certa esse oportet, vt & ea quæ in compensationem deducuntur, *l. vlt. inf. de comp.* Idque fit seu sint corpora seu sint nomina, constare debet liquido ea esse condemnati: si vel vnus faciat de eis rebus aut nominibus controuersiam, vel si debitor condemnati infitietur, abstinere oportet ab illis nominibus, *l. 3. eod. l. a D. Pio §. si rerum & §. sic quoq; ff. de re iud.* In *§. si id quoq;* in eam rem citat rescriptum nostri Imperatoris, id est Antonin. intelligens *l. 2. inf. quando fisc. vel priu. in §. autem si rerum.* quod ait, capioni res iudicata proficiat; id est accipiendum de pignoris capione. Vulgo male legitur, vsucapioni, vel etiam intelligitur, cum ille locus sit de pignoris capione quæ fit ex re iudicata. Addendum est his, creditorem posse conuenire debitorem debitoris, non tantum ex expressa, sed etiam ex tacita hypotheca, i. si tacite debitoris sui nomen pignori positum sit. Et hac ratione puto fiscum, qui tacitam habet semper hypothecam generalem complectentem omnia corpora & iura, posse experiri vtilibus actionibus cum debitore debitoris, licet non ex causa iudicati agat, *l. 3. & 4. inf. eod. l. 3. §. multa, D. de iur. fisc.* At eo casu duo exigimus, vt debitor debitoris cum quo fiscus aget sit confessus & certus, *d. l. 3.* Ex tacita hypotheca generali, non sunt pignori nomina, vel etiam ex expressa, nisi sint liquida & certa. Item exigimus vt fiscus inexcusso principali debitore non agat statim cum debitore debitoris: Prius debet agere cum principali, & in subsidium cum debitore debitoris, *d. l. 4.* Nam constat fiscum electionem non habere, & ab eo exercendam prius actionem personalem, quam hypothecariam, *l. Moschis, de iur. fis. l. 1. de conu. fis. deb.* Igitur quod hac in re fiscus habet, iure hypothecæ habet: quod etiam habet quilibet alius creditor hypothecarius: seu sit manifesta hypotheca seu tacita. quod fiscus habet tacitam hypothecam hoc fit iure quodam proprio & singulari: quod vero agit cum de- A bitore debitoris fretus illa hypotheca tacita, hoc non fit proprio quodam iure. Nam & quilibet creditor hypothecarius idem habet.

Ad legem IV. & V.

L. 4. Bonam fidem in contractibus considerari, æquum est.

L. 5. Sicut initio libera potestas vnicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutæ obligationi aduersario non consentiente, nemo potest, B *Quapropter intelligere debetis voluntariæ obligationi semel vos nexos, ab hac, non consentiente altera parte, de cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere.*

IN *l. bona fides, D. depos.* eadem fere sunt verba: Bona fides, inquit, in contractibus exigitur. Ea accipienda sunt de bonæ fidei contractibus. Ergo accipiamus hanc etiam legem de contractu bonæ fidei, hoc sensu: vt in contractibus bonæ fidei iudex consideret quid ex bona fide dari vel fieri oporteat; vel quid magis bonæ fidei congruat. In contract. autem strictis bona fides non tam diligenter spectatur, sed sæpe insuperhabetur. Bona fides dicitur etiam sæpe alias integra fides, *l. 1. sup. de suff.* & sincera fides, *l. 2. inf. si prop. pub. pens.* Et inde *l. 10. inf. de dist. pig.* bona fide, inquit, & mox, sinceriter. hæc bona sinceraque fides in contractibus bonæ fidei maxime exigitur, *l. 5. inf. de* C *rescin. vend.* Exigitur quidem etiam in stricti iuris contractibus. sed in ijs qui sunt bonæ fidei, maxime. veluti in vtrisque exigitur, vt debita sine mora reddantur; quæ pars est bonæ fidei. Bonæ fidei debitor est qui moram non facit in debito reddendo. Symmach. in epist. 42. lib. 3. *Denuo obligo fœnore litterarum bonæ fidei debitorem. & cæt.* & inde Senec. initio declam. memoriam suam bonæ fidei vocat, quæ deposita reddat proferatque sine mora. Id vero in contractibus bonæ fidei maxime exigitur. Et ideo ex mora in contract. bonæ fidei veniunt vsuræ; ex mora in contract. stricti iuris non veniunt vsuræ. Mora culpatur magis in vno quam in altero contractu. bonæ fidei etiam, hoc est vt in contrahendo absit mala fides & calliditas, hoc in bonæ fidei contractibus maxime exigitur. Malæ D fidei emptio non est emptio, *l. 1. inf. de resc. vend. l. si fraud. 1. de long. temp. præsc.* Malæ fidei stipulatio est stipulatio, nec nisi exceptione excluditur, *l. 36. de verb. obligat.* Præterea (& huc pertinet l. 5.) bonæ fidei est hoc ne contractus alterutro inuito temere resoluatur. quod in bonæ fidei contractibus omnimodo obseruatur, adeo vt nec priuilegio fisci, nec principis rescripto possit vno tantum volente resolui, *l. 3. inf. de resc. vend.* Idem Symmach. in Epist. *Vox*, inquit, *est iuris & legum, bonæ fidei contractum non posse resolui.* Dices, cogimur ergo stare contractibus, nec possumus eos arbitratu nostro resoluere. Atqui dicuntur voluntarij. Rationem reddit Arist. initio ἠθικῶν. quia initium E eorum est voluntarium, lib. 5. Nemo inuitus accedit ad venditionem, *l. inuitum ℸ. de cont. empt.* At ex post facto sunt necessarij, vt ait *l. in commodato §. sicut, ff. comm.* voluntatis est mandatum suscipere. necessitatis explere & consummare. voluntatis & officij est commodare, necessitatis, re commodata vti sinere. Et vt de compromisso ex iure Lucian. in abdicato: voluntatis est adire arbitrum & compromittere, ita necessitatis parere arbitrio. Verum interdum etiam vnius arbitratu resoluitur contractus, videlicet si vel id tacite agatur, vel contractus natura id ferat. sic societati potest renunciari ab vna vel altera parte, alioqui societas esset perpetua. quo genere ne expressa quidem societas coiri potest, vt maneat quidem quamdiu voluerit vnus, eiusque heres, *l. nulla, ff. pro soc.* Natura eius

negotij est hæc, vt finiatur tandem & soluatur hęc communio, mandatum etiam reuocatur re integra, si quod tibi mandaui, iam te facere nolim. Ergo retro ei renuntiatur a mandatario. Explere mandatum est necessitatis, nisi opportune renuntietur, *l. si mandauero §. vlt. ff. mand.* sane hæc consequuntur. si tu potes reuocare mandatum quod dedisti, & cur ipse renunciare mandato non potero quod accepi, si omnia sint in integro, & renuntiatio sit tempestiua? Sic etiam depositum & precarium tandem aliquando reuocantur, etiamsi conuenerit ne reuocentur ante certum tempus: Nam hæc conuentio est contra naturam depositi vel precarij: & ideo ei non statur: si non potes, cum est tibi commodum reuocare depositum, vel precarium, est aliud quoddam negotium. non potest igitur censeri depositum vel precarium, quin tibi liceat cum volueris, reuocare, etiamsi secus conuentum sit. *l. cum precario, ff. de prec. l. 1. §. pen. ff. depos.* Similiter datum ob rem condicitur & repetitur ex pœnitentia, *sup. tit. de condict. ob turp. caus.* etiamsi sit datum ex permutationis causa, quæ est bonæ fidei. Nam id videtur agi tacite, vt re non secuta, ob quam datur, repetitio dati sit. Ergo & retro acceptum ob rem reddi potest, quamquam supersit hoc casu in id quod interest actio præscript. verbis. Nam hæc semper ita accipiuntur rebus integris, i. si nihil intersit.

Ad legem VI. & VII.

L. 6. Si in solutum nomen debitoris sui debitor tibi dedit tuus, ac te in rem tuam procuratorem fecit: pignora, quæ specialiter vel generaliter habes obligata persequere. Quod si ab his, quibus fuerunt obligata cum potiores erant, distracta probentur: emptoribus auocari non posse perspicis.

L. 7. Si a creditore nomen comparasti: ea pignora, quæ venditor nominis persequi posset, apud præsidem prouinciæ vindica. Nam si debitum ex eius persona res tibi obligatas tenentes non transferant: iure communi pignora distrahere non prohiberis. sane si creditoribus in ordine pignorum antecedentibus venundantibus, qui possident, comparauerunt, vel longi temporis præscriptione muniti prohibentur: pignorum distrahendorum facultatem te non habere perspicis.

IN hac l. 6. & 7. hoc ostenditur, nomine debitoris vendito vel in solutum dato, si nomen sit hypothecarium, emptori vel venditori non tantum dari actionem in personam, sed etiam Seruianam ex cessione, vel sine cessione vtilem, si qui tamen sint priores creditores hypothecarii præferentur. Nam in hypothecarum causa priores potiores habentur. Itaque nil refert in l. 6. an legas, *potiores*, an *priores*. Græci προγενέστεροι, id est, *priores*. Potiores etiam sunt possessores. qui a prioribus creditoribus pignora comparauerunt. Item possessores pignorum potiores sunt qui longi temporis præscriptione sunt tuti. actio Seruiana tollitur præscriptione longi temporis, *l. 7. & vlt. hic l. 1. & 2. si aduers. creditor. præscr. oppon. l. cred. ff. de diuers. temp. præscript.* Vsucapione tamen non tollitur actio hypothecaria, *l. vsucapio, de pignoribus, inf.* id est, non tollitur vsu anni vel biennij secundum ius antiquum. hodie etiam non tollitur vsu triennij, quo res mobilis vsucapitur. rei tamen immobilis hodie ex constitutione Iustiniani longo tempore simul & dominium acquiritur, & hypotheca soluitur, id est, decem annis inter præsentes, 20. inter absentes. De vsucapione secundum ius antiquum accipe leg. *cum postulassem §. vlt. ff. de dam. infec.* Quam Accursius putat aduersari superiori sententiæ, & male eam explicat. Hæc est sententia: damni infecti nomine missus in possessioné, ex primo decreto scilicet, possidendo: ex secundo decreto scilicet vsucapiendo, domi-

A nium cepi, id est, vsucepi. Si mihi non caueatur damni infecti, quod vereor ab ædibus vicini, ex primo decreto prætor facit me in possessionem ire, non possessorem. Si perseueret vicinus non cauere, ex secundo decreto prætor facit me possessorem, dominum non facit, quia non potest, vt nec facit heredem. sed possessione quæsita ex secundo decreto, deinde ædes vsucapio tempore legitimo. Cum eo pacto vsucepissem, creditor mecum agit hypothecaria. Igitur post vsucapionem, quia pignus non tollitur vsucapione. creditor igitur debet mihi reddere refectionis impensas. Eadem verba quæ sunt in eo §. *possid. domin. cepi*, sunt in *l. si quid ita §. de vectigal. eod. tit.* Eodem sensu id est, pro vsucapere, acquisita possessione ex secundo decreto. Quod autem diximus, actionem hypothecariam B tolli præscriptione longi temporis, id ita accipe, vt ea tantum vtatur bonæ fidei possessor, atque ita excludat creditorem. Malæ fidei possessori est necessaria præscriptio 30. annorum, debitori 40. & eius heredi, & posteriori creditori debitore superstite, *l. cum notissimi, de præscriptione 30. an. l. an vitium, in fi. ff. de diuers. temp. præscr.* Ita accipiendum quod scribit Suidas in verbo, *Priscus Emesenus Hypothecas tolli spatio 40. annorum*, scilicet aduersus illas personas.

Ad legem VIII.

L. 8. Si quidem donationis causa ei, quem adfectione patris te dilexisse proponis, tuam accipere pecuniam permisisti: & hanc tuam liberalitatem ille remunerans, te a C *procuratore suo aliam pecuniam sumere præcepit: rebusque humanis ante perceptionem fuit exemptus: nec quod dederas, recuperare, cum perfectam habuit donationem: nec quod tibi dari mandauit, nec dum tibi traditum petere potes a procuratore. Quod si mutuo dedisti, nec a delegato dari nouandi causa stipulatus es: successores eius solutioni parere compellentur.*

SPecies est. Alumno donationis causa permisisti tuam pecuniam accipere a procuratore tuo. Imperfecta est donatio, antequam acceperit, *l. permisisti §. vlt. ff. de præscript. verb.* verum perfecta est si acceperit; quia videris ipse tradidisse. Ita ponendum hic, eum accepisse pecuniam. Porro alumnus tibi gratiam retulit: D Nam tibi permisit vicissim animo donandi, vt a suo procuratore aliam pecuniam acciperes, quam & procuratorem suum tibi dare mandauit. non accepisti eam pecuniam, vel mortuus est alumnus antequam acciperes. donatio est imperfecta. At non repetes pecuniam, quam vltro prior donasti, ab herede alumni, cum pure eam donaueris nulla conditione adiecta. non petes etiam a procuratore pecuniam, quam tibi defunctus dari mandauerat, quia iam dare procurator non potest, cum morte mandatoris finita sit procuratio. Nec obstat *l. 1. hic, & l. illam, J. de don.* quæ leges sunt de cessione actionum, quam constat nec mandatoris nec mandatarij morte finiri, si heredem reliquerit. In hac specie nulla tibi fuit actio cessa, sed pro- E curatori tantum mandatum fuit, vt tibi pecuniam daret; ideoque etiam viuo alumno & integro mandato ne vtilis quidem tibi actio in procuratorem competeret: cum donatio imperfecta sit. delegatio etiam nulla intercessit stipulationis iure. igitur nulla est in procuratorem ex stipulatu actio. Additur in h. l. diuersum esse si mutuam alumno pecuniam dedisti, non donasti: Nam eo mortuo in heredem eius pecuniæ est condictio. In procuratorem autem a quo te permisit accipere nec accepisti, nulla est actio citra delegationem iure stipulationis interpositam. ea vero interposita, erit actio in procuratorem, in heredem non erit; quia delegatio nouat obligationem. At in priori specie donationis

nationis vltro citroque factæ prioris perfectæ, posterioris imperfectæ, tibi nec in heredem, nec in procuratorem vlla actio competit.

Ad legem IX.

L. 9. Negantes debitores non oportet armata vi terreri: sed petitore quidem non implentem suam intentionem vel exceptione submota, absolui: conuictos a. condemnari, ac iuris remediis ad solutionem vrgeri conuenit.

COniunge *l. vlt. inf. de exec. rei iud.* Debitores aut confitentur, aut inficiantur. Confessi condemnantur recte, quod etiam hodie fit, atque ita etiam rei iureiurando actori delato & præstito condemnantur: confessi, inquam, in iure vel in iudicio. nam extra iudicium confessio nullius est momenti, nisi quis cautione confiteatur, quæ dicitur ὁμολογία. Confessi igitur in iure & iudicio, vt *l. quidam, ff. de donat. l. post rem, de re iudic. l. 1. §. proinde, ff. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. ad leg. Iul. Maiest. l. 2. inf. de repud. hered. & in Nouel.* 90. Soluere autem debent cõfessi intra tempora iudicati, computanda a die confessionis, vt Paulus scribit *2. Sentent. tit. 2. l. 21. ff. de iudic. l. 6. §. vlt. de confess.* Si non soluant, pignora capiuntur & distrahuntur, vt Paulus scribit eod. loco, & probat *l. debitoribus, ff. de re iudic.* Inficiantes autem non sunt terrendi vi armata, vt confiteantur; sed vel sunt absoluendi, vel condemnandi. Condemnati faciunt iudicatum intra constituta tempora a iudice vel a lege intra 4. menses, sed tamen id spatium iudex potest prorogare, vel coarctare: vel pignora capientur & distrahentur, *d. l. vlt.*

Ad L. X. & vlt.

L. 10. Aduersus debitorem electis pignoribus personalis actio non tollitur: sed eo quod precio seruari potuit, in debitum computato, de residuo manet integra.

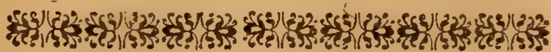
Lex vltima. Est in arbitrio vestro, personali debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta sibique tradita pignora tenet, in rem Seruiana, si non longi temporis præscriptione munitus sit, an vtrosque conueniatis.

NOtandum creditorem habere electionem, qua potius actione experiatur: principali an accessoria, puta hypothecaria, constitutoria, vel mandati, vel ex stipulatu: in fideiussorem potest etiam diuidere actiones: & partim agere in personam, partim hypothecaria. vel simul vtraque in solidum. potest etiam vna electa ad alteram reuerti, & reo condemnato ex vna actione, de reliquo si quid sit, altera experiri. Quod totum obtinuit ante quartam Nouel. Iustiniani, *de fideiussor.* qua quidem comparat priuatos creditores fisco, quem constat huiusmodi electionem numquam habuisse. de qua re est *Nouel. 136.* nec obstat, *Nouel. 112. de litigios.* in cuius specie videtur creditor prius agere hypothecaria, quam personali. verum id falsum est. Nam egit in ea specie prius actione personali, qua lite pendente debitor pignus vendidit; quo fit vt etiam liceat creditori agere actione hypothecaria in emptorem. De quæstione *l. 11. &* 13. diximus *l. 13. sup. si cert. pet.* Adde, qui pecuniam credidit colonis, nullam habet actionem cum domino prædiorum, etiamsi eo præsente, vel actore eius credidit. Præsentia eum non obligat, imo nec subscriptio sine stipulatione, *l. 14. sup. si cert. petat.* Hoc ita, si colonis credidit in rem eorum. Nam si credidit colonis, id est, conductoribus prædiorum in rem domini, quod Græci notant ad eam leg. quod scilicet prædia ea pecunia egerent, dominus tenetur actione negotiorum gestorum: vel si non credidit in rem domini prædiorum, sed coloni eam pecuniam in prædia insumpserunt, colonis tenetur actione ex conducto, quam etiam cedere possunt creditori. atque ita etiam ex cessione creditor aget ex conducto cum domino prædiorum.

Ad L. XII.

Ob æs alienum seruire liberos creditoribus iura compelli non patiuntur.

EST ambigua oratio, *ob æs alienum*, & cæt. Nam vel hoc significat, vt ne filij pro debito paterno addicantur creditoribus: vel vt debitores liberi homines non cogantur creditoribus seruire ob æs alienum. Et hic sensus magis verbis legis congruit. Lex enim non ait, liberos debitorum, sed absolute, liberos. Et ait, non compelli liberos quasi principales seu debitores, & ita accipiunt hic Græci: non coguntur inopes debitores seruire suis creditoribus. Ait lex, *seruire*: quo in verbo hæret Accurs. non abs re, quod longe distat seruire ab eo quod est seruum esse. Addicti seruiebant creditori, serui tamen non erant. Quintil. *lib. 5. cap.* 10. *& l. 7. cap.* 4. atque etiam in declamat 311. quæ inscribitur, *Addictus manumissus.* At ex hac lege seruire non coguntur: putem tamen hac lege vtrumque posse comprehendi hoc modo, vt liberi homines creditoribus seruire non cogantur ob æs alienum, seu sint debitores seu debitorum filij. Et sic Gregorius 4. *epist.* 43. dum scribit de Cosmo quodam debitore, cuius filios creditores detinebant; lex, inquit, habet, vt liber homo nullatenus pro debitore teneatur, quæ de re etiam scribit *lib. 2. cap. 96.* Iustinianus *Nouel.* 134. Ambros. in lib. *de Tobia. cap. 8.*



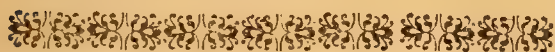
AD TITVLVM XI.

Vt act. ab hered. & contra her. &c.



HAc constitutione subuertitur regula iuris antiqui quæ talis est: Obligationem quæ non cœpit a defuncto, vel contra defunctum ab herede vel contra heredem incipere non posse, *l. vlt. C. Theod. de diu. resc.* Et ideo post mortem stipulatoris vel promissoris facta stipulatio non valet, quia hac stipulatione id agitur, vt incipiat obligatio ab herede vel contra heredem. Eadem ratione post mortem heredis aut legatarij relictum legatum non valet, §. *post mortem, Instit. de leg. §. post mortem, Instit. de inutil. stipul.* quamuis fideicommissum ita relictum valet, quia latius accipitur, & non tam obligatione aliqua iuris, quam pudore eorum qui sunt rogati continetur: ideoque ab herede heredis recte relinquitur, *l. si fuerit, de leg. 3.* Vlpian. *tit. de fideicommiss. in Frag.* Itaque in fideicommissis nil refert, vtrum dixeris, cum morietur heres, vel cum mortuus fuerit heres: Nam & ita relictum fideicommissum cum morietur heres, post mortem heredis relictum videtur, *l. 11. §. filio, de legat. 3. l. 1. §. si emancipato, ff. de collat. bon.* At in legatis & stipulationibus eorum, earumue, quoad fieri potest, conseruandarum causa inducta est hæc verborum differentia subtilis, inter cum morietur, & cum mortuus fuerit: vt hoc modo non valeant, illo valeant, §. *ita autem stipulatio, Inst. de inutil. stipulat. l. quodcumque §. 1. ff. de verb. oblig.* Hæc omnia Iustinian. perturbauit, ac primum quidem constituit, post mortem he-

redis aut legatarij legari posse, post mortem etiam contrahentium recte stipulationem contrahi, *l. scrupulosam, inf. de contrah. stipul.* ex qua lege erat consequens, superiorem regulam iuris antiqui esse sublatam: quia tamen nominatim non fuerat sublata, edita est hæc constitutio, quæ eam tolleret nominatim. quæ ex nouis constitutionibus necessario concluduntur, non statim habentur pro legitimis. Nouæ constitutiones sunt stricte accipiendæ, id est, quæ ius vetus abrogant. Ita semper sunt accipiendæ Nouellæ Iustiniani quibus peruertitur ius ciuile, vt *Nouel. de hered. ab intest. ven.* semper est accipienda stricte, id est, in propriis terminis. filij fratrum cum patruis succedunt in stirpes. Hoc continetur illa Nouella. Quid si soli sint filij fratrum an succedent in stirpes? Hoc videtur esse consentaneum illi Nouellæ, sed tamen quia hoc nominatim cautum non est ea Nouella, vt Azo recte sensit, sequemur ius vetus, & eos dicemus succedere in capita. Consequens etiam est huic constitutioni, nil interesse stipulationem aut legatum ita relictum, cum morietur heres, post mortem relictum videri. Hodie ita videtur dicendum, vt in fideicommisso supra diximus. At hoc non est temere affirmandum, quia constitutionibus nouis non est expressum, licet necessario consequatur. consequens etiam est, nil referre, heres instituatur post mortem suam, an cum morietur, qua in re differentia erat: nam institutio post mortem non valebat: cum morietur valebat, *l. extraneum, inf. de her. inst.* An differentiam eam dicemus manere in hac specie? sic sane, quia noua Constitutio hanc speciem omisit: quod nouæ Constitutiones omittunt, pro omisso est habendum. Nec potest suppleri vel nostris interpretationibus, vel argumentationibus. Illam autem regulam Iuris antiqui, Accursius male putat vitiari a stipulationibus conditionalibus, quæ quandoque non commissæ in defunctum, committuntur in eius heredem. hoc non est regulæ vitium: Nam stipulatio conditionalis initium capit a defuncto, & ex tempore contractus vires accipit, *l. vsufruct. ff. de stip. ser.* hoc est satis, non est necesse, vt committatur etiam in defunctum. idem est dicendum de stipulationibus pœnalibus, quæ quanquam non commissæ in defunctum, committuntur in heredem. Idem dicendum est de quibuslibet obligationibus, quæ plerunque pleniores vberioresque sunt in heredem quam in defunctum, *l. si per imprud. §. 1. & §. non mirum, ff. de euict.* Cæterum origo earum est a defuncto. Ait Imp. in fine huius legis: Ne propter nimiam subtilitatem, puta cum morietur, aut cum mortuus fuerit (inter quæ differentiam constituebat regula) latitudo voluntatis contrahentium impediatur, id est, ne ideo latius non accipiatur voluntas contrahentium. Latitudinem opponit subtilitati, *l. 111. de verb. obl. Latius accipi, &c.*



AD TITVLVM XII.

Ne vxor pro marito, &c.



PRimum ostenditur, vxorem non teneri ex contractu mariti, etiamsi pro eo fideiusserit. Nam si fideiusserit, tuta est mulier exceptione senatusc. Velleiani, *l. 1. hic l. vlt. §. item si mulier, ff. ad senat. Vell.* Hodie tuta est ipso iure, si pro marito fideiusserit; si pro alio, tenetur: sed habet exceptionem Velleiani, *Nouel. 134.* non tenetur etiam ex delicto mariti: Et ideo ob delictu mariti res vxoris fisco non addicuntur, quia nec res heredis potest, qui propius ad vicem nostram accedit, l. 2. hoc tit. non tenetur etiam vxor ob ciuile munus vel honorem gestum a viro, mulier non tenetur reipublicæ, *l. mulier, inf. de decur. lib. 10. l. 1. inf. ad leg. Iul. de vi publ. l. 1. inf. de priuil. fisci. & l. 3. hic.* Excipienda est dos quæ tenetur fisco ob munera vel honorem gestum a marito, quia dos constante matrimonio est in bonis mariti. Constante igitur matrimonio ea fruetur fiscus quasi maritus. Nec est dicendum, hoc esse speciale in primipili causa. Nam non solum id obtinet in eius causa, sed etiam in omnibus causis munerum ciuilium, idque significat *l. 3. hic.* quæ ait, non in dotem. Nam dos tenetur ob ciuile munus mariti; parapherna non tenentur, id est, cætera vxoris bona non tenentur, Et male Accurs. supplet *maxime* cum id repetatur & subiiciatur ea non teneri, quæ sunt præter dotem. At in filio quidem speciale est ob causam primipili: Nam filius emancipatus aut exheredatus non tenetur ob ciuile munus patris defuncti, *l. 2. tit. seq.* Ex causa primipili tenetur, etiamsi heres non exstiterit patri, *l. vlt. inf. de primip. lib. 12.* Id diximus *l. 1. sup. de cond. ex leg.* Addendum, etiam maritum non teneri ex contractu vel delicto vxoris, *d. l. 3,* hic. neque obstat *l. obseruare §. 1. ff. de offic. Proconf.* quæ lex est specialiter accipienda, vt quemadmodum Proconsul aut præses præstat factum domesticorum aut ministrorum, si quid in prouincia egerint per vim, concussionem, aut impressionem, *l. 1. inf. ad leg. Iul. repet.* ita etiam præstat factum vxoris, si quem concusserit non ex alio delicto, sed ex concussionis tantum & impressionis causa, idque specialiter ex senatusconsulto, de quo etiam Cornelius Tacitus lib. 4. Postremo ostendit etiam matrem non teneri pro filio, *l. 3. & 4.* de patre dicetur in tit. seq. Notandum autem valde quod ait *l. 4.* si mater partem soluerit pro filio, non ideo cogitur soluere reliquum; etiam creditorem adimplere; & partem quam soluit mater condicere non potest, quia filij nomine soluit, vt in *l. si certis, sup. de pact.* quod solutum est non condicitur, quia est solutum ex pacto, ex ea solutione tamen non constituitur obligatio, quæ ex pacto nulla est. Quod si mater in specie legis 4. suo nomine soluerit errans, habebit condictionem soluti. Multo ergo minus tum de reliquo conuenietur. Ad hæc pertinet *l. operas, ff. de oper. libert. l. creditor, inf. de vsur.* Ex quibus generaliter colligitur, solutionem partis nil præiudicare, si non debeatur. Obstat huic sententiæ *l. cum de in rem verso ff. de vsur.* vbi vsuræ, quæ sunt præstitæ longo tempore, & in posterum præstari debent ob id solum, quod sint diu præstitæ, & quod sint præstitæ vsuræ dotis a defuncto, dos ipsa a successore petetur. Obstat etiam *l. 1. inf. de fideicomm.* vbi si legatum annuum, id est, alimentorum, fit præstitum triennio continuo, in futurum etiam perpetuo debet præstari. Videtur ergo ex ijs partis solutio, aut certi temporis præstatio obligationem confirmare & constituere. Respondeo ad *l. cum de in rem verso,* præstationem illam longi temporis præsumptionem facere in re dubia, de qua erat lis apud Imperatorem. Ambigebatur enim de debito. multa faciebant pro alimentario. his si accedat diuturna præstatio, vincet. At in re certa, vt in hac, *l. 4.* præstatio partis nil præiudicat, id est, si constet eum qui præstitit, non debere, sed alium: vel a nemine deberi id, quod est præstitum. Respondeo ad *l. 1. inf. de fideicommiss.* legatum alimentorum de quo in illa l. fuisse relictum, sed dubitabatur de tempore, vtrum esset relictum in certum tempus, id est, in certos annos, an quoad viueret legatarius. Heres dicebat, relictum in certos annos; legatarius in perpetuum, id est, quoad viueret. Pro legatario facit præsumptio; si triennio acceperit, sufficit triennium, *in tali causa*, inquit, lex alimentorum scilicet, qui triennio accepit alimenta, accipiet & in futurum: nisi probauerit heres, fuisse relicta alimenta in triennium duntaxat, quia facit præsumptio pro alimentario. Denique

nique partium vel pensionum solutio præsumptionem inducit, *l. 4 de non num. pec. l. cum de indebito, ff. de probat.* præsumptionem inducit vel facit, non ius, non obligationem.

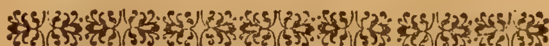


AD TITVLVM XIII.

Ne filius pro patre, &c.



X superiore titulo didicimus, vxorem pro marito non teneri, vel maritum pro vxore, vel matrem pro filio. Ex hoc autem titulo discemus, patrem non teneri ex contractu filij emancipati, nec etiam ex filiifamil. contractu tenetur vltra peculii quantitatem, nisi iussu patris contraxerit filius, quo casu tenetur in solidum pater, vel nisi filiofamil. contra senatusconsultum Macedonianum sit pecunia credita, quo casu pater ne de peculio quidem tenetur, *l. 1. hic l. pen. inf. ad Macedon.* Itaque si metu illato creditor a patre filiifamil. nomine pecuniam extorserit, patri competit actio quod metus causa, & hoc significat l. 1. cum ait *extorta.* condictio indebiti non competit, quia sciens soluit, coactus tamen. vel si suasionibus creditoris (quod finxit Accurs.) pater soluerit, quod soluere non debuit, competet actio de dolo. Hoc etiam casu non competet condictio indebiti, in quo Accursius fallitur in *l. seruus §. vlt. & l. si legatarius, D. de dolo. l. 1. sup. de rebus cred.* Pater etiam non tenetur ob ciuilia munera quæ filius gesserit se inuito, id est, contradicente. Nam taciturnitas in hoc consensum imitatur, *l. 3. hic* qua de re dicetur ad *l. 1. inf. quod cum eo.* Addatur etiam e contrario, filium pro patre non teneri, *l. 2. & 4. hic.* Pro patre superstite scilicet, vel etiam mortuo, si ei heres filius non exstiterit, excepta causa primipili, vt sup. diximus in tit. præced. Libertus etiam pro patrono non tenetur, neque seruus pro domino, vel ex delicto domini, *l. vlt. inf. hoc tit.* In seruo id est notissimum: quia non est etiam δεκτικὸς ἐν δικαστηρίῳ, id est, *fori capax non est.* & si seruus fuerit tempore contractus, & postea manumittatur, non tenebitur, nec pro domino, nec ex sua persona, ob contractum a se habitum, vt explicabitur in sequenti titulo. Vnde ita concludamus. cum hæ personæ, quæ in his duobus titulis recensentur, quæ scilicet arctissimo vinculo continentur, & quæ in multis iuris partibus & articulis vna censentur persona, aliæ pro aliis non obligentur: multominus extraneus ex contractu vel delicto extranei tenebitur, nisi sit heres, aut fideiussor, aut alia quæuis accessio. Fuit olim plerisque locis vsurpatum vt vicanus teneretur pro conuicano, id est, vt creditori liceret ob debitum pagani, aut vicani eiusdem pagi aut vici hominem prehendere, vel res eius pignorare quoad verus debitor satisfecisset: quas Iustinianus vocat pignorationes, & eas damnat tollitque. Societas aut communio eiusdem vici, aut pagi, aut ciuitatis me æri tuo non obligat; & hæ pignorationes sunt hodie illicitæ, *Nou. 52. & 134.* Id etiam indicat Zeno Imp. *l. 4. inf. vt nullus ex vic. libr. 1.* Et de his eleganter Cassiodorus 4. Variarum. quod maxime pertinet ad hos titulos. *Diuidunt*, ait, *causæ germanos*, id est, frater pro fratre non tenetur. sic patronus pro liberto non tenetur, nec dominus pro seruo; nisi quibus casibus pater tenetur pro filiofa. Adiicit & Cassiodor. *Obligationibus paternis filius, si non sit heres, exuitur.* Sequitur: *vxor maritalibus debitis, nisi per vincula successionis, non tenetur. Et audacia ad solutionem trahit extraneos, cum absoluant iura coniunctos.* damnat pignerationes. Idem etiam cautum est legibus Longobardorum, *l. 3. de debitis & vadim.* Item Constit. antiquis Neap. latis a Friderico *tit. de cultu pacis:* Nam hæ pignorationes barbare dicuntur præsaliæ & repræsaliæ. Inde Bartoli liber de represaliis. Sublatæ igitur sunt hæ omnibus legibus. At nunquam populi in totum abstinuerunt. Sæpius sunt in vsum reuocatæ; & ideo cum non possent omnino eximi a republ. saltem censuit Gregorius Clericos eximendos, *cap. 1. de iniur. lib. 6.* Idem postea Fridericus dedit studiosis, vt ne pignorarentur pro alienis debitis, idque noua constitutione, quæ est subiecta huic titulo: qua etiam actionem repetundarum famosam in quadruplum promittit, si quis studiosum pro alio debito pignorarit. Idem etiam datur eorum tabellariis eadem cõstitutione. Nostris moribus vtimur non in nostrates, sed in extraneos: nec id facimus nisi permissu principis, vt si negotiatori Gallo merces eripuerint Hispani, idem quem primum offenderit Hispanum, pari iure eripiet, si id impetrarit à principe: Et dicitur a nobis *droit de marque.* potissimum autem in limitibus exercetur. Ea quoque constitutione Fridericus dat studiosis duo alia priuilegia, vt ne vlla onera, vllæ corporales pœnæ, id est, angariæ indicantur. Quo pertinet *l. 2. inf. de incolis.* qui studiorum causa quodam loco versantur, non sunt incolæ, id est, ad munera non vocantur, & ad onera ciuilia. Item, nec eorum parentes qui ad eos frequenter commeant, nisi ibi decennium consumpserint, cum iam non sunt studiosi sed incolæ. Dat etiam Imp. Fridericus constitutione sua studiosis, vt ne vocentur ad aliud iudicium, quam Episcopi aut Doctoris. Hodie habent Conseruatorem. Et is cadit actione, qui studiosum ad alium iudicem vocauerit. Præses igitur vel præfectus in studiosos iurisdictionem non habet ex ea constitutione Friderici. Nam ex constitutione Iustinianea habuit vna cum Episcopis & Doctoribus, in præfatione Pandect. Nam ibi primum constituit, ne libri iuris scribantur per notas: deinde ne studiosi iuris illicitos ludos exerceant, quos tum exercebant existente maxime, aliquo tyrone. Eos ludos vocabant cilistras, vt est scriptum in Syn. facta in Trullo can. 71. quo etiam nominatim damnantur cilistræ. Adiicit Iustinianus, vt hæc obseruentur cura præfecti vrbis Romæ, Constantinopoli, & Beryti. Nam in his tribus tantum vrbibus ius ciuile docebatur. Recte autem Accurs. ad hanc Nouel. Friderici & constit. Iustin. notat: in causa criminali eos non habere priuilegium fori. quo etiam iure vtimur. reatus omnem honorem excludit, *l. 1. supra, vbi senat. vel clarissimi, &c.* Male autem putat hanc cognitionem, quæ datur Episcopo & Doctori, posse alteri mandari ab Episcopo vel Doctore. Nam id specialiter datur cõstitutione Friderici, etiam priuato, qualis est Doctor. non competit ergo iure Imperij. Igitur secundum principia iuris ciuilis non potest mandari, *toto titu. de officio eius cui mand. est Iurisf. l. nec mandante, D. de tut. & cur. dat.*



AD TITVLVM XIV.

An seruus pro suo facto, &c.



Actum in hoc titulo significat contractum, aut delictum. Duo sunt tractanda hic, primum, an seruus domino teneatur post manumissionem de antefacto: deinde an teneatur extraneo. De domino est hæc regula: Seruus ex contractu aut delicto domino non obligatur: & ideo post manumissionem non tenetur etiam domino ex antefacto, cum obligatio non cœperit ex antefacti tempore, *l. seruus, de furt. l. 1. sup. de nox. act. l. vlt. hic. l. 1. §. 1. ff. si quis testam. lib. esse iuss. fuer.* Excipiuntur quatuor casus. Primus est, si domi-

nus consilio serui circumscriptus cum manumiserit vel vendiderit ei a quo manumissus sit: hoc casu in manumissum ex antefacto competit actio de dolo, vel in factum Prætoria. Illa intra annum: hæc post annum; illa in scientem: hæc in ignorantem, *l. & eleganter, D. de dolo, l. verum, D. de minor.* Secundus casus hic est, si seruus domino aliquid promiserit pro capite, id est, vt manumitteretur, pactione scilicet: quo casu in manumissum est actio in factum, vt præstet quod promisit, vt ait *l. 3. hic.* Verum quænam est hæc actio in factum, quæ datur *l. 3*? Eadem sane quæ datur superiori casu, decepto domino consilio serui. Est igitur actio in factum prætoria actioni de dolo subsidiaria: & ideo hoc etiam casu in scientem agetur de dolo, *d. l. & eleganter §. seruus.* Dices, imo in hoc casu l. 3. est actio in factum ciuilis, id est, præscript. verb. Nam negotium ita gestũ fuit, dabo vt manumittas. Nam licet dominus prior manumiserit, tamen non ideo mutatur forma conuentionis, quæ ita inita est, dabo vt facias. Cõstat autem ex articulo do vt facias, dari in factum ciuilem actionem, id est, præsc. verbis, *l. iurisgentium §. 1. D. de pact.* At hoc casu non dabitur, quia ille seruus fuit cum contraxit, & regula iuris non patitur, vt ex contractu facto cum seruo, in eum post manumissionem actio sit. Huius rei est argumentum *l. 1. §. pen. de except. rei vend.* seruus emit res peculiares, necdũ domino tradidit, sed retinuit in peculio quasi peculiares non domini. postea manumissus est testamento, & peculium est ei legatum; venditor repetit eas res: An repelletur exceptione rei venditæ ciuili? Non: quia seruus fuit cum contraxit. At repelletur exceptione in factum prætoria. sic etiam ex pactione libertatis post manumissionẽ seruus domino tenetur, non in factum ciuili, sed actione in factum prętoria decretali. Tertius casus proponitur in *tit si quis testam. liber esse iussus fuerit.* Veteres putabant hereditati fieri furtum, Tullio teste *7. Epistolarum.* At obtinuit sententia nouorum Iureconsultorum, hereditati iacenti furtum non fieri: Item rei hereditarię nondum ab herede apprehensæ furtum non fieri: quia furtum est possessionis interuersio: hereditatis autẽ nulla est possessio. Ergo non fit furtum, *l. 1. §. Scæuola, inf. eod. tit. l. in eo quod, de acquir. rer. dom. l. 2. D. de crim. expil. hered.* At is qui rem hereditariam surripuit, licet non teneatur furti, tenetur tamen extra ordinem proprio crimine expilatæ hereditatis. Est etiam actio dupli in hac specie. Seruus hereditarius testamento manumissus iacente hereditate aliquid ex ea surripuit, aut dolo malo corrupit adita hereditate, atque ita factus liber ex testamento, tenebitur actione dupli, ex illo edicto, ne illius improbitas impunita sit. quæ actio dupli dicitur a Gręcis rerum amotarum, ad *l. Titia §. pen. D. de manumiss. testam. 48. Basilicῶν*, quia proprie furtum hereditati non fit, cum nullus sit possessor. Hodie moribus Galliæ hereditati furtum fit, secundum sententiam veterum Iurisconsultorum, quoniam hereditatis possessio nunquam vacat: heredis & defuncti possessio continuatur, *le mort saisit le vif.* Vltimus casus est, si seruitutis & libertatis actus sint connexi, id est, si quod egit in seruitute pro domino actum administrans, id pergat agere post manumissionem. Actus libertatis trahit ad se actum seruitutis, & tenetur eo nomine, *l. eum actum, l. Proculus & l. atqui natura, D. de neg. gest.* Pertinet etiam eo *l. vlt. sup. de petit. hered.* quoniam in specie huius legis post libertatis iustũ tẽpus seruus in eodem actu perseuerauit. Sequitur, an seruus post manumissionem ex antefacto teneatur extraneo, cum prius expositum sit de domino? Et ex delicto quidem obligatur, non tamen ita, vt manente seruitute possit conueniri. Constat inter seruum & liberum iudicium non consistere, fori seruum non esse capacem. Ideoque seruitute manente, ex delicto cum eo non agitur, sed dominus noxali actione conuenitur, quæ actio serui manumissio-

A ne extinguitur, & tum in seruum transfertur recto iure: directa dabitur, non vtilis. Igitur post manumissionem, ex delicto cum seruo agetur actione directa. Et hoc est quod dicitur, Noxa caput sequitur, *l. 4. hic.* Vbi recte ait, manumissum extraneo teneri actione furti ex ante facto. Nam solæ actiones noxales caput sequuntur. Actio furti est noxalis: condictio furtiua non est noxalis. Manumissus igitur non tenebitur condictione furtiua nisi post manumissionem contrectarit rem, *l. quod ab alio, D. de condict. furt.* tenebitur tamen actione furti. Igitur ex delicto & noxa seruus extraneo obligatur naturaliter & ciuiliter, & manumissus potest conueniri directo: Ex contractu a. seruus extraneo obligatur naturaliter, non ciuiliter, *l. serui, D. de obligat. & act.* Proinde manumissus non potest conueniri ex contractu, cum non sit ciuilis obligatio; vt si quis

B rem deposuerit apud seruum alienum, seruus post manumissionem depositi actione non tenebitur, nisi post manumissionem rem teneat. Sed & si rem non teneat, tenetur de dolo, si quem admiserit in re deposita, *l. 1. §. si apud seruum, l. si apud filium, D. depos.* Nam actio de dolo est noxalis, *l. si quis adfirmauit §. pen. D. de dolo.* & ideo caput sequitur. Et ita si dolo serui circumscripto extraneo seruus ad libertatem peruenerit, in manumissum extraneo competit actio de dolo, *l. & eleganter §. seruus, D. de dolo.* Constat etiam ex negotio gesto post manumissionem seruum extraneo teneri, si extranei actum in seruitute gesserit, & in eo actu post manumissionem perseuerauerit, actus libertatis trahet ad se actum seruitutis, *l. si cognati, sup. de neg. gest.* vt diximus de domino, in quo eandem re-

C gulam posuimus, vt scilicet quemadmodum extraneo, ita domino seruus obligetur ex contractu naturaliter, non ciuiliter. At in delictorum causa est differentia inter dominum & extraneum. Extraneo seruus obligatur ex delicto naturaliter & ciuiliter, *d. l. serui.* domino naturaliter tantum. Et ideo ex causa delicti dominus habet retentionem & deductionem de peculio, *l. 10. §. siue autem, D. de peculio.* cum manumisso ex delicto actionem nullam habet, quia nec orta est ante manumissionem. Ex his intelligitur seruum esse capacem naturalis obligationis, seruum cuilibet obligari naturaliter, *d. l. serui, l. atqui natura, D. de neg. gest. l. naturaliter, D. de condict. indeb. l. eo tempore §. etiam, D. de pecul.* At duo obstant valde.

D Primum *§. præterea, Inst. qui. mod. tol. oblig.* & ei similis *l. in persona §. 1. D. de pact.* in eis locis ostenditur, interuentu serui nouationem non fieri, maxime si extra rem peculiarem pro alio interuenerit. Ergo seruus expromittendo non obligatur naturaliter: Nam si naturaliter obligaretur fieret nouatio, *l. 1. D. de nouat.* Obstat etiam *l. 20. D. de fideiuss.* quæ lex docet domino dari condictionem indebiti, si seruus pro alio fideiusserit extra causam peculij, & soluerit: vel seruus ipse ex peculio, vel dominus. Ergo seruus ille ex fideiussione naturaliter obligatus non fuit. Nam si fuisset naturaliter obligatus, soluti condictio non esset, quæ tamen est. Duo igitur obstant, quorum vnum est de seruo expromissore: alterum de seruo fideiussore.

E vterque generali verbo dicitur intercessor. Inde igitur generaliter ita definiamus: seruum pro alio intercedentem extra causam peculiarem non obligari naturaliter. Huius sententiæ effectus hi sunt: vt soluti condictio sit. Item vt in dominum non sit actio de peculio, quæ tamen in dominum competit, semper seruo obligato naturaliter, seu ex causa peculij, seu extra causam peculij. Putem etiam (& hic est 3. effectus) fideiussores datos a seruo intercessore, non teneri, idque sic confirmo. Comparatur omnino seruus intercessor seruo iudicio condemnato, *l. 3. §. si filius, & §. si seruus, D. de pecul.* Ex causa iudicij quod cum seruo non consistit, fideiussor a seruo datus iure non tenetur,

tenetur, quia nec iudicium consistit, *l. quoties, D. si quis caut.* Ergo etiam ex causa intercessionis, quæ non constitit, fideiussor a seruo datus non tenebitur. Denique seruus intercedens pro alio, non obligatur naturaliter. Igitur non est verum, quod concedit Theophil. in *d. l. §. præterea.* seruum expromittentem obligari naturaliter. Fateor hac in re dissensionem fuisse inter Sabinianos & Proculianos. Et hoc est quod ait *d. l. 3. §. si filius, ff. de pec.* de hac re fuisse tractatum. Obtinuit tamen sententia Sabini & Cassij, hac in re differentiam esse constituentium inter seruum & filium: vt scilicet pater obligetur de peculio, quacumque ex causa filius intercesserit pro alio; dominus non item, nisi in re peculiari, vel in re domini seruus intercesserit, *d. l. 3. §. sed si filius*, & in *l. quoties §. 1. eod. tit.* Eam sententiam probarunt Iulianus & Iabolenus, qui fuerunt etiam Sabiniani, *l. 19. & 20. de fideiussor.* in *d. l. in persona §. 1. D. de pact.* Eandem sententiam ex diuersa schola probauit etiam Celsus, vt refert *d. l. 3. §. si filius.* Et ita, etiamsi seruus compromiserit in arbitrum, vel si forte in iudicio sit condemnatus: vel si in iudicio actori iusiurandum detulerit, his etiam casibus dominus non tenetur de peculio, quasi ex his causis non sit constituta naturalis obligatio. Sed in filio diuersum est, *d. l. 3. §. si filius, §. si seruus, § sed & si filius, & §. idem scribit.* & in *l. depositi §. 1. eod. tit.* quæ differentia est etiam ex Sabinianorum sententia, quam & diuersæ scholæ Nerua filius probauit. Vulgo tamen Proculiani ex his etiam causis censebant seruum obligari naturaliter: & tam in dominum quam in patrem dabant actionem de peculio. Et ob id in *l. quidam, D. de iureiur.* quidam aiunt, inquit, ex Proculianis scil. qua de re aliquid diximus in *l. 4. sup. de reb. cred.* Conclusio huius quæstionis hæc sit. Sabiniani, quorum sententia obtinuit, in his quatuor causis: si seruus pro alio intercesserit, si compromiserit, si iudicio condemnatus fuerit, si in iudicio iusiurandum detulerit, obligationem naturalem, quæ tamen subesse videtur, non agnouerunt, & ideo de peculio in dominum actionem non dederunt. Nam nec naturali, nec ciuili iure seruum idoneum intercessorem, aut compromissorem, aut litigatorem idoneum, idoneam personam in iudicio esse censuerunt. Ex aliis causis indistincte, seu e re peculiari essent, seu extra, in seruum naturalem obligationem admiserunt, & actionem de peculio in dominum. Est etiam alius casus, quo post manumissionem cum seruo est actio ex antegesto *l. 2. hic.* Species est: Seruo est credita pecunia: seruus obligatur naturaliter, non ciuiliter: dominus autem tenetur de peculio, quacumque ex causa sit credita. Manumisso seruo dominus, vel etiam si testamento sit manumissus, heres de peculio tenetur intra annum ex illo edicto *quando de peculio, &c.* At hoc ita est, si seruo peculium legatum non sit: Nam si seruo peculium sit legatum, dubitatur quis teneatur creditæ pecuniæ nomine. Et videtur potius danda actio in manumissum, qui peculium habet extincta actione annali de peculio. id probat *l. 1. §. per contrarium, ff. de dote præleg.* Et ideo hæc l. 2. ait: Seruus non tenetur, maxime si peculium ei legatum non sit. maxime sic est accipiendum, quasi idem prorsus non sit, peculio legato. Nam eo legato videtur manumissus teneri debere Obstat *l. si seruo, de pecul. leg. & l. 1. §. item heres, quando de peculio actio an.* quæ leges seruo testamento manumisso & peculio ei legato dant actionem de peculio in heredem intra annum, non in manumissum. Breuiter ita dicendum est. Actio de peculio non quemlibet peculij possessorem sequitur, nisi sit dominus vel fuerit. Quo tamen casu actio de peculio est annalis: vel nisi sit heres domini vel successoris, cui legatum est peculium sine seruo. seruus manumissus cum peculio, emptor peculij sine seruo non tenetur de peculio, nisi ex causa licet peculium possideant.

In specie hac igitur heres primum si habet peculium, tenetur de eo. Idem est, si id seruo præstiterit ex causa legati, quia id potuit retinere, non cauente seruo de indemnitare; imo vero & post cautionem omissam, vel etiam peculium condicere incerti, *l. quod in herede §. si seruo, D. de tribut. act.* Verum etiamsi cautionem exegerit heres a seruo, tenebitur de peculio: at tum liberabitur cessa actione in manumissum, vel etiam manumissus tenebitur vtili actione de peculio quam æquum est etiam dari, si heres non sit soluendo. Et ita est accipiendus *d. §. per contrarium.* Et recte hæc l. 2. ait *maxime*, quia si sit legatum peculium, res non eget dubitatione. Præterea statuliberi non sunt a seruis separandi, *hac l. 1. id est*, seu contrahas cum seruo, seu statulibero, id est, eo qui libertatem sperat, non habes cum eo vllam actionem. in delictis secus est. Comparantur enim statuliberi liberis vt mitius puniantur, *l. statuliberi a cæteris, D. de statuliber.*

AD TITVLVM XV.

Quando fiscus vel priuatus, &c.

Explicui hunc titulum *sup. l. 3. de obligat. & act.*

AD TITVLVM XVI.

De hereditariis actionibus.



A Definitione est incipiendum. Actiones hereditariæ sunt personales actiones, quæ heredibus aut in heredes successionis iure competunt. Hypothecariæ vel reales non sunt hereditariæ. personales item non sunt hereditariæ nisi heredibus, aut in heredes dentur. Nam illæ etiam dantur extraneis, sed in heredes tantum ex duodecim tabul. vel in eos, qui sunt heredum loco, vt in fideicommissarios vniuersales ex Senatusconf. Trebell. In legatarios non competunt, *l. vlt. hic.* Hypothechariæ dantur etiam in legatarios, & condictio indebiti soluti legatariis post mortem testatoris, videlicet si prius ratio sit habita legatariorum, quam æris alieni a defuncto contracti: quod quidem legatis præfertur: Nam ea non debentur nisi ære alieno deducto etiam in testamento militis. Solui prius æs alienum oportet, deinde legata. Igitur, si heres prætulerit legatarios, creditores in legatarios habent hypothecariam, aut condictionem indebiti, licet ipsi non soluerint sed alius, *l. vlt. §. sin vero creditores, de iure deliber.* Sed hæ actiones non sunt hereditariæ, hypothecaria non est hereditaria. condictio illa indebiti non est hypothecaria. In donatarios etiam non competunt actiones hereditariæ, *l. æris, de donat.* Item non competunt in debitores hereditarios, id est, creditor hereditarius veluti vxor defuncti, quæ dotem repetit, agit in heredes, non in debitores hereditarios, ne vtili quidem actione, *l. 3. hic.* quæ negat mulieri esse decernendam actionem in debitores hereditarios. vtiles decretales sunt, non edictales: ideoque negat dari vtilem. At hodie vxor dotis nomine aget non tantum in heredes mariti, sed etiam in debitores iure tacitæ hypothecæ quam habet ex const. Iustin. secundũ ea quæ sunt tradita in *l. 3. de obl. & action. sup.* sed hæc actio hypothecaria hereditaria non est dantur etiã hereditariæ actiones in extraneos: sed heredib. tantũ, non aliis. Deniq; hereditariæ actiones sũt personales, quæ heredib. vel in heredes

iure successionis dantur. Heredes sunt debitores & creditores hereditarij. Et sic in *l. 4. hic*, debitor hereditarius videtur significare heredem, cum dicitur ob ætatem pupillarem debitoris hereditarij, id est, heredis, creditorum actionem non differri in tempus pubertatis, sed statim agi licere in heredem defuncti, etiam si sit pupillus. Extranei quoque possunt simul esse debitores & creditores hereditarij, quæ omnia definitio illa complectitur. Non exigimus in hac definitione vt actiones incipiant a defuncto: Nam quæ ab herede inceperunt sunt etiã hereditariæ, vt legatorum actiones, *l. hereditarium, de obl. & act.* vel si cum defunctus moreretur, se daturum aliquid promiserit: quo casu videtur actio incipere potius ab herede quam a defuncto, quanquam momentum illud moriendi vitæ tribuatur. Lex *hereditariarum, ff. de bon. auct. iud. poss.* ait, *cum moreretur*. Nam si defunctus post mortem suam se daturum promiserit, non valet stipulatio nisi ex constit. Iustin. *sup. vt act. ab hered.* Igitur hodie si quis promisit se daturum post mortem suam, huius stipulationis actio incipiet ab herede, & nihilom. erit hereditaria. Ius successionis has etiam actiones complectitur. Illud autem notum est, istas actiones hereditarias inter heredes diuidi pro portionibus hereditariis, vt scilicet pro eis portionibus eas vel excipiant vel dictent, *l. 2. hic.* si modo sint certi condictiones, qua de re dixi, *l. 1. sup. si cert. petat.* Ad hæc notandum de confusione, quod heres creditor hereditarius dici potest dupliciter: vel quod ei debeatur ab eis qui defuncto debuerunt, vel hereditati, vel quod ei debeatur quasi extraneo, vt si defunctus heredi aliquid debuit ante testamentum contracto negotio. De hoc genere ita constituendum: si quid heredi defunctus debuit, id est, si creditorem scripsit heredem, debitum non confunditur si ei coheredem adiecerit, nisi pro qua parte debitori heres extiterit. residui salua actio est, vt si creditor debitori pro triente heres extiterit, pro triente confusione soluitur & extinguitur obligatio, l. 1. hoc tit.; pro besse manet, & competit actio aduersus coheredes, quibus bes est relictus, *l. si ab eo, de neg. gest. l. pen. hic.* Et ideo quod ait *l. 1. hui. tit.* heredem quod sibi defunctus debuit a coheredibus petiturum pro parte sibi competenti, id non est accipiendum, pro parte hereditaria pro qua heres est, sed parte debiti, quod obseruauit Accurs. Tanta autem est pars debiti, quanta est pars coheredum, & peti potest ea pars a coheredibus ea actione qua ageretur cum defuncto si viueret, *l. vlt. infr. de contr. iud. tut. l. 2. inf. de euict.* At quærit Accurs. in *d. l. 1.* quid fieri oporteat in eadem specie si defunctus heredi debuerit seruitutem, quæ diuidi non potest. Et ideo non potest percipi quæ hu. debiti pars sit confusa vel non, sed hoc (quod idem Accurs. dixit) æstimatio explicabit, vt fit in l. Falc. *l. pure §. 1. ff. de dol. & ex l. Falcidia interueniente, ff. ad leg. Falc.* Ergo heres consequetur partem æstimationis seruitutis sibi debitæ a coheredibus. Male Iacob. de Aretio discessit ab Accurs. quem & conatur Fulgosius deffendere, cuius ratio hæc est, quod res inciderit in eum casum a quo incipere non potest, i. quod videatur seruitus pro parte constituenda quod fieri nequit: quæ ratio fallax est sæpis. & maxime in h. specie cessat: Nam difficultas præstationis seruitutis non facit inutilem obligationem, cum æstimationibus factis res possit expediri, *l. 2. §. ex his, D. de verb. obl.* Ex his igitur apparet confusionem esse modum tollendæ obligationis pro rata parte qua quis debitori heres extitit, *l. 5. hic.* Nam confusio habet speciẽ solutionis. Nam ipsa hereditas videtur heredi soluere pro rata, *l. si debitori creditor, ff. de fideiuss.* Ideóque si creditor debitori heres existat pro triente, ei actio perit pro triente: pro besse, in coheredes actio superest. Similiter

A iusiur. tollit obligationem, quia speciem solutionis habet, *l. iusiur. & l. duob. §. 1. ff. de iureiur.* Imo & acceptilationis, *l. iusiur. a debitore, ff. eod.* Verum nec confusio, nec iusiur. refertur inter modos tollendæ obligationis, in tit. *quibus modis toll. oblig.* Cur ita? quia non plane tollunt obligationem. Iusiurand. non tollit nisi de eo certissime constet, *l. nam postea, de iureiur.* Confusio etiam plane non tollit obligationem: Nam superest retentio & deductio. At quod diximus, pro parte coheredum actionem heredi superesse, pro sua autem parte confundi: ita procedit, nisi creditorem heredem institutum testator vetuerit quicquam exigegere a coheredibus suis, *l. pen. h. t.* Nam eo casu heres si agat pro parte coheredum, repelletur exceptione doli, vel in factum. putat Accurs. *d. l. pe.* his verbis:
B (*ne quid exigatur a coheredibus*) testatorem præcepisse videri, vt debitum heres compenset cum hereditate quam ei confert, *l. si compensandi, inf. de hered. instit.* Sed inter hæc duo est magna differentia. Primum n. si testator voluerit debitum compensari cum triente, ex quo creditorem instituit heredem, & vsus sit his verbis, & sufficiat triens debito, nil petetur. si non sufficiat, reliquum petetur a coheredibus, arg. *l. quod bonis §. cum fideicom., D. ad leg. Falcid.* Verum si testator vetuerit quicquam exigi a coheredibus crediti sui nomine, seu triens sufficiat debito, seu non, nil petetur a coheredibus. Hoc vero appellatur etiam compensatio, *l. cum pater §. Titio, D. de leg. 2.* Sed hoc modo compensatur triens quamlibet minimus cum magnæ pecuniæ
C debito. Igitur debet esse contentus illo triente, quantus quantus sit. At illo modo non fit compensatio, nisi pro modo concurrentis quantitatis. Additur in *d. l. pen.* creditorem heredem institutum pro parte, imprudenter quærere viam euertendi testamenti, ne ei pereat debitum, cum non possit ei perire nisi pro parte, qua heres est. Nam cæteri coheredes adeundo hereditatem se obligant coheredi quasi ex contractu, & cæteris creditoribus hereditariis pro suis partibus: At si non sint soluendo, quid fiet? Vt finge: habent proprios alios quosdam creditores nedum hereditarios, qui si misceant se non omnibus sufficiunt bona, quid fiet? Ait l. hoc casu postulata separatione bonor. cre-
D ditores hereditario periculo liberari, *l. si vxori, inf. de bonis auctor. iud. poss.* quæ est eadem l. Hæc separatio postulatur a præside aut prætore, i. vt separentur bona defuncti a bonis coheredum, & ea deputentur creditoribus hereditariis defuncti, hæc autem creditoribus coheredum propriis: nam fieri potest, vt bona hereditaria sufficiant creditoribus hereditariis, quæ non sufficerent, si miscerentur coheredum proprij creditores. Confusione a. non omnino tollitur debitum. perit quidem actio creditori qui debitori successit, sed crediti retentionem habet, & deductionem, si inuentarium fecerit ex constit. Iustin. *l. vlt. §. in computatione, de iure deliber.* Facto inuentario heres non tenetur
E supra vires hereditatis. Finge hereditatem vix sufficere creditoribus, deducent ex bonis creditores pro rata quisque quod sibi debebitur, inter quos & heres æs suũ deducet. Idem etiam fiet in separationis beneficio, quod datur necessariis heredibus, i. seruis, *l. 1. inf. D. de separat.* Idem fiet in ponenda ratione leg. Falcid. Nam prius deducetur æs alienum, etiam quod heredi defunctus debuit: id legatariis reputabitur, & eo minus ex legatis ferent, *l. in imponenda, inf. ad l. Falcid.* Idem fiet cum heres ex Trebelliano restituet hereditatem, nam deducet sibi debitum, *l. cum pater §. Titio, D. de leg. 2.* Idem fiet hereditate vendita, si heres vendat hereditatem. Nã retinebit quod sibi defunctus debuit, *l. 2. §. pen. D. de hered. vend.* Idemq; si hereditas ei euincatur ab exheredato, instituta querela inofficiosi: Nam retinebit etiã quod sibi defũctus debuit, *l. si maritus, sup. de inoffic. test.* Ergo cõfusione non prorsus tollitur obligatio.

gatio Actiones hereditariæ aliæ sunt ex contractu, vel quasi contractu, de his diximus. aliæ sunt ex delictis vel quasi delictis, de his dicetur in tit. seq.



AD TITVLVM XVII.

Ex delictis defunctorum in quantum hered. conuen.



Hic tit. est etiam de hereditariis act. quia non tantum ex contractibus, sed etiam ex delictis actiones hereditariæ sunt, exceptis quibusdam de quibus inferius. Delictorum a. appellatione, non tantum comprehendūtur priuata delicta, quæ sunt 4. ex quibus ordinariæ actiones dantur, vt furti, vi bonor. raptorum, iniuriarum, & legis Aquil. Sed ea etiam comprehenduntur, ex quibus restitutoriæ actiones dantur, id est, quæ rem nobis in integrum restituunt, vt metus, & dolus: quæ etiam delicta dicuntur, *l. ex contract. D. de oblig. & act. l.* 1. §. *si apud seruum, D. depos.* Comprehenduntur etiam quasi delicta. Item pleraque facta, quæ lege aut iure prætorio coercentur propositis actionibus. Quæ ex huiusmodi delictis aut factis actiones dantur, vel pœnam persequuntur, vel rē, nudā, vel vtrumq; simul. Hoc posito duo sunt explicanda. Primum, an hæ actiones dentur in heredem, deinde an dentur heredi. Quod ad primum attinet, constat has actiones in heredē non dari, etiamsi rē nudam persequantur, nisi quatenus ad eum peruenit. In heredem non dantur in solidum, sed in id quod ad eum peruenit, vt actio quod iudicij mutandi causa, &c. quæ rem tantum persequitur, id est, id quod interest, non datur tamen in heredem, quia ex delicto esse videtur, *l. 7. D. de alien. iud. mut. caus. fac.* sic etiam condictio rerum amotarum non datur in heredem, nisi in id quod ad eum peruenit, *l. vlt. inf. rer. amotar.* Item actio de dolo, quæ etiam persequitur tantum id quod interest, in heredem non datur, nisi in id quod ad eum peruenit, *l. si plures, l. in heredem D. de dolo.* Sola condictio furtiua datur in solidum in heredem, etiamsi nihil peruenerit ad heredem furis, *l. in cond. de condict. furt.* §. *vlt. Inst. de oblig. ex del.* Igitur est grauior furti executio, quam doli vel amotionis rerum, cum heres furis teneatur in solidum, etsi rem non teneat, nec tenuerit. Actiones quæ vtrumque persequuntur, in heredem non dantur, nisi in id, quod ad eum peruenit ex re, cuius persecutio actioni etiam inest, vt actio serui corrupti, quæ est mixta actio, arborum furtim cæsarum. Hæ actiones non dantur in heredem, *l. 13. D. de seru. corrup. l. 7.* §. *pen. arbor. furt. cæs.* Item actio legis Aquiliæ non datur in heredem, nisi ex eo sit factus locupletior, *l. inde Neratius,* §. *hanc actionem, ff. ad leg. Aquil.* Item actio quod metus causa, *l. quod diximus,* §. *vlt. quod met. caus. D.* de qua actione accipio hanc constitutionem. Eadem est actio ex edicto de incend. ruina, naufr. Nam non datur in heredem, nisi quatenus ad eum peruenit, *l. Pædius,* §. *vlt. D. de incend. rui. & naufr.* Item actio in factum ex edicto de calumniat. quæ etiam datur in id quod ad eum peruenit, *l. in hered. D. de calumniat.* quæ actio mixta est, eo scilic. agente qui dedit alteri pecuniam, ne sibi negotium fieret, non etiam agente eo, cui vt negotium fieret, vel non fieret, alter pecuniam dedit. Quo casu mera est pœnalis, *l. si quis ab alio, eod. tit.* At actio vi bonor. raptorum, quæ est etiam mixta, non datur in heredem, ne in id quidem, quod ad eum peruenit, *l. 2.* §. *vlt. D. vi bonor. rapt.* Et hæc adfertur ratio, quia de eo quod peruenit ad heredem, est propria actio eo casu, id

Cod.

A est, condictio furtiua. Itaque non est necesse in heredem dari actionem ipsam vi bonorum raptorum, cum sufficiat condictio furtiua. At obstat quod diximus de actione in factum de calumniatoribus, quæ datur in heredem in id, quod ad eum peruenit: cum tamen eo casu sit propria actio, scilicet condictio ob turpem causam, *l. in heredem,* §. *vlt. de calumn.* Differentiæ ratio est, quia actio vi bonor. raptorum famosa est in eum qui vi rapuit: in heredem autem eius ipso quidem iure non est famosa, sicut nec de dolo actio; sed tamen habet nomen famosum, & ideo non est data in heredes, cum esset alia actio, condictio
B furtiua, qua ratione vsi sunt Græci in libro 60. Basilicῶn tit. 17. *ἵνα μὴ ἐξ ὀνόματος αὐτῆς ἀτιμία προστρίβηται.* id est, *vt ne ex ipso nomine actionis ipsis irrogetur infamia.* Actio in factum non est famosa: imo omnis actio in factum est honesta, qui vult honeste agere, agit in factum. Sed color hic est potius, quam necessaria ratio, vt scilicet excusetur prætor. Nam hæc differentia orta est ex edictis, vt inquam, excusetur prætor, qui in heredem raptoris actionem non dedit, in heredem concussoris actionem dedit, cum tamen vtroque casu condictio sufficeret. Meram autem pœnalem actionem nusquam inuenies dari in heredem, vt furti, quæ in eum nullo modo datur *l. 1. D. de priuat. delict.* Et ideo puto actionem in factum de calumniatoribus, eo casu quo est mera pœnalis non dari in heredem. Conclusio hæc sit. Ex delictis actiones in
C heredem non dari, nisi in id quod peruenit, si sit actio mixta, vel rei persecutoria, excepta condictione furtiua, quæ in heredem datur, etsi nil ad eum peruenerit. Item excepta actione vi bonorum raptorum, quæ nullo modo datur, quamuis aliquid peruenerit. Idem dicendum in quasi delictis, *l. Iulianus, D. de iudic. l. vlt.* §. *hæc iudicia, D. naut. caup. stabul. l. 5.* §. *hæc autem, D. de his qui deiec. vel effud.* Nunc videndum an dentur heredibus regulariter ex delictis, vel quasi delictis rei persecutoriæ. Mixtæ heredibus plerumque dantur, vt condictio furtiua, & rerum amotarum, quæ sunt rei persecutoriæ, & vi bonorum raptorum, & legis Aquiliæ, quæ sunt mixtæ. Item furti, quæ est mera pœnalis. Excipitur primum actio in factum ex edicto de calumniatoribus, quæ heredi non datur, *l. heredi, de calum.* Ratio autem nulla est necessaria,
D nisi quia prætor eo casu existimauit heredi concussi sufficere condictionem ob turpem causam: & noluit eidem etiam heredi dare executionem pœnæ. quod tamen in edicto vi bonorum raptorum & in edicto de fur. non ita censuit. Nam datur actio vi bonorum rapt. heredi atque etiam furti, licet suppetat condictio furtiua, *d. l. 2.* §. *vlt. vi bonor. rapt. l. 1. D. de priu. del. l. 4. D. si famil. furt. fec. & l. 1.* §. *Prætor, D. si quis testam. liber esse iussus sit.* Itaque ex eis edictis est grauior criminum executio, quam sit ex edicto de calumniatoribus, cum liceat heredi pœnam persequi: quam non licet persequi ex edicto de calumniat. Excipiuntur etiam actiones quæ solius vindictæ causa dantur, vt
E actio iniuriarum §. *non autem. Inst. de perpet. & temp. action.* Iniuria non minuit patrimonium, sed honorem, cuius vlciscendi causa datur actio nobis tantum, non heredibus nostris, ad quos ob id non venit minor hereditas. Eiusdem iuris est actio de moribus, *l. vlt. C. Theo. de incest. nupt.* Et actio quæ competit de ingratitudine donatarii, *l. iis solis, inf. de reuoc. donat.* Habet ea effectum vindicationis, id est, vindictæ quia heredi non datur. Item actio in factum quod libertus patronum in ius vocauerit sine venia. Hæc etiam heredi non datur, quia id factum liberti rem patroni non minuit, sed honorem tantum, cuius vindicatio ad nos solos spectat, nō ad successores nostros, *l. pe. D. de in ius voc.* Excipiūtur etiā actiones populares, veluti albi corrupti, & similes, hæ non dantur etiā heredibus iure he-

reditario, sed iure populi, *l. 5. §. hæc autem, D. de his qui deiec. vel effud.* Postremo excipitur actio in factum quæ datur prohibito mortuum inferre. hæc actio videtur esse ex delicto, quod iniuria prohibeamur supremum officium præstare defuncto, eumque inferre in locum nostrum. Hæc actio non habet pœnæ persecutionem: aut vindictæ, sed rei tantum: Nam actor persequitur quod eius intersit se non esse prohibitum. Verum hæc actio non datur heredi, nec in heredem, *l. liberum, D. de religios. & sumpt. fun.* vbi Iurisconsultus ait, se mirari, id constare inter omnes, hanc actionem, nec heredi nec in heredem dari. Constat tamen ita. Et sic est iudicandum. Et male supplet Accursius, imperitis. Nam constare est semper in libris nostris; constare apud omnes Iurisconsultos. Sic Græci hanc B legem interpretantur. Hæc actio nec heredi nec in heredem datur, quamuis rei persecutionem tantum habeat. Nec moueri debemus *l. si filiusfamilias, eod. tit.* quia non loquitur de ea actione, quæ datur in eum, qui prohibuit mortuum inferre, sed de actione funeraria, quæ datur heredi; quaque repetuntur sumptus funeris. Nec debemus etiam moueri *l. 7. eod. tit.* quæ non loquitur etiam de ea actione, sed de ea qua is tenetur qui mortuum intulit in alienũ locum quæ heredi datur, at illa de qua agitur in *l. liberum,* heredi non datur; & Iureconsf. miratur constare inter omnes. Hæc autem omnia quæ diximus, sunt de actionibus non contestatis: Nam contestatæ actiones ab heredibus continuantur, & in heredes qualescumque sint seu pœnales C seu vindictæ seu pecuniæ causa dentur. Actio iniuriarum contestata transfertur in heredem *l. iniuriarum §. 1. & 3. D. de iniur.* Plautus in Querulo: *iura parasito consuli ita voluerunt, vt si vulneribus adflictus contestata lite defecerit, heredibus eius paterni laboris ac meriti præmia non negentur, &c.* Idem ostenditur in *l. pœnalia, de regul. iur. l. omnes, l. constitutionibus, l. sciendum, de obl. & act.* Rursus hæc dicuntur de actionibus ciuilibus: Nam criminales actiones etiam contestatæ ad heredes non transeunt, exceptis quibusdam, *l. iudiciorum, D. de accus.* Proponitur hoc loco tantum quæstio de actionibus ciuilibus. Accurs. itaque non satis apte hic tractat de criminalibus. Id forte fecit, quia putabat in specie huius legis actum fuisse criminaliter, quod est falsum, Alioqui nec contestatione litis pœna D transmitteretur in heredem, quam tamen lex dicit transmitti. Male quoque Accurs. vim pro rapina accipit. quo casu competeret actio vi bonorum raptorum, quæ in heredem nullo modo datur: vel condictio furtiua non contestata, eo casu in heredem competeret. vis hoc loco est coactio, non ereptio, *vt tit. de his quæ vi metusue causa.* Concussio autem hic est metus, terror, vel calumniosa vexatio. Idem Accursius male interdictum vnde vi negat in heredem dari de eo quod ad eum peruenit, quod falsum est. eum arguit *l. in honorariis, D. de obl. & act.* quæ aperte ait, Interdictum vnde vi dari in heredem, vt lucrum ei extorqueatur, *& l. 2. inf. vnde vi.* Nec eum iuuat l. 1. §. *vlt. D. de vi & vi arm.* quæ lex dicit, actionem in factum dari E in heredem eius qui vi deiecit aliquem de possessione, de eo, quod peruenit. non dicit, dari interdictum vnde vi. Ergo in heredem non dabitur, sed actio in factum. Dicendum est vtrumque idem esse, interdictum vnde vi, & illam actionem in factum: vt si quis dolum fecerit, eius heres tenetur de dolo. Hoc est verum; sed hæc actio est in factum potius, quam de dolo, quia nec infamat, & calculi subducendi gratia tantum datur: Sic in heredem eius qui vi deiecit, est interdictum vnde vi. sed id est potius in factum, quia ipse heres vim non facit. Sic in *l. prætor §. nonnulli, D. de noui operis nunc.* In heredem eius qui fecit contra nuntiationem, non est interdictum proprie, sed actio potius in factum.

AD TITVLVM XVII.

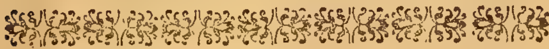
De constit. pecunia.



QVod ipse debeo aut alius debet, aut promitto me soluturum, aut recipio, aut constituo. Inter hæc verba differentia est constituta a veteribus Iureconsf. Si promitto, est stipulatio, ex qua iure ciuili nascitur actio ex stipulatu: si recipio me daturum aut facturum, receptum est: ex quo iure ciuili datur actio, quæ dicitur receptitia. Si constituo me daturum, curaturum, soluturum, constitutum est, ex quo datur actio iure prætorio, quæ dicitur constitutoria, vel constitutæ pecuniæ actio. Receptum & constitutum fit nudo consensu sine stipulatione. Ex recepto soli argentarij obligantur, qui ad se recipiunt aliena debita: Ex constituto obligantur omnes iure prætorio, *l. 2. hic.* Theophilus in §. *in personam, Inst. de actio.* In constitutum veniunt pecuniæ tantum, id est, nummi, atque etiam ea quæ pondere, numero vel mensura constant: & inde titulus *de constituta pecunia*: in receptum autem veniunt res omnes, & pecuniæ & corpora. Plenius est receptum, si res spectes; plenius est constitutum si personas spectes: vtroque plenior vberiorque est stipulatio. Nam ea omnes personæ obligantur, & omnes res in eam veniunt. sunt & aliæ differentiæ inter receptum & constitutum, seu actionem receptitiam & constitutoriam. Actio receptitia est perpetua; constitutoria est etiam perpetua, *l. 1. hic.* sed certis casibus est annalis, *l. 2. hic.* Qui casus quales fuerint ignorantur, quia deleuit Iustinianus omnes has differentias ex libris prudentum, & constitutoriam omni casu perpetuam actionem esse voluit. Rursus receptitia est ciuilis, vt ait initio *l. 2.* solemnibus verbis, id est, ciuilibus, & directis composita: actio constitutoria est prætoria, §. *de constitut. Inst. de act.* Præterea recipiebant in se etiam indebita argentarij, verbi gratia, vt pro eo qui esset empturus rem aliquam, recipiebant se pretium daturos hoc modo, *vendas illi licet: namque recipio pretium me tibi soluturum.* Atque ita recipiebant, quæ non debebantur. Eo modo & fideiussor interuenit recte per stipulationem, futuræ obligationis recte accipitur fideiussor. At præsentia debita tantum constituebantur. Quinimo dubitabatur an debitum sub conditione vel in diem posset constitui, quia non videtur deberi, quod nondum peti potest. Neutrum peti potest, nec quod sub conditione debetur, nec quod in diem, *l. 1. de condict. ex lege,* de hac re agitur in *l. 3. §. vlt. l. id quod, D. hoc tit.* Præterea receptum fiebat in diem vel etiam pure: constitutum in diem tantum, *l. sed & si alia, l. item illa, D. de constit. pec.* & verbum constituendi id per se significat: Constitutum significat diem condictum. *Cicer. ad Marium & ad Atticum. lib. 12.* Et ideo maxime dubitabatur olim, an pure, id est, sine die factum constitutum valeret: nec enim videtur esse constitutum die non posito, qua de re est *l. promissor §. 1. D. de constit. pec.* Hæ sunt differentiæ inter receptum & constitutum. Vtrumque Græci comprehendunt verbo ἀντιφωνήσεως, & ἐπιφωνήσεως, responsionis verbo Galli vtuntur, quo videntur vsi Latini eodem sensu, *l. libertus §. vlt. ad municip.* secundum Florent. scripturam, sed eo verbo comprehendimus etiam fideiussiones. At ἀντιφωνήσεως verbo, numquam significatur fideiussio. Et receptum quidem argentariorum etiam constitutum dicitur, nisi si quid mutauit Tribonian. *l. si quis ex argentariis §. ratione, D. de edend.* Ob eam causam sæpe olim argentarij interueniebant, & nouatione non facta alienas obligationes suscipiebant. Nã nec recepto nec constituto fit nouatio

nouatio, vt nec fideiussione. Adhibitos sæpe fuisse argẽtarios in hanc rem ostenditur Nouel. 116. & *edict. Iustiniani 9. de Argentar. contractib.* Est etiam de constituto Nouel. 115. §. vlt. in qua hoc cauetur de constituto, vt obligetur ex constituto qui ita dixerit, constituo me soluturum pro me vel pro alio: vel etiam si dixerit, satisfacio. quo verbo etiam contrahitur constitutum: non etiam si dixerit ἀπρωσώπως, scilicet, satisfiet: tunc enim nil aget: quo genere etiam stipulationem factam dicimus non valere. At si ita dixero, satisfiet tibi a me, ego teneor in solidum ex constituto. Idem est, si ita dixero, satisfiet tibi a me aut ab illo: Nam id agitur his verbis, vt constituantur duo rei debendi; & ideo ego teneor in solidum, nec habeo beneficium diuisionis, vt tenear pro parte, quod tamen Iustinianus dedit reis debendi, cum sciam adiectionem Titij superuacuam esse, & iure non valere; Itaque in solidum teneor & condemnabor. Diuersum est si ita dixero, satisfiet tibi a me & a Titio coniunctim: quoniam tunc id non agitur, vt fiant duo rei: & ideo pro parte tantum tenebor, & Titij adiectio inutilis non auget meam obligationem. Idem prorsus est in stipulatione: Nam de se tantum quis vtiliter stipulatur, non de alio, *l. inter stipulantem, D. de verb. obl.* Itaque quod attinet ad illũ §. vlt. Nou. illius, nulla est constituenda differentia inter constitutum & stipulationem. Nunc videamus de l. 2. quæ sustulit differentiam inter receptum & constitutum. Tollit Iustinianus actionem receptitiam & eam transfundit in actionem constitutæ pecuniæ, vt alibi Pegas. Senatusconsultum transfudit in Senatusconsf. Trebel & actionem rei vxoriæ in actionem ex stipulatu de dote: Et ideo in Pandectis nil reperies de actione receptitia, & de actione rei vxoriæ, & de Pegasiano, de quibus tamen Iurisconsulti plurima scripserunt. Quod erat amplius in receptitia, quam constitutoria, scilicet, vt omnes res in receptum venirent, & esset perpetua in omni casu, idem transtulit in actionem constitutoriam, quæ ideo est perpetua omni casu, id est 30. annis durat: Item in eam omnes res veniunt. nec id est nouum vt dicatur pecuniæ constitutæ: Nam pecuniæ verbo omnes res continentur etiam in antiqua prudentia, id est, in XII. tabul. vt in eo loco, *super tutela pecuniave eius.* Nec mirum, inquit Theophilus, cum pecunia res omnes æstimentur, *in §. constituitur, de vsuf.* Id quoque definit Iustinianus, constitutum pure fieri posse, & pro quocumque debito, etiam conditionali vel in diem: & actionem constitutoriam dari heredibus & in heredes, vt & *l. 1. hic.* Qua de re videntur Iurisconsulti veteres dubitasse, *l. item illa §. de re autem, D. de constit. pec.* quia illo edicto de constituta pecunia prætor videatur proposuisse pœnalem actionem, in eum qui ad condictum fefellisset, qui ad constitutum non venisset fraudis & perfidiæ coercendæ causa, his verbis: si pareat eum qui constituit, neque soluisse. comminari videtur pœnam: sed verius est ea actione rei persecutionem contineri. Et ideo dabitur heredibus & in heredes quasi ex contractu, & soluente eo qui constituit, liberabitur reus principalis, *d. l. item illa §. vlt.* Denique Iustinianus constituit l. 2. eandem esse vim constituti atque stipulationis, vt æque pateat vna obligatio atque altera, id est, stipulatio est vberrima, seu res spectes seu personas. eiusmodi est constitutum. Supersunt tamen differentiæ quædam, alioqui frustra titulis separarentur. Propria quædam habet constitutum, quæ non habet stipulatio, vt scilicet debita tantum constituantur, quod & olim obtinuit. in stipulatione autem indebitum deducitur, & est actio ex stipulatu, *l. fideicommissum, D. de condict. indeb.* Non debetur legatum si locus sit Falcidiæ, quoniam Falcidia ipso iure minuit, consumitque legatum: Debetur tamen si in stipulationem deductum sit. Præterea hoc est constituti proprium, vt pure factum non statim exigatur, sed tantum post 10. dies: constituto puro tacite insunt dies 10. alioquin non est constitutum, *d. l. promissor* 1. In stipulatione secus. Nam ex stipulatione pura statim agitur, *l. liber homo §. decem, D. de verb. obligat.* Adijcit in fine Iustin. vt ea quæ argentarij constituerint, pro aliis scilicet indefense, id est, ita vt nulla exceptione se tueri possint, & defendere valeant secundum pristinum morem constituta. Quam partem Accursius male accipit de decretis argentariorũ, si constituerint argentarij, inquit, id est, si corpus argentariorũ, leges quasdam sibi fecerit, vt omnia corpora solent habere, quæ male putat appellari cõstituta. Et eodem errore male accipit §. *vlt. Nouellæ de fideiuss.* Cuius sententia est explicanda ex Nouel. 136. vt scilicet argẽntarij qui pro aliis constituerint, conueniri possint inexcusso reo, contra regulam illius Nouellæ 4. nisi aliud conuenerit; cum tamen si quid quis eis constituerit, non possit eum conuenire inexcusso reo. Itaque quod alij habent in argentarium constituentem, idem non datur argentario in alios. Postrema constitutio Iustiniani, est vt beneficium diuisionis, quod datur pluribus eiusdem pecuniæ fideiussoribus, vel mandatoribus ex Epistola D. Adriani, pertineat etiam ad reos constitutæ pecuniæ, videl. si soluendo sint litis contestatæ tempore: diuidetur tunc actio, & pro parte sua tantum quilibet tenebitur, licet singuli in solidum teneantur ipso iure, *l. vlt.* Et hac ratione Iustinianus vtitur: æquitatem n. diuisionis species actionis excludere nullo modo debet. Ita. n. legendum. Idque est ex Papiniano in *l. si fideiussores, D. de fideiussor. tut.* quæ æquitas diuisionis valet in actione ex stipulatu, qua tenentur fideiussores, in actione mandati, qua tenentur mandatores; eadem valeat in actione constitutæ pecuniæ, specie actionis ne mutetur æquitas diuisionis. verum idem Iustinianus postea Nouella 99. idem beneficium dedit pluribus reis debendi. Itaque hodie hoc beneficium datur, non tantum accessionibus, sed etiam principalibus debitoribus. Datur autem non ipso iure: Nam ipso iure non diuiditur obligatio, sed opposita exceptione Epistolæ D. Hadriani, quam qui non opponit, condemnatur in solidum, quæ exceptio est peremptoria, & ideo opponi debet ante sententiam, *l. fideiussor, inf. de fideiussor.* Hoc tamen quidam negant, & affirmant eam posse opponi post sententiam. Mouentur *l. fideiussores §. vlt. D. de fideiussor.* Quæ lex non loquitur de beneficio diuisionis, sed de beneficio cessionis. Mouentur & *l. inter eos §. vlt. D. eod. tit.* In qua lege damnatum fideiussorem accipere oportet, non ex causa fideiussionis, sed ex delicto, & bona eius fuisse confiscata: fiscum autem ex eius persona habere beneficium diuisionis vna cum cæteris confideiussoribus. In ea tamen opinione memini me alias legisse Franciscum Connanum fuisse. Memini etiam eundem in hac quæstione non callide satis emendare, *l. si Titius & Seia, D. de fideiussor.* dicens pro [si postea] esse legendum, si sponte. Etiam hæc duo faciens aduersa, sponte facere, & dolo deceptum facere. quæ nego esse aduersa. Nam & qui dolo captus facit, sponte facit, & ideo eget restitutione. Nego etiam mutandam scripturam quam nec Græci mutant *libr. 26. βασιλικῶν tit. 1.* quod ex specie illius legis liquebit statim: Mulier si fideiubeat pro alio, frustra fideiubet, quia iuuatur Senatusconsulto Velleiano. Finge: Ego & mulier pro alio fideiussimus: mulier non tenetur, an teneor in solidum? Lex ait me teneri in solidum, nec habere beneficium diuisionis, quia sciebam mulierem frustra fideiubere, aut id non poteram ignorare: Ideo videor abiecisse beneficium diuisionis, & videor solus fideiussisse. Itaq; cessat Epist. D. Adriani

quæ est de pluribus fideiuss. vtiliter acceptis. Minor etiã stra pro alio fideiubet, quia potest restitui in integrum ex edicto prætoris. Finge igitur: ego & minor pro alio fideiussimus: minor non tenetur cum effectu. An ego teneor in solidum? Distinguendum est. Aut separatim fideiussimus, ego quidem prior, deinde minor: aut simul. Si prior fideiussi, deinde minor. teneor in solidum, quasi solus solidam obligationem ab initio receperim. Et ideo Græci inquiunt: Tunc obligor in solidum, cum prior fideiussi: vel, vt ea lex ait, cum postea minor fideiussit. quod idem est. at si simul fideiussimus ego & minor, teneor pro parte tantum, quia potui ignorare ætatem illius, qui mecum fideiubebat, vel etiamsi sciui minorem, incertum erat an prætor esset daturus restitutionem in integrum, quam non dat temere, nec nisi causa cognita. Itaque minor non inutiliter accedit: nam forte non restituetur. Itaque si ego & minor fideiussimus pariter, ego teneor tantum pro parte: Si ego & mulier, in solidum.



AD TITVLVM XIX.

De probationibus.



IN iudiciis frequens est quæstio, quis probare debeat, actor an reus, ad quam pertinet totus hic titulus. De ea vero nil possumus absolute definire. Nam pro actionis vel exceptionis genere, & conditione rei, de qua quæritur, modo reus probat, modo actor, modo vterque. Sunt hic leges, quæ probationem exigunt a reo, aliæ quæ exigunt ab actore: quia omnes ad idem iudicium non pertinent, sed ad varias actiones exceptionesque. Et in hoc potissimum versatur vtilitas huius tituli, quod sit tractandum de variis actionibus & exceptionibus. L. 1. huius tituli pertinet ad actionem creditæ pecuniæ. Creditor cum dicit sibi deberi ex mutuo vel ex stipulatu, reus negat se accepisse, & opponit exceptionem non numeratæ pecuniæ: actor debet probare se numerasse, ille inficiator nil probat. Idem est, si ob causam non numeratæ pecuniæ, vtatur reus exceptione doli, hoc modo si non dolo facis, qui petas quod nõ numerasti, *l. 3. §. de non num. pec.* Qui habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, habet & exceptionem doli. Certum est enim exceptionem doli concurrere cum exceptione in factum. huiusmodi autem est exceptio non numeratæ pecuniæ. Et male putat Accurs. aliud esse exceptionem doli, aliud exceptionem non numeratæ pecuniæ. Conuincitur *l. cum vltra, inf. de non num. pe. l. apud Celsum §. aduersus, D. de doli exc.* Verum qui alia ex causa vtitur exceptione doli, probare debet dolum, vt si quis promiserit ob turpem causam, & conueniatur, defendet se exceptione doli, ita tamen, vt necesse habeat probare turpitudinem. Id dixi supra in *tit. de condict. ob turp. caus.* Is autem qui excipit de non numer. pec. vel eo nomine de dolo, ideo non probat, quia hæc exceptio mera est negatio, cuius vix vlla probatio dari potest, *l. 8. l. actor, hoc tit. l. 2. D. eod. l. asseueratio, inf. de non numer. pecun.* Moribus Biturigum perscriptum, est eum qui excipit de non numerata pecunia, rationem aliquam reddere & probare debere: alioqui inanem esse exceptionem, ni probet non fuisse numeratam pecuniam. quod videtur contrarium iuri, & plerisque ita videtur, verum hoc omnino cong[ru]it cum iure nostro, id est, cum *l. generaliter, inf. de no[n] [n]um. pec.* Nam id ita procedit, si agatur ex chirographo debitoris, quo scripserit se debere ex causa, puta emptionis, vel mutui, & neget reus eam causam processisse, se emisse. vel creditum accepisse: hoc nisi probauerit, condemnabitur ex proprio chirographo, hoc est, nisi docuerit rem aliter gestam fuisse, aut cœptam peractam non fuisse. At finge: Nullum emissum est chirographum, petitur tamen pecunia; reus excipit, non numeratam. tum absoluetur, nisi probet actor, nec a reo exigetur probatio. At in casu *l. generaliter* exigetur probatio a reo negante. Neque hoc nouum videri debet. Pleraque enim sunt negantia, quorum ratio seu probatio exigitur. Si nego testatorem sanæ mentis fuisse, id probare debeo, *l. nec codicillos, inf. de codic.* Si nego emancipationem solemniter factam, id probare debeo, *l. 5. eod.* Si nego, me Biturigibus fuisse, cum cædes est facta, *l. pen. de contrah. stipul.* Si nego aduersario procuratorem dare licere, *l. in exceptionibus, D. de probat.* Additur in *l. 1. hic.* eum qui affirmat se soluisse; quod non est excipere, sed actionem esse negare; eum probare debere solutionem, quam allegat, *l. quingenta, D. de probat. l. vlt. inf. de solut. d. l. asseueratio.* idque probari debet apocha vel testibus. Nam non sufficit sola redditio chirographi, aut sola chirographi inductio, vt videatur debitor soluisse. Quærunt interpretes, an is, qui dicit soluisse, videatur confiteri de intentione actoris. quod magni interest scire, quoniam si habeatur pro confesso, & deficiat probationibus, id est, si nequiuerit probare se soluisse, in ea lite actor potior habebitur, etiam nulla probatione pro sua parte præstita: Ita vero videtur Dyno vt habeatur pro confesso. Et ideo, nec ipso probante solutionem, nec actore probante quicquam, eum esse condemnãdum. Si verum hoc est, alia igitur est ratio exceptionis: nam, qui opponit exceptionem, non videtur confiteri actoris intentionem, nisi palam confiteatur. Et ideo hoc primum exigitur opposita exceptione, vt actor probet intentionem suam: deinde reus exceptionem suam. Si reus non probet exceptionem, non ideo condemnabitur, nisi & actor etiam probauerit suam intentionem, *l. si quidem, inf. de except. l. emptor, inf. de præscript. long. temp. l. non vtique, D. de except.* Eadem debet esse ratio allegationis solutionis. Nam, si cum actionem esse non nego, quod fit dum excipio, actori onus probandi incumbit, multo magis cum actionem prorsus esse nego, id est, cum solutionem affirmo, probationis munere debet fungi actor, vt ostendat sibi esse actionem, & se iure agere.

Ad leg. II. & IV.

L. 2. Possessiones quas ad te pertinere dicis, more iudiciorum persequere. Non enim possessori incumbit necessitas probandi eas ad se pertinere: cum te in probatione cessante, dominium apud eum remaneat.

L. 4. Proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed & quibuscunque aliis legitimis probationibus ostenditur.

PErtinent hæ ll. ad rei vindicationem, in qua munus probandi est actoris, non rei, id est, is qui agit, probare dominium debet, non possessor, cum quo agitur. Nam non cogitur docere esse dominum. Imo non cogitur etiam dicere titulum suæ possessionis. cogitur quidem interrogatus, dicere an rem illam possideat de qua est lis, non tamen qua ex causa possideat: Igitur nec docere nec dicere debet causam possessionis suæ. actore non probante dominium, absoluetur quacumque ex causa rem possideat, etiam iniusta, vel nulla. *l. cogi, sup. de pet. hered.* Cui opponitur *l. ciuile 1. de furt.* cuius hæc species est: rem furto amisi, ea ad te peruenit, & possides eam. Ego abs te peto, vt mihi venditorem seu auctorem exhibeas, a quo rem meam habes: Dicis te emisse a transeunte quodam

A & ignoto, te venditorem nescire. hoc non expurgat suspicionem furti. Itaque debes liquido dicere, quis tibi vendiderit. Igitur cogitur quis dicere tit. suæ possess. eumque exhib. Respondeo in ea specie non cogi possessorem dicere tit. suæ possessionis, nec lex hoc dicit, sed dicit, re furto ablata possessorem rei incidere in suspicionem furti, nisi probet vnde & a quo emerit. Et species ita ponenda est: Dominus agnita re furtiua eam vindicat a possessore, vel eam condicit quasi furi: probat se esse dominium furti facti a possessore: multa profert argumenta: condemnabitur possessor vt fur, nisi hanc suspicionem possessor expurgauerit, exhibito venditore. Eadem est ratio *l. siue possidentis hic.* cuius duæ sunt partes: prima nil obstat. Pater filiis emancipatis quædam donauit: ea possident heredes patris: vindicant filij ab heredibus: probare debent titulum dominij sui. in vindicatione actor probat. Secundæ partis species hæc est. Heres vindicat rem hereditariam a possessore: probat rem defuncti fuisse, & se esse heredem, & ita probat suam intentionem. Igitur rem euincet, nisi possessor probauerit, sibi a defuncto donatam, aut ex alia causa acquisitam. Et ita possessor probat titulum suæ possessionis. Idem etiam fiet, si ego rem vindicauero, & probauero me eam emisse a domino. possessor autem non probauerit se vsucepisse, vincam. At si probarit possessor se vsucepisse, vincet. Conclusio sit. Non cogitur solus possessor probare causam dominij sui seu possessionis, exonerato petitore: sed petitore probante dominium, rei necessitas contrariam probationem potioris dominij a possessore exigit: alioqui vincetur. Male autem in *d. l. possidentis*, putant interpretes legem probare, quod præsumptio faciat pro actore: Alioquin possessionis commodum auferret quælibet præsumptio, quod iniquum est. Non igitur, quod præsumptio sit pro actore, sed quod probauerit dominium, ideo tum cogitur possessor titulum potiorem exponere, aut vincitur, & ideo ibi male tractant de præsumptionibus: nam de præsumptionibus nihil. Non est omittendum quod est in *l. cogi sup. de pet. her.* regulariter possessorem non cogi proferre titulum suæ possessionis, sed si agatur petitione hereditatis, aliud quodammodo dicendum videtur. Hæc actio non datur nisi aduersus eum qui possidet pro herede, vel pro possessore. Qui agit, potest interrogare possessorem an possideat pro herede vel pro possessore ne non bene agat: Et cogetur possessor id dicere: Sed hi tituli non sunt veri pro herede possidet, qui putat se heredem esse. licet non sit heres, pro possessore possidet prædo, qui interrogatus nullam affert causam, nisi quia possideo. Hos cogitur exponere, ne petitor frustra agat. At si neget se possidere pro herede vel pro possessore, an cogetur dicere verum titulum? non. In *l.* 4. quã alij faciunt tertiam, ostenditur probari, dominium sine instrumento puta, testibus, qui dicant rem tibi venditam & tibi traditam, & te pretium numerasse, *l. cum re* 5. *inf. h. t.* Et sane, si dominium mutatur etiam sine instrumento, quod certum est, probabitur etiam recte sine instrumento. quæ sine instrumentis non fiunt, ea non probantur nisi instrumentis. Ait lex 4. *proprietatis dominium*: aliud est, dominium possessionis, *l.* 2. *C. Theod. de ma. bon. & l.* 1. *C. Greg. si sub alt. nom. res em. sit.* Et ita dominium accipere oportet in *l.* 1. *de bon. poss.* dominium possessionis. Nam prætor possessorem facit, non dominum. Et ita sæpe dominus accipitur pro possessore. Aliud est dominium vsusfructus, quod dicitur etiam proprietas redituum, *l. iubemus* §. *pen. de sacros. eccles.* Est igitur triplex dominium, proprietatis, possessionis & vsusfructus. tertia pertinet ad actionem tutelæ, quæ competit finita tutela. Sciendum est officium tutelæ esse indiuiduum, & periculum commune siue mutuum: Et ideo si tempore finitæ tutelæ ex tutoribus quidam soluendo non sint, horum inopia onerat cæteros collegas idoneos ad soluendum, vel heredes eorum, videlicet, si culpa eorum arguatur, quod durante tutela collegam non remouerint. Idem seruatur in curatoribus, & in ijs, qui honorem & munus publicum gerunt, *l. Imperator, D. ad Municipal.* At si in diem finitæ tutelæ omnes tutores idonei fuerint, tunc tenetur quisque pro rata tantum parte administrationis suæ, non in solidum, *l. Æmil. de administ. tut.* Quis autem hoc probabit, omnes tutores fuisse soluendo? Is nimirum, cum quo agetur in solidum ex sua & collegarum persona, idque ostenditur hac lege. Ratio hæc est, quia hæc diuisio actionis vt quisque pro parte teneatur non fit ipso iure, sed opposita exceptione,

B hac scilicet, si non omnes in diem finitæ tutelæ soluendo fuerint. is cum quo agitur in solidum sic excipiet. Atque ita euitabit condemnationem in solidum. Sed hanc exceptionem ipse debet probare, qui eam opponit. Nam reus in exceptione pro actore habetur regulariter. Sic etiam fit in actione in factum subsidiaria qua tenentur magistratus municipales, qui pupillo a tutoribus idonee satisdari non curauerunt. Nam si dicant acceptos fideiussores idoneos fuisse, debent dicti sui & defensionis probationes afferre, *l. non est, de probat. l.* 1. §. *sed etsi satis, D. de magist. conuen.* Hoc ita: Non quod præsumptio faciat pro actore (qua ratione quidam vtuntur male etiam in specie huius legis, vt & in *l. siue possidetis*) Non igitur ob eam rem, sed quia reus exceptionem suam, veluti intentionem

C probare debet.

Ad legem V. VI. & VII.

L. 5. *Instrumenta domestica, seu priuata testatio seu adnotatio, si non alys quoque adminiculis adiuuentur, ad probationem sola non sufficiunt.*

L. 6. *Rationes defuncti quæ in bonis eius inueniuntur, ad probationem sibi debitæ quantitatis solas sufficere non posse, sæpe rescriptum est. Eiusdem iuris est, & si in vltima voluntate defunctus certam pecuniæ quantitatem aut etiam res certas sibi deberi significauerit.*

D *L.* 7. *Exemplo perniciosum est, vt ei scripturæ credatur, qua vnusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit. Vnde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet.*

HÆ tres leges pertinent potissimum ad actionem creditæ pecuniæ, in qua plerumque quæritur, an creditoris rationes domesticæ fidem faciant. Olim fidem faciebant, cum rationes diligenter conficiebantur a patribus famil. Et ideo inter genera probationũ, expensilationem Gell. refert *l.* 14. *c.* 2. vbi recenset hæc genera probat. expensilat. id est, priuatas rationes, & mensæ rationes & chirographi exhibitionem, & tabularum obsignationem, & testium intercessionem. Ergo expensilatio fuit probatio legitima. hodie fidem non facit, vt ostendunt hæ leges, ne fisco quidem agente,

E id est, etiamsi fiscus agat ex suis breuiarijs rationibus, vel etiam ex breuiarijs rationibus confiscati, *l.* 7. *l. vlt. de conuenien. fisci debitor.* Additur in l. 5. nisi rationes domesticæ adiuuentur alijs probationum adminiculis Egent igitur adminiculo probationum: per se nullius momenti sunt. quod & ita traditur de testatione priuata & nuda, quæ obsignatores non habet, *l.* 3. *inf. de testib.* Lex 5. *h. tit.* est de scripturis, quibus quis sibi debitorem constituit, non de syngrapha, vt Accursius accipit: Nam syngrapha fidem facit, vt diximus in *l. vlt. sup. si cert. pet.* Eadem l. 5. de rationibus expensi; hæ fidem non faciunt. non est de rationibus accepti. Nam ex rationibus accepti ab actore confectis, reus

potest sumere probationem solutionis, id est, si creditor in breuibus suis pecuniam acceptam retulerit: ex eo reus ducet certissimam probationem solutionis *l. 5. sup. de edendo.* Idem etiam sumet ex rationibus fiscalibus *l. 6. eod. tit. l. illata inf. de fid. inst. t. 2. inf. de conuen. fisci debitor. l. 2. inf. de discuss. lib.* 10. Verum, an ex rationibus accepti confectis a debitore sumere poterit creditor probationem crediti? Probatio soluti, vt dixi, sumitur recte ex rationibus accepti confectis a creditore. Videtur etiam ex iisdem rationibus a debitore confectis sumi posse probationem crediti, cum etiam olim rei ex suis tabulis damnarentur. Veruntamen non coguntur rei actori edere rationes suas, vt ex eis scilicet confirmet intentionem suam, vt probet sibi deberi, etiamsi contendat debitorem pecuniam suam retulisse in breuia; nisi officio iudicis, vbi æquitas eum mouerit, & in causa ciuili tantum, *l. 1. sup. de eden. l. pen. §. vlt. D. ad leg. Falcid.* Et nisi fiscus agat ciuiliter: non etiam si criminaliter. Nam ei reus cogetur edere suas rationes, vt ex eis suam actionem confirmet & comprobet, *l. 2. §. item Diui, D. de iure fisci.* Ex quo loco apud Harmenop. *lib. 1. Epitom. tit. 2.* ita generaliter scriptum est, tunc reum cogi instrumenta in se proferre, cum causa est ciuilis, non criminalis. quod falsum est, nisi id ad fiscum restringas, cui soli hoc tributum est. Atque ita est accipienda sententia Harmenopuli, quia sumpta est ex *d. l. 2.* Item regulariter reus actori non cogitur edere rationes suas, vel breuia contra se. actor tamen cogitur reo exhibere suas rationes, *l. 4. & l. vlt. sup. de eden.* At dubitatur, an quis cogatur aduersus alium edere rationes suas. & placet aduersus alium cogi posse quemlibet rationes edere alij profuturas, ita tamen, vt ex eo non capiatur occasio litis in eum instituendæ. Et ita aperte definitur Iustiniani *Edicto 9. de argent. contractib.* in quo refert, se id etiam antea constituisse. At ea constitutio non extat. videtur esse Græca, quæ desideratur in titulo de edendo, cuius summa ex 24. Basilicῶn titulo 1. Harmenop. refert in supra dicto loco. & valde notandum est primum in ea hoc est, vt nemo cogatur contra se edere instrumenta sua, aut rationes; vt contra alium cogatur, si modo ex eis ipse non lædatur, modo is cui editæ sunt rationes, ijs non abutatur contra eum qui eas exhibuit Item, vt in quem quis inuitus testimonium non dicit, vt puta in agnatum vel adfinem, in eum etiam non cogatur instrumenta sua edere, vel rationes. Additur in l. 6. debiti probationem non sumi probe ex eo, quod testator in testamento adscripsit sibi deberi. Hæc etiam testatio postrema defuncti fidem non facit, ne postrema quidem manus defuncti fidem facit. quod putant confirmari Nou. 84. *de iureiur.* Sed ea non loquitur aperte de testatore, qui scripsit sibi deberi, sed de testatore, qui scripsit bonorum suorum modum: quæ descriptio non nocet creditoribus, quo minus, si qua sint alia bona defuncti, ea possint persequi, Itaque Nouella opitulatur creditoribus, cum testator minus dixit se habere in bonis, cum plus habeat. lex autē 6. opitulatur debitoribus, id est, quos heredes dicunt esse debitores hereditarios, ipsi autem inficiantur, vt scilicet non conuincantur scriptura testamenti, sicut nec breuiculis conuincuntur. Hoc tamen fateor recte colligi posse ex ea Nouella: quod si testator in recensione bonorum testamento facta scripserit, Titium sibi debere centum, qui debeat 200. vt non possint heredes ab eo petere, nisi centum, videlicet, si cum religione iurisiurandi id scripserit. Nam iusiurandum est argumentum enixæ voluntatis & remissæ obligationis pro parte, *l. cum pater §. filius, D. de legat. 2.* Id ea l. probat. Summa hæc est: Testatoris bonorum descriptio iurata creditoribus non nocet, heredibus nocet, debitoribus prodest. Item disputationis superioris summa hæc est: neque ex breuiarijs

A rationibus creditoris, neque ex scriptura testamenti sumi probationem debiti. In libris nostris rationes domesticæ sæpe dicuntur breuia, quæ alij etiam dixere breuicula. Adijciam veluti οὐδὲ πάρεργον, eam vocem fuisse male repositam in titulo *de sentent. ex breuiculo recit.* Sic legit Haloander & multi. Vetus lectio est, *de sentent. ex periculo recit.* Cauetur in eodem titulo, vt sententiæ non pronuncientur memoriter, sed ex scripto, ex libello & tabella, i. ex periculo. Periculum significat libellum, instrumentum, documentum. Habeo librum Notarum iuris antiqui, in quo hæ literæ D. L. sic sunt expositæ, de libello; & sequuntur aliæ. D. P. id est, de periculo, quæ sunt coniunctæ, quasi vtrumque idem sit. Marcus Tullius loquens de Mario, id est, de libello quodam siue poemate quod Marium inscripsit, *Faciunt*, inquit, *imperite, qui in eo periculo non vt a Poeta*, &c. *In eo periculo*, id est in eo
B libello. in 5. in Verrem, Scribis ait committi pericula magistratuum, id est, libellos. Æmilius Probus in Epaminonda: *Epaminondas* inquit, *petiit vt in suo periculo inscriberent*, id est, in sua sententia. Sic vocat periculum, quod Plutarchus eadem de re dicit στήλην id est, titulum suæ condemnationis. quod idem Prob. pilam in Alcib. Asconius in Diuinatione. *Periculum*, inquit, ἀπὸ τῆς πείρας, πεῖρα autem documentum significat.

Ad legem IX.

Cum te minorem quinque & 20. annis esse proponas: adire præsidem prouinciæ debes, & de ea ætate probare.

C QVæ pertinent ad legem 9. pertinent ad restitutionem in integrum: quam qui petit, debet probare ætatem, *l. intra, & l. minor. l. 4. sup. de in integrum restitut.* Minoris ætas probatur varijs modis, quos exposuimus *ad l. 13. D. de probat.*

Ad legem X. XIII. XIV. XV. XVII. XX. XXII.

L. 10. Neque natales tui, licet ingenuum te probare possis, neque honores, quibus te functum esse commemoras, idoneam probationem pro filiæ tuæ ingenuitate continent: cum nihil prohibeat & te ingenuum, & eam ancil- D *lam esse.*

L. 13. Non epistolis necessitudo consanguinitatis, sed natalibus, vel adoptionis solemnitate coniungitur: nec aduersus absentem hereditatis diuidendæ gratia velut contra fratrem pro ancilla petitus arbiter, substantiam perimit veritatis. Siue itaque quasi ad sororem, quam ancillam te posse probare confidis, epistolam emisisti, siue familiæ erciscundæ quasi pro coherede petitus arbiter doceatur: fraternitatis quæstio per hæc tolli non potuit.

L. 14. Non nudis adseuerationibus, nec ementita professione, (licet vtrique consentiant) sed matrimonio legitimo concepti, vel adoptione solemni filij ciuili iure pa- E *tri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse probare confidis: per te vel per procuratorem adfirmationem eius falsam detege.*

L. 15. Vis eius qui se dominum contendit, ad imponendum onus probationis, seruo minime prodest. Cum igitur aufugisse te de domo Seueri profitearis, verum nec ab illo iusto initio, sed per violentiam adseueras te esse detentum, inquisito prius, an in possessione libertatis sine dolo malo constitutus sis, tunc etiam onus probationis quis debeat subire, per huiusmodi euentum declarabitur.

L. 17. Matrem tuam consecutam liberta tem, ac te post editam, vt ingenua probari possis, ostendi conuenit. Quod enim fratribus tuis nulla moueatur quæstio, ad defensionem tuam nihil prodesse potest.

L. 20. Si de possessione seruitutis, emptionis instrumentis subtractis, in libertatem proclamat Eutychia, cum petitori probationis onus incumbit, intentione sua deiecta, his iuuari minime potest: Nam si in seruitutem petatur, ad emptionis probationem non est indiciis aliis opus, sed instrumentorum furtum monstrare sufficit.

L. 22. Ad probationem seruitutis Glyconis, matrem eius ac fratrem seruilia fecisse ministeria non sufficit: cum neque ingenuorum conniuentia coniunctis necessitudine præiudicet, neque de seruis eadem matre natis libertatem vnus adipisci prohibeatur.

HÆ leges petinent ad actiones præiudiciales, quæ sic dicuntur, quod plerumque eas aliæ actiones sequuntur, quibus eæ præiudicium faciunt. Recte autem Thalelæus ad *l. eam quæ, inf. de liber. causa*, omnem actionem de statu præiudicialem esse definit. Est autem triplex tantum, an quis sit seruus, an libertinus, an filiusfamil. Quæstio an sit vxor, non est quæstio status. In tit. *de statu hom.* ostenditur, alios esse seruos, alios liberos: item alios esse ingenuos, alios libertinos. Item alios esse sui iuris, alios alieni: vt alios esse filiosfam. alios emancipatos. Triplex est diuisio de statu: sic & triplex præiudicium, §. *præiudiciales, de action.* Non ponitur quarta diuisio, alios esse cælibes, alios matrimonio iunctos: quia nihil hæc ad statum hominum. Nec nos mouet *l. 3. de lib. agnosc.* in qua dici videtur, præiudicio locum esse, si discepretur an sit vxor: Nam id ita est accipiendum, non quasi sit vnum quoddam præiudicium speciale, in quo quæratur an sit vxor, sed quod in præiudicio an sit filiusfamilias, vel de partu agnoscendo, de eo disceptetur an sit vxor: quoniam non est filiusfamil. nisi sit ex vxore. Itaque triplex tantum est. Nunc de probationibus duo sunt videnda: primum in præiudicijs quomodo probetur status, deinde quis probet. Primum, si quæratur, an quis sit ingenuus, an ex patris ingenuitate recte probabitur? minime. quod ostendit *l. 10.* Nam fieri potest, vt matrem Latinam vel ancillam habuerit. Ex ingenuo autem & Latina, Latinus nascitur, non ingenuus, vt ex libero & serua seruus. Aliud est, si probetur matrem ingenuam vel libertam fuisse, *l. 17. hic.* quia, qui nascitur libera matre, ingenuus nascitur, licet pater seruus fuerit. Qui igitur probat matre ingenua natum, ingenuum se esse probat, & præiudicio vincit, nisi ex diuerso probetur postea eum in seruitutem incidisse. Probatio probationem euertit, exceptio exceptionem. atque ita qui probatur serua matre natus, seruus probatur: nisi ex diuerso probet, se postea libertatem adeptum, *l. 22. hic.* In qua hoc etiam recte additur, dissimulationem matris liberæ nil nocere natis, si quo tempore concepit & peperit, in seruitute fuerit, non serua. Vt autem ex ingenuitate patris, ita ex ingenuitate fratrum vel eorum libertinitate non recte quis se esse liberum colligit, cum ex pluribus fratribus alij possint esse liberi, alij serui, *d. l. 17. l. multis, inf. de liber. cau.* Hæc igitur argumenta ad fidem faciendam nil valent. Et hæc quidem de modo probandi; quoniam hoc continetur tantum hoc titulo. Nunc dicamus de personis, quis probare debeat, qui seruitutem, an qui libertatem asserit? qui libertinitatem, an qui ingenuitatem? Huius rei generalis definitio est in *l. generaliter, de except.* quæ lex male est a Triboniano collocata eodem titulo, quia non pertinet ad exceptiones præiudiciales, sed ad actiones præiudiciales. Ideo in ea lege, *in præiudiciis*, significat, in actionibus. quod liquet ex *l. vlt. si ingenuus esse dicatur,* &c. quæ est ex eodem li-

A bro. Ait lex *generaliter*, in præiudicijs actoris, partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit. Sic speciem pone ex *d. l. vlt.* vnus dicit se esse liberum, alius dicit, se eius esse dominum. Par videtur omnium causa. Vnus asserit libertatem, alter seruitutem: vterque videtur actor. Itaque sicut in duplicibus omnibus, ita etiam in præiudicijs quæritur, quis actoris partes sustineat, vt scilicet is subeat onera probationum. Lex ait eum esse actorem, secundum cuius intentionem actio data est & concepta, vt si ita datur actio: Si paret Lucium Titium dominum esse, Lucius Titius actoris partes sustinebit: at si ita, si paret Caium liberum esse, Caius erit actor, & ab eo exigetur probatio libertatis, in qua si deficiat, vincetur, etsi aduersarius suam intentionem non impleuerit. Est etiam *in eod. tit. de except. l. sed si ante* ab

B eodem Triboniano male coniuncta legi fundum. Lex *fundum* loquitur de exceptione præiudiciali. lex *sed si ante* ei coniungitur, quasi etiam intelligatur de exceptione præiudiciali. quod est falsum. Nam illa *l. sed si ante* pertinet ad exceptionem rei iudicatæ, non ad exceptionem præiudicialem. Hoc probat inscriptio; nam Paulus 70. ad edictum de ea tantum exceptione rei iudicatæ tractauit. Id quoque probat ratio legis. Lex ait, non nocere exceptionem, quia diuersa corpora sunt & causæ restitutionum dispares. Et hac ratione vtimur negantes exceptionem rei iudicatæ, non dum negamus exceptionem præiudicialem, *l. cum quæritur, l. & eandem, de except. rei iudic.* Postremo

C si *l. sed si ante* accipiatur de exceptione præiudiciali, pugnabit omnino cum *l. fundum.* Conclusio sit: In præiudicijs actor est, qui ex libertate in seruitutem agit, id est, qui eum, qui est in possessione libertatis, seruum suum esse petit. Est etiam actor qui ex seruitute in libertatem agit. At videtur in seruitute esse, qui dolo malo est in possessione libertatis. Et contra videtur in libertate esse qui vi ereptus est ad seruitutem. Sic etiam actor est qui ex libertinitate in ingenuitatem, vel ex ingenuitate in libertinitatem agit. Et in libertinitate & ingenuitate esse, eandem habet definitionem, quam in seruitute, vel libertate esse. Nam videtur etiam esse in libertinitate, qui dolo malo se gerit pro ingenuo, *l. 15. & 20. hic.* Qua in re est inspicienda conceptio petitionis. Sic accipe *l. eam quæ, inf. de lib. causa.* Legis *15. hoc tit.* hæc est species: Caium qui

D erat in possessione libertatis sine dolo malo, Titius vi rapuit in seruitutem: deinde Caius aufugit de domo Titij: Gerit se pro libero. Titius contendit se esse dominum: Caius contendit se esse liberum. hoc casu dabitur actio secundum intentionem Titij, non secundum intentionem Caij, qui est in possessione libertatis sine dolo malo, quæ nec fuga vitiata est, nec iniusta detentione interrupta. Itaque in hoc præiudicio exigetur probatio dominij a Titio, non libertatis a Caio. L. 20. sententia hæc est: Ex seruitutis possessione agitur in libertatem. hoc casu actor est, qui contendit se esse liberum, & ideo si non probarit libertatem suam, secundum possessorem pronuntiabitur, etiamsi nequeat ostendere instrumentum emptionis mancipij, quod ei seruus ille furto abstulerat. Nam nulla domi-

E nij probatio a possessore exigitur. Quin etiam vt eadem lex ostendit, si seruus ille instrumento emptionis domino surrepto gerat se pro libero, videtur dolo malo esse in possessione libertatis. Itaque a domino seruum reperente non exigetur probatio dominij, sed furti: quo probato plane probabit seruum dolo malo esse in possessione libertatis. Ex quo sequetur, seruo libertatis possessionem probandi onus incumbere, seruum pro actore habendum in hoc præiudicio. Conclusio hæc sit. Qui dicit dolo malo quem esse in possessione libertatis, dolum probare debet. quo expleto, qui est in possessione libertatis, libertatem probare de-

bet. Nam qui est in libertate dolo malo, videtur esse in seruitute. De tertio præiudicio tractandum est, scilicet an quis filius sit, de quo præiudicio quæritur in *l. 1. §. per hanc, D. de rei vindic.* Filiusfamilias præiudicio petitur hoc casu, si filiusfamilias vixit vt paterfamil. bona fide, non dolo malo, patri onus incumbit probandæ patriæ potestatis, *l. Titia, D. sol. matr.* si vixit vt filiusfamil. filio onus incumbit probandæ emancipationis: vel etsi omnino neget pater eũ suum esse filium, *l. 14. hoc tit.* cuius species hæc est. Titius Caium filium suum esse asseuerauit, vel etiam in censu habendo, Caius se filium esse Titij professus est, consentiente Titio. Hæc asseueratio filium non facit, neque hæc professio censualis filium facit, filios natura tantum aut adoptio facit, *l. 1. de adopt.* At hæc asseueratio vel professio id efficit vt ille habeatur pro filio, quoad is qui se patrem dixit, probauerit non se, sed alium patrem esse. probabit se non esse patrem, indicato vero patre. Constat nominatione & censu seruum liberum fieri: nominatione & censu filius alienus filius noster non fit. idem dicendum de cognatis & agnatis. Cognatos sola natura facit, agnatos etiam adoptio, vt auunculum sola natura facit: fratrem & natura & adoptio facit, non quod quis possit adoptari fratris loco, *l. nec apud, inf. de hered instit.* sed quod adoptato filij loco sint fratres per adoptionẽ alij adoptatoris filij *l. qui in adoptionem, de adopt.* Fratrem igitur ita adoptio facit. Epistola fratrem non facit: vt si quis ad aliquem scribat quasi fratrem. Nominatio etiam alia quælibet fratrem non facit, vt si quem prouocem iudicio familiæ ercifcundæ quasi fratrem consortem. At hoc etiam casu qui habet hæc argumenta fraternitatis, eam quidem non probat, sed transfert onus probandi in eum qui negat fratrem eum esse, *l. 13.* in qua l. quod initio dicit, consanguinitatem, postea dicit fraternitatem, & sic consanguinitas in libris nostris semper accipitur. Consanguineus fratrem significat.

Ad L. XI.

L. 11. Si scriptum heredem ab amita tua, vel de testamenti vitio, vel quacumque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse confidis: de hac hereditate apud rectorem prouinciæ agere potes.

Lex 11. pertinet ad petitionem hereditatis, qua qui agit contra heredem scriptum, probare debet vitia testamenti.

Ad L. XVIII.

Cum precibus tuis significes, ignorante te prædium eum cuius meministi, sibi velut a te donatum instrumentis inseri fecisse, si vera sunt quæ precibus indidisti, nec ad nomen factæ donationis fundus iste peruenit: vnde adito iudice competenti, probare te oportet contra voluntatem tuam hunc fundum instrumento aduersarium tuum sibi adscribi laborasse, vt secundum tenorem rescripti nostri possis consequi sententiam.

Lex 18. pertinet ad rei vindicationem. Ego fundum vindico & probo dominium, profero titulum auctoritatis; tu qui possides allegas eum a me tibi donatum. Id si probas prolato donationis instrumento, vicisti, nisi contra id instrumentum donationis falsum demonstrauero. Atque ita probatio probationem euertit; vt in *l. sine possidetis*, diximus esse ponendam probationum collisionem, non præsumptionem cum probatione, quod fit cum probatio probationem tollit.

Ad L. XIX.

L. 19. Exceptionem dilatoriam opponi quidem initio, probari vero, postquam actor monstrauerit, quod adseuerat oportet.

Pertinet hæc l. ad exceptiones. Exceptionum aliæ sunt peremptoriæ, aliæ dilatoriæ, *l. 3. ff. de except.* Peremptoriã statim contestari initio satis est, nec est necesse eam statim probari, *l. 8. inf. de except. l. emptor, de præsc. longi tem.* Quod si non fuerit initio contestata, id est, si fuerit omissa in litis contestatione, adhuc poterit opponi, & poterit probari ante sententiam, vel etiam post sententiam, si appellatum sit, *d. l. 8. & l. 4. inf. de except. l. 2. inf. sent. rescindi non posse.* si non sit appellatum, non item. Peremptoria exceptio post sententiam, a qua non est appellatum, sero opponitur, nisi qua ex causa impetratur restitutio in integrum, omissæ exceptionis opponendæ causa, *d. l. 2. l. 10. inf. de fideiuss.* Ergo peremptoria exceptio post condemnationem appellatione non rescissam non opponitur. Excipitur exceptio Macedon. & Vel. quæ opponuntur etiam post condemnationem. Idque est ex sententia S. Consultorum, *l. tamen, D. ad Maced.* Excipiuntur etiam exceptiones peremptoriæ, quæ competunt militibus: Nam eis milites se defendunt post condemnationem. Id eis datur rescripto Antonini, *l. 1. sup. de iuris & facti ign.* Excipitur etiam exceptio quæ datur donatori, ne conueniatur vltra quam facere possit; Hanc enim opponit vel ante, vel post condemnationem, *l. Nesennius §. vlt. D. de re iud. l. qui id quod, D. de donat.* Item non datur cæteris, qui habent eandem exceptionem: latius succurritur donatori quam cęteris. Maritus eandem exceptionem habet ne conueniatur supra vires, sed ea non vtitur post condemnationem. Nam quod est in *l. ex diuers. §. vlt. D. sol. matr.* non est de hac exceptione inopiæ ne conueniatur supra facultates, sed de exceptione doli mali, cum maritus est condemnatus in solidum ignorantia iudicis, qui allegatæ inopiæ rationem non habuit. Hæc exceptio doli opponetur actioni iudicati, quasi imperite iudicatum ei causam dederit. Cæterum alia exceptio non opponitur actioni iudicati, & generaliter quælibet peremptoria non opponitur actioni iudicati. Quidam etiam excipiunt epistolam D. Adr. & male, vt ostendimus in *l. vlt. sup. de const. pec.* Dilatoria exceptio initio litis opponi debet, non postea pendente iudicio, nondum sententia dicta, id est, opponi debet tempore litis contestatæ, *l. 19. & l. pen. inf. de exc.* quæ coercet etiam aduocatos, qui illas allegant post contestationem litis. Igitur dilatoria est opponenda initio litis, in ipso limine quæstionis. Symmach. 1. Epist. loquens de procuratoria except. quæ est dilatoria, eam dicit opponendam in ipso limine. Idemque de ea est proditum in l. *ita demum*, & *l. licet, sup. de proc. l. filiusf. §. vlt. l. Pomp. §. pen. D. de proc. l. & ideo, D. de nou. oper. nunc.* Idem est etiam in exceptione fori, quæ est dilatoria: Nam euitari potest mutato foro & iudice. Hæc exceptio fori est opponenda in ipso limine litis, *l. vlt. inf. de exc. l. nemo, de iurisd. omnium iud. l. sed etsi suf. in pr. D. de iud.* Hæ exceptiones, procuratoria sc. & fori incompetentis descendunt ex personis: procuratoria quidem ex persona procuratoris qui agit: fori, ex persona iudicis incompetentis: ideo debent initio opponi. Iudicium enim his personis constat, actore, reo vel procuratoribus eorum & iudice. De eis initio vt constet, est necesse

cesse, & ideo has exceptiones initio allegari oportet.. Puto igitur exceptionem dilatoriam, quæ descendit ex ea causa, in qua de personis, quibus iudicium constat non quæritur, vt exceptionem pacti temporarij quæ est dilatoria, etiam opponi posse quocumque tempore ante sententiam. idque ex veteribus Interp. qui censent, hanc legem tantum esse accipiendum de exceptionibus dilatoriis, quæ ex personis descendunt. Sic concludendum quod est ex *l. licet sup. de procurat.* de personis ex quibus iudicium perficitur, initio aliquid certi esse constituendum, veluti de iudice & de partibus. Id si omittatur initio, postea sero in quæstionem deducetur. Verum vtraque exceptio seu peremptoria sit seu dilatoria probari debet postquam probauit intentionem suam actor. In oppositione differentia est quædam, quam dixi: In probatione B autem non est differentia. Vtraque probanda est postquam actor impleuit suam intentionem, *l. 9. inf. de excep. l. emptor. inf. de præscrip. longi temp. & h. l.* quia vt diximus in l. 1. h. tit. qui excipit, non videtur confiteri intentionem actoris. Ideoque probanda est primum actoris intentio, tum deinde probabitur exceptio allegata. Quod si reus palam confiteretur intentionem actoris, solius exceptionis probationem exigeremus: vt retro, si palam negaret intentionem actoris, tum solius intentionis probationem exigeremus: quia negationis nulla est probatio ob id ipsum, quia negatio esse non intelligitur. Additur huic l. 19. sententia quædam ex Nouell. de testibus ab Irnerio addita, vt quidam putant. Fuit Irnerius auctor adiungendarum C Nouell C. Sententia eius Nouellæ hæc est, vt si quis semel, vel iterum, vel tertio testes produxerit, & productioni renunciarit, vt si dixerit se iam nolle vllos alios testes producere, non possit postea mutato consilio ad aliam testium productionem admitti, videlicet si & priorum testium dicta didicerit & cognouerit, vel etiam eorum exceptiones. Non satis est renuntiasse productionibus, nisi & quæ producta sunt teneat. Igitur si nondum ea quæ producta sunt percepit, & cognouit, admittitur ad nouam productionem, licet renuntiarit productioni, dummodo iuret se priorum testium testimonia comperta non habere. Hæc est sententia Nouellæ. Non video autem cur sit coniungenda Nou. huic *l. 19.* debuit enim potius reijci in finem ti. de testibus, quod & in quibusdam libris habe- D tur: nisi hoc modo coniungi dicatur; probata intentione actoris, reus debet probare exceptionem suã *l. 19.* probata intentione vel exceptione, actor vel reus non admittitur ad aliã testiũ productionẽ, si priorum dicta vel eorũ exceptiones cognitas iam habuerit, & productionibus renuntiarit. Et hoc est quod ait Nouella. Et ita non male coniungentur hæ sententiæ. At Accurs. in *l. 19.* male putat ex ea Nouella colligi cognitis probationibus actoris reum non admitti ad probationem exceptionis suæ, quod est iniquum. & vero ea Nouel. loquitur tantum de eo qui produxit testes & eorum dicta vel exceptiones cognouit, & productionibus renunciauit, is non admittitur: aduersarius qui nil produxit, admittitur: Nec Nouella id negat aduersario qui nihil produxit, sed ei qui iam videtur satis superque produxisse, & productioni renuntiauit. Idem est E error Accur. in ea Nouella & in *l. offic. D. de rei vindicat.* Ad hæc quærit Acc. an locus sit Nou. si appellatum sit, id est, qui semel iterũ, aut tertio produxit, & renuntiauit productionibus, & producta cognouit, an in causa appellationis admittatur ad nouam productionem. Respondissem statim non admitti ex Nouellæ sententia, sed de hac quæstione cum nimis disputarent interpretes, tandem fuit definita ab Alexandro in *cap. fraternitatis, de testibus, & a Clement. 2. cap. eod. tit.* vt si renuntiatum sit productionibus, in eandem speciem noua productio non admittatur, etiamsi sit appella- A rum, videlicet si & testimonia fuerint publicata: nam sola renuntiatio non sufficit, vt diximus.

Ad L. XXI.

L. 21. Ad probationem dominij, aliena subtrahentes instrumenta, his vti minime possunt: quippe cum horum lectio non recitantem, sed quem tenor scripturæ designat adiuuet. Cum itaque nec cætera probationum indicia reprobentur, iure competenti, prædiorum quæ in quæstionem veniunt, dominium ad te ostende pertinere: Nam res vindicantem, ab emptore suos numeratos nummos adseuerantem, erga probationem laborare non conuenit: si quidem huiusmodi, licet probetur factum, tamen intentioni nullum præbet adminiculum.

PErtinet hæc l. ad rei vindicationem, in qua petitor probare debet, & ea dicitur regula iur. a Constantino, *l. 1. C. Theo. de fid. test.* Possessor cum quo agitur vindicatione, non probat vnde possideat, vel quo iure quoque titulo teneat, quod tamen Constantinus exigit in *d. l. 1.* vt & possessor exponat suum titulum: sed corrigitur a *l. cogi, de petit. hered.* quæ est etiam in *C. Theod. eod. tit. de fid. test.* Ex quo apparet *l. cogi*, fuisse latam abolende constitutionis Constantini causa, quod adijci oportet iis quæ diximus in *l. 2. sup.* Igitur solus petitor debet probare dominium. eo non probante possessor absoluitur, etsi nil ipse probet. dominium non solum probatur instrumento, sed etiam aliis probationum indiciis, *l. proprietatis, & l. cum res, sup.* instrumentis probatur, vt instrumento emptionis & donationis: Item instrumento auctoritatis dono accepto a domino. Nam donato instrumento auctoritatis res videtur donata, *l. 1. inf. de donat.* Qui mihi donat titulum suæ possessionis, id est instrumentum, videtur mihi suam possessionem dare. Et sic probabo me huius possessionis esse dominum. Diuersum est si instrumentum auctoritatis domino surripuero: furto sublato non iuuabor, *l. 20.* item dominium non probatur si quis ostendat suis nummis rem ab emptore fuisse comparatam. Nam quod mea pecunia emitur, non continuo meum fit, nisi sit meo nomine emptum, & mihi traditum. Certis tamen casibus rei emptæ vtilis vindicatio domino pecuniæ datur.

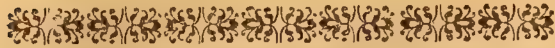
Ad L. penult. & vlt.

L. pen. Iubemus omnes qui scripturas suspectas comminiscuntur, cum quid in iudicio prompserint, nisi ipsi adstruxerint veritatem, vt nefariæ scripturæ reos, & quasi falsarios esse detinendos.

L. vlt. Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis & luce clarioribus expedita.

LEx pen. coniungenda est cum fine legis 1. *J. quando ciuil. act. crim. præiu.* Pertinet vtraque ad accusationem falsi, vt indicat finis *d. l. 1.* Ex eoque apparet male Accursium putare in specie legis pen. damnari quem falsi sine accusatione, dum arguit fin. l. 1. in qua constituitur, vt qui suspecta instrumenta in iudicio profert, vera ea esse probet, non adsimulata, alioqui falsi tenebitur; & quasi falsarius condemnabitur. Sed probatio etiam ab eo exigetur qui falsa ea esse dicet: vtraque igitur ex parte exigitur probatio, quod nominatim traditur in *l. 4. C. Theodos. de fide instrument.* quod in aliis etiam criminibus obtinet, *l. vlt. in fine, inf. de abolition.* cum l. vlt. est coniungenda *l. pen. inf. de calumn.* & coniunctæ sunt in C. Theodos. Ea lex vlt. in accusationibus exigit testes idoneos, & omni exceptione maiores, instrumenta item apertissima.

Nam instrumentis plerumque crimina probantur, maxime falsi. exiguntur indicia luce clariora. vt M. Tullius pro Cælio, *argumentis* (inquit) *agemus*, *signis omni luce clarioribus crimina refellemus*.



AD TITVLVM XX.

De Testibus.

Ria sunt probationum genera, quæ ab ipsa causa & litigatoribus deferuntur; Testes, Instrumenta, Indicia, *l. vlt. sup. tit. prox.* Testes admittuntur si de facto quæratur; si de iure & qualitate quæratur, vix testes admittuntur, veluti iustum ne sit aliquid an iniustum, vtile an inutile. Sic etiam si de iure & statu personarum quæratur, vix tum testibus contenti erimus. Plus valebunt instrumenta, vt natales, vel censuales professiones, vel etiam indicia, quod ait *l.* 1. *hic.* In omni lite certa indicia maximi momenti sunt, *l. indicia, sup. de rei vindicat.* quod scilicet testes pecunia corrumpi possunt: indicia non item. Aristot. in fine Rethor. ὐκ ἐςιν ἐξαπαθῆσαι τὰ εἰκότα, &c. Idem etiam in Græcorum libro qui dicitur Ῥωμαϊκῶν, tit. 30. adnotatum est, potentiores cum tenuioribus agere debere tabulis vel instrumentis, non testibus; quia testes facile a vero possunt abduci *Harmenop.* 1. *Epitom. tit.* 6. id ex eo retulit. Aduersus scripturam quoque testes non admittuntur, si de fide scripturæ non dubitetur. Hæc testium probatio contra scripturæ testimonium non admittitur. Eadem de re Paulus 5. *Sent. tit. de testib. & lib.* 21. *Basil. tit.* 1. Credimus scripturæ, id est, instrumento contractus potius quam testibus, nisi falsum dicatur: scriptum scripto plerumque refutatur, non testibus, nisi cum falsum dicitur, *Nouel. de testib. l. pen. inf. de contrah. stipul. l. pen. inf. de non numerata pec. l.* 3. *sup. si minor se mai. dix.* At contra credimus testibus potius, id est, viuæ voci, quam testimonijs, defunctorum scilicet, *Nouel.* 73. *l.* 3. §. *Item Diuus, D. de testibus.* Exposui casus quosdam quibus plus videntur valere instrumenta quam testes. regulariter tamen in litibus, eandem vim obtinent instrumenta & testes, *l. in exercendis*, 1. *tit. prox.*

Ad L. I. vsque ad L. XIIII.

Etiam iure ciuili domestici testimonij fides improbatur.

QVemadmodum domesticæ rationes in re propria fidem non faciunt: ita nec domestici testes. *Etiam* heic ponitur, pro præterea, vt hæc coniunctio complectatur omnia testimonia, quæ iure ciuili improbantur: hoc sensu multa testimonia improbat ius ciuile, atque etiam domestica. Testes domestici ita definiuntur: qui in eadem domo nobiscum habitant, & quibus imperare possumus, vt testes fiant. *Theod. Bals. in Carthaginiensis Syn. can.* 132. huiusmodi est seruus, colonus, conditionalis quilibet, coniux. Inquilinus autem non est domesticus, licet in domo nostra habitet, non nobiscum. Nam & mercenarius cuius operas conduximus, non est domesticus, nisi nobiscum habitet & degat, *l. respiciendum* §. *furta, de pœn. D.* Si quem cõduximus, non est domesticus, nisi vna nobiscum habitet: non est etiam domesticus qui ædes nostras conduxit, puta Inquilinus, nisi vna habitemus, id est, nisi sit cœnacularius qui cœnaculum tantum conduxerit. verum si domestici testes fidem non faciunt, multo mi-

A nus ipse faciam in re mea, *l.* 9. *inf.* quæ lex est pars *l.* 1. *sup. ne quis in sua caus.* Et ideo coniungenda ei, in qua cauetur ne etiam quis in re propria iudicet. Verum Accurs. quærit in l. 10. an possit quis testis esse pro socio in re communi: id definitum est in eodem Ῥωμαϊκῷ, ex quo etiam retulit id Harmenop. in d. loco, vt scilicet socius pro socio testimonium non dicat in re communi, quoad societas sit soluta: Nam & res communis propria est. Frater autem in re fratris nullo iure vetatur testimonium dicere, nec cognatus in re cognati. Nam quod reprobatur domesticum testimonium, eo dicto non est existimandum etiam reprobandum esse cognatorum testimonium: Vel quoniam cognati affines non sunt domestici, nisi nobiscum habitent. Sequenda est Theodori definitio. At pater in re
B filij etiam emancipati vetatur, & contra, *l. testis, D. h. t.* Hoc notandum: quod sicut nemo cogitur contra se rationes domesticas edere, *l.* 5. *de probat.* ita etiam nemo cogitur contra se testes domesticos producere veluti conditionales suos, vel cœnacularios, *l.* 6. *h. tit.* At contra sicut cogitur quis in alium domesticas rationes producere, alij profuturas, non sibi, vt etiam diximus in *d. l.* 5. ita etiam cogitur quis in alium testimonium dicere vel testes e domo sua producere. Eadem vbique est ratio. Regulariter inuiti citantur in testimonium. Hoc tamen olim videtur tantum obtinuisse in causis criminalibus, *l.* 4. *&* 21. *D. h. t.* verum constitutione Iustiniani non tantum in criminalibus, sed etiam in causis ciuilibus cogitur quis adhibito iureiurando dicere quod scit, vel iurare se nescire. Cuius constitutionis fit mentio in *l. pen. inf. hoc tit.* Vbi Accurs. vere scribit, eam constitutionem Græcam
C fuisse, quæ periit. Nam post legem 12. huius tit. desiderantur duæ Iustiniani constitutiones Græcæ, quas nobis conseruarunt libri Basilic: Prima constitutio, id est l. 13. est de numero testium, vt scilicet, si desint instrumenta, ad probationem exigantur quinque testes, quod nulla alia lege certo definitum est. Hodie ex constitutione regia exiguntur decem in res singulas. Præterea, vt in instrumentis sufficiant tres testes. quod congruit cum *l. vlt. sup. si certum petat. l. scripturas, inf. qui pot. in pig. hab.* vt in apocha vel syngrapha sufficiant tres testes: Acta autem & instrumenta publica non egere testibus. Additur etiam, vt si quis testis sit adhibitus instrumentis vel conuentionibus scriptis, lite mota ea de re, omnino cogatur iudicio adesse, &
D exponere quæ scit, & testimonium dicere, nec vti fori præscriptione posse, alioqui læderentur partes quæ illius testimonio indigent. Idque congruit cum l. 12. hic. Possunt ergo ab eodem iudice coerceri, si deprehendantur varij vel falsi, licet eorum non sit competens iudex. secunda constitutio hoc continet quod supra diximus, vt scil. in omnibus causis, inuitis testimonium denuncietur: vt scilicet iurati testentur, vel iurent se nescire. Verum excipiuntur eadem constitutione, vel qui legibus excusantur, vt affines & cognati. Hi enim inuiti testimonium non dicunt, *l.* 4. *D. de testib. l. Iureconsultus. D. de grad. & aff.* Excipiuntur etiam eadem constitutione viri illustres, & qui supra eos sunt: Hi nec in iudicio, nec ex scripto, id est, ne-
E que præsentes, neque absentes testimonium dicere coguntur sine iussione sacra. 1. principis. Alij coguntur inuiti testimonium dicere in omnib. causis, & quidem si præsentes sint: viua voce: si absentes, mitti ad eos debent procuratores partium, vt coram eis dicant, quæ sciunt, vel iurent se nescire. Et huius constitutionis partem hanc Iustinianus intellexit in *l. iudices, inf. de fide instrum.* dum ait, ea quæ disposuimus, scilicet in *l.* 14 *de testibus.* Et recte Accurs. in *d. l. iudices*, notauit Græcam constitutionem desiderari. De eadem fit mentio in *Nouel. de testib.* Postremo additur ea constitutione, vt interlocutiones quæ fiunt a iudice, exhibendorum

exhibendorum testium & audiendorum causa: Itemque productiones fiant sine vllo testium impendio. A Nam sumptus præstat qui producit testes. quod congruit cum *l.* 3. §. *Gabinio*, *D. de testib.* & cum *l. eos qui* §. *si quis autem infra de appel. l.* 10. *hic*, & *l. vlt. C. Theodos. de abolition.* quæ coniungenda est cum *l.* 10. *huius tit.* cum sit vtriusque eadem inscriptio & subscriptio. Igitur præstat omnes sumptus & viatica, qui eos producit, & etiam quod receptum est in Gallia, quantum quisque testis suo artificio sibi parare potuisset. Productiones autem hæ sæpe fiunt iterum atq; iterū. Et inde quærūt interpp. qua ex re possit cognosci, vtrum sit vna productio an plures. alij spectant vices, vt Azo: vt scilicet si aliquos produxero hac hora vna sit productio, si alios sequenti hora, sit altera productio, licet fiat eadem die vtraque. B Alij spectant dilationes, vt si litigator iussus sit intra decem dies testes producere, quotquot sint producti intra eam dilationem, habeātur pro vna productione. & sunt in eadem sententia *Albericus & Ioannes* quod refert *Accurs. in Nouel. de testib.* At id longe aliter est definitum Nouel. Leonis, & Constantini nouissimorum Imperatorum, vt scilicet spectetur dies. Verba hæc sunt: vna quaque productione vnum diem accipiente. Iam igitur hac de re non disputandum, cum habeamus certum ius, vt scilicet ex diebus æstimemus productiones plures, non ex vicib. & dilationibus. Harmenop. eam Nouel. retulerat sup. *d. loco*, sed in excusis non est. Nunc tractemus de domesticis testib. C Constat pro nobis interdictum esse testimonium domesticis testibus, sicut & nobis ipsis, non cogimur etiam domesticos testes in nos producere. At quæritur, an ipsi domestici nostri cogi possint, vt in nos testimonium dicant. quod non quæritur de seruis, qui quandoque, si alij testes desunt audiuntur, adhibitis tormentis. Huic nationi hominum non creditur sine tormentis: in dominum tamen numquam aut volentes aut nolentes admittuntur, *l. 7. hic.* idemque est in libertis. hi etiam non possunt interrogari in patronum vel volentes vel nolentes. *l. pridem*, ℸ. *de quæst. l.* 11. *hic.* cui coniunge *l. vlt.* ℸ. *qui accus. pos.* Verum de coniuge quæritur, an ea aduersus maritum cogi possit dicere testimonium, vel e contra. Ioan. Papo refert, Lutetiæ pronuntiatum cogi posse. quod miror. D Nam si affinis meus, id est, cognatus vxoris, non cogitur in me testimonium dicere, *l.* 1. *C. de grad.* multo minus cogetur vxor, quæ mihi est proximior, quam eius cognatus. Item, si in maiestatis crimine hoc tantum est permissum, vt vxor contra maritum audiatur, Harmenop. lib. 1. tit. 6. in alijs sane causis non audietur. Rursus domesticorum exhibitio qualis est vxor, a nobis exigi solet, testimonij dicendi causa *l. 7. hic.* Id vero frustra exigitur, si potest trahi domesticus nobis inuitis, si potest duci vxor, vt testimonium in nos ferat. igitur ex iure id potius est, vt nec vxor quæ auctor est affinitatis, nec affinis cogatur in nos testimonium dicere. Puto etiam aduocatum, qui nobis adest, & executorem litis, quem constat in ea lite non posse pro E nobis testimonium dicere, aduersum nos non posse etiam cogi, vt in me testimonium dicant, licet aliud sit iudicium *Accurs. l. vlt. ff. de testib.* Sed contra Accurs. iudicatum fuisse idem Papo refert lib. 9. *senatusconsultorum.* Et hoc recte. Nam quibus interdicitur testimonij dictio, vsquequaque interdicitur, vt nec pro nobis, nec in nos dicant. Cæterum testium alijs interdicitur, alij excusantur, alij refutantur & refelluntur, sicuti tutores, alij sunt, qui prohibentur esse, vt minores & milites, alij qui excusantur, vt septuagenarij: alij dicuntur suspecti & remouentur. Testes esse prohibētur primum domestici & aduocati, & executores in ea lite quam tractant, vt diximus. Item liberti & serui, item parentes & liberi aduersus se vel etiam pro se inuicē esse testes prohibentur, *l.* 5. *hic. l. testis, ff. de testib.* Item mesitæ, id est sequestres ex *Nouel. de test.* Item bestiarij & arenarij, & prostibulæ & damnati publico iudicio, *l.* 3. §. *lege*, *l.* 14. & 15. *ff. de testib. l.* 2. *ff. de senatorib.* Item damnati ob carmen famosum editum, *l.* 21. *ff. de testib.* quod quidem refert Theod. Bals. Nomocanonis tit. 9. c. 2. Id ille refert quasi sit scriptum in hoc tit. falso. Nam vt in Basilicω̃n, ita & in Pandectarum libris id est scriptum *tit. de testib.* c. 20. quod non animaduertentes duo interpretes Latini Balsam, lapsi sunt, dum καταδικαϑέντα ἐπὶ τὸ ποιῆσαι ταραχώδη φλυαρίαν, *condemnatum ob editum carmen famosum*: hoc enim significat φλυαρία, vel Harmenop, teste, lib. 6. *tit.* 7. Vnus tamen ex eis interpretatur, *condemnatum ob seditiosas & turbulentas aliquas ineptias*: Alter ita: condemnatum ob tumultuosam petulantiam. Testes etiam esse prohibentur impuberes, *d. l.* 3. §. *lege*. Et in Synodo Carth. c. 132. Dicet aliquis, imo & minores 20. an. testes esse prohibentur, *l. in testimonium, de testib.* Frustra igitur admonemur impuberib. non licere testimonium dicere, cum nec liceat puberib. ante ann. 20. Hæc videntur quodammodo pugnare. Sic dico. Sicut impubes iudex esse prohibetur, *l. cum prætor, ff. de iudic.* minor 20. annis excusatur a munere iudicandi, i. non cogitur iudicare, *l. cum lege, ff. de recept. qui arb. recep.* Ita prorsus impubes prohibetur esse testis. Minor 20. annis excusatur. Ex testibus vt dixi, alij prohibentur, alij excusantur. Eodem modo excusantur alij, videlicet, ne omnino inuiti testimonium dicant, vt affines & cognati, & viri illustres, ex constitutione Græca Iustiniani, quæ est *l.* 14. *hic.* Eodemque modo illi non coguntur suas rationes reddere in affines aut cognatos secundum constitutionem Græcam tituli de edendo. de qua dixi in *l.* 5. *de prob.* Alij aliter excusantur. Nam non excusantur quidem a dicendo testimonio, sed ne in iudicium venire cogātur, veluti senes, valetudinarij, milites, magistratus absentes, publicani, *l. inuiti* 1. & 2. *ff. de testib.* Item Episcopi. Nouel. 123. secundum quam est intelligenda, *l. nec honore, de episc. & cleric.* Ait, nec honore nec legibus episcopus ad testimonium flagitatur. quid est nec honore, nec legibus? An nec iure ciuili, nec prætorio, vt Accurs. tentat: An vero, nec a iudice, nec a lege? Neutrum placet. Rectius Græci: Nec volens honore prælato, si libet, nec inuitus legibus, vt scilicet cogatur venire in iudicium testimonij dicendi causa, sed ad eum domum mittitur. Alij sunt testes, qui nec prohibentur, nec excusantur, sed excipiuntur & refelluntur vt suspecti gratiæ, & infames omnes, *l.* 4. *hic.* sic dico omnes infames recte refelluntur, non omnes tamen ipso iure interdicti, vt calumniæ damnatus est infamis, nec tamen ei testimonium interdicitur, *l. quæsitum, ff. de testib.* Sed eo nomine refelli potest. Eadem ratione excipiuntur inimici nostri, vel etiam amici & familiares producentis aduersarij. qua ratione etiam coloni & inquilini nostri refelluntur, licet ipso iure eis non sit interdictum testimonium. atque ita *Harmenop. lib* 1. tit. 6. §. 18. Vbi etiam male interpretantur μισθωτὸν, mercenarium testem, cum sit colonus vel conductor prædiorum nostrorum. Colono nostro conditionali ipso iure est interdictum testimonium quasi domestico. Colono vel inquilino non conditionali ipso iure testimonium non interdicitur, sed per exceptionem. Dicimus exceptiones & παραγραφὰς, Gallice, *reproches*, testium. *Nouel. de testib. l. si quis testib. hic l. penult. inf. de contrah. stipul. Socrat. lib.* 1. *c.* 32. *Ecclesiasticæ historiæ.* Loquens de testibus: vt inimicos, inquit, excepi. Sic etiam libro 6. capite 2. & *l. si quis, de testibus*, hoc cauetur, vt si quis quosdam testes pro se produxerit, non possit eosdem in alia lite aduersus se productos excipere, quasi suspectos, aut vitæ humilioris, vel deterio-

stis, quia semel eorum fidem probauit. Duæ tantum A exceptiones ei dantur, inimicitiarum, si quæ postea intercesserunt, & sordium. Potest etiameos falsos dicere, si id potest probare, quod etiam cautum fuit Nouella quadam Leonis & Constant. Ad hæc notandum ex l. 3. solam testationem fidem non facere, nisi alijs adminiculis adiuuetur. quod est explicandum ex *l. 3. sup. de prob. & l. apud eos, inf. tit. prox.* Sola testatio per se fidem non facit: debet enim fieri publice, *l. curent, ff. de testib.* Debet fieri cum obsignatione testium, non quorumlibet, sed qui rem de qua agitur, compertam habeant, vt si amisero chirographum, frustra in testationem redigam me amisisse chirographum vocatis testib. qui ignorent rem gestam, siue quod illo chirographo continetur *d. l. apud eos.* i. testes vel vicinos, non apud iudices. Hæc sunt adminicula, quæ in testationib. exi- B gimus, quæ solæ non sufficiunt. Notandum etiam ex *l.* 8. testes iniuratos non interrogari. Episcopi interrogantur adhibitis sacris Euangelijs & sacris scripturis, quod quidam putant esse ex *c. vlt. de iuram. cal.* imo est etiam ex Nouel 123. In Nouella supra dicta Leonis & Constantini hoc ita explicatur, vt testes bis terve interrogentur a iudice sine iureiurando: Et si quid ad litem afferre videantur, iurati id dicant. Additur quoque in *l.* 8. vt testibus honestioribus potius credatur. Honestiores plerunque iure ciuili æstimantur ex facultatibus. Et sæpe honesti, i. diuites. Itaque testes non tam numerantur quam ponderantur, *l. 21. §. vlt. ff. de testib.* Postremum est, in eadem l. vt vnus testis non admittatur, etiamsi *præclara curiæ honore præfulgeat*, id C est, etiam si sit Senator. videnda quæ de vno teste dixi in *l. 3. sup. de reb. cred.* At ex prima constitutione Græca, quæ hic desideratur, videntur etiam duo testes non admitti, quoniam in instrumento exiguntur tres: sine instrumento, quinque. erraui heri in disponendis constitutionibus Græcis. Prima constitutio Græca, quæ hic desideratur, est 12. & Zenonis vel Anastasij, non Iustiniani, quæ est de numero testium. Sequitur eam *l. nullum*, in qua continetur de præscriptione fori quod diximus heri, non in 12. Sequitur 14. Iustiniani *de test. cog.* At si ex prima constitutione Græca duo testes non admittuntur, quorsum monemur vnum testem non sufficere? quorsum etiam pertinet l. *vbi numerus, ff. de* D *testib.* vbi dicitur duos testes sufficere, si numerus testium non addatur. Hoc videtur pugnare cum illa constitutione Græca, quæ tres aut quinque ait. Respondendum est ita. Lex ait si numerus testium non adijciatur, duos sufficere. Quod eo pertinet, vt cum l. præcipit aliquid fieri præsentibus testibus, nec numerum exprimit, sufficiant duo testes. Si lex exprimit numerum testium, nil agitur, nisi tot adhibeantur, vt in testamentis cum lex exigit 7. testes, & in diuortijs lex Iulia exigit 7. testes *l. nullum, de diuort.* At si non exprimat numerum testium, duo sufficient, id est, quod fit coram duobus valet. verum non ideo in qualibet productione etiam duo sufficiunt. In Apocha & syngrapha tres exiguntur: in depositione, quinque, ad rei gestæ fidem faciendā ἐπὶ τῆς καταθέσεως, vnus nūquā. E Notant quoque Græci casus quosdam, in quibus vnus etiam testis sufficit, vt tabellio, si manu eius instrumentum scriptum negetur; si dicat se scripsisse, ei soli fides adhibetur, *Nouel.* 73. Item exemplo tabellionis: argentarius, scripturæ mensariæ auctor, quia horum fides est publica, acta publica, scripturæ publicæ. notant etiam, si emphyteuta offerat canonem domino; satis esse, si offerat præsente vno teste. quod vnde sumpserint nescio. Item sufficit vnus testis, si quis vice donatoris voluntate eius subscribat donationi scriptę; donatio valet, nec alij testes exiguntur. *l. vice, & l. in donationibus, inf. de donat.* Postremo inquiunt, vni creditur propter notissimam testis grauitatem & constantiam.

Ad L. XVIII. testium.

L. 18. Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes: omnibus prædicimus, vt qui in scriptis a se debita retulerint, non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, velintque viles & forsitan redemptos testes super huiusmodi solutione producere: nisi quinque testes idonei, & summæ atque integræ opinionis præsto fuerint solutioni celebratæ, hique cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum: vt scientes omnes ita ea statuta esse, non aliter debitum, vel partem eius persoluant, nisi vel securitatem in scriptis capiant, vel obseruauerint præfatam testium probationem: his scilicet, qui tam sine scriptis debitum vel partem eius soluerint, a præsenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu vel incendij, vel naufragij, vel alterius infortunij perempta, tunc liceat his, qui perpessi sunt causam peremptionis probantibus, etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.

SI debitum petatur ex scripto, id est, ex chirographo, dissolutio eius probari debet etiam scripto, id est apocha. quæ etiam in h. l. securitas dicitur, & plerunque scriptum scripto subruitur. An igitur solutio debiti scripti testibus non probabitur? Non quidem ex hac constit. nisi quinq; idoneis & iuratis qui solutioni præsentes adfuerint, & qui id palā dicant se solutioni præsentes fuisse. De auditione testimonium non valet, *Nouel. de testib.* Quod tamen valet in quæst. de finib. agrorum aut de operib. *l. si arbit. ff. de probat.* Fuit olim receptum in omnib. causis testim. de auditione, quasi aliquod haberet momentum. vt Asconius oratione 3. contra Verrem. Igitur eo casu debent testari se vidisse debitorem soluentē, non etiā se id audisse ex alijs, debitorem soluisse, etiam si tabularij sint: Nam & de auditione tabellariorum testimonium non adhibebitur; vel testari debent se audisse creditorem dicentem, sibi solutam pecuniam. idque in ea *Non. de test.* Quod notandum est, cum ex eo e contrario colligatur, creditum probari, si testes dicant, se audisse debitorem dicentem, sibi creditos nūmos. Sed hoc ita procedit, si non id audierint, aut viderint soluentē aut numerantē, ἐκ τῆς παρήκοντος, id est, in transitu, sed si nominatim in eam rē rogati fuerint, vt solutioni interessent, aut confessioni in solutū, aut creditū acceptæ pecuniæ. Non rogatis ergo nō creditur, licet id viderint, aut audierint, quod videtur pugnare cum *l. ad fidē, de testib.* Lex ait ad fidem rei gestæ sufficere, etiam non rogatos testes. Respondeo, id locum habere in fortuitis casib. Hi probantur per testes fortuitos, quos sors tum obtulit. Sic Harmenop. recte interpretatur ἐπὶ τῶν συμβεβηκότων καὶ περιστατικῶν Non tamē ea lex locū habet in conuentionibus, solutionibus, testamentis, quæ fiunt solemniter rogatis testibus. Et hæc quidem diligens obseruatio & solemnitas *l. testium.* in solutionibus exigitur, si desit apocha. Nā si fiat apocha, vel sola fidem facit, sicut & chirographum: vel cum testibus tribus, secundum distinctionem *l. vlt. sup. si cert. pet.* At quid fiet, si facta sit apocha, & casu maiore perierit, vel amissa sit? Hoc explicatur in fine legis, vt scilicet amissa apocha tum solutio probari possit per testes quoscunque, etiam non rogatos, qui in transitu viderint debitorem soluentem, aut audierint creditorem dicentem, sibi pecuniam solutam. Et ita solutio probabitur per testes non rogatos: non quidem per duos, vt ait Accursius, sed per quinque, ex prima constitutione Græca. Sic etiam e cōtrario, quod vsuuenit sæpe, amisso chirograp. & amissionis casu iudici probato, recte creditum

dictum probabitur, si qui sint, qui in transitu viderint creditorem numerantem, vel audierint debitorem dicentem, sibi creditam pecuniam. Nam eadem est causa liberandi & obligandi, *l. inter stipulantem* §. *sacram*, *de verb. obl. ff.* Et consequenter debet esse etiam eadem causa probandi debiti & crediti: Denique, & hæc sit conclusio, confessio facta extra iudicium coram testib. quinque rogatis & iuratis, valet tam ad obligandum, quam ad liberandum. Et hoc male Accurs. distinxit. Valet item ea confessio facta coram non rogatis testib. amissa apocha vel chirographo: Alias nil valet confessio extra iudicium facta: nisi fiat in iure aut iudicio, vt diximus *sup. l. 9. de obligat. act.* Et quod dicitur, confessum haberi pro iudicato, id de confesso in iure tantum dicitur. Confessus extra iudicium nondum habetur pro iudicato, sicut qui apocham aut chirographum scripsit, quæ scriptura dicitur ὁμολογία, non est statim pro iudicato. confessio illa facta coram testibus ex non scripto, comparatur apochæ vel chirographo, & eandem vim obtinet. Sicut igitur scriptor chirographi, ita & confessus, nondum est pro iudicato. Item, vt chirographo vel apochæ opponi potest exceptio non numeratæ pecuniæ intra præstituta tempora, ita & ei confessioni puto posse opponi illam exceptionem, cum scripto comparetur hac l. qua de re quærunt interpretes.

Ad L. penult.

Si quando inuitos testes in pecuniarijs causis ex nostra lege aliquis trahere maluerit, si quidem sua sponte fideiussionem suæ personæ sine damno præstare velint, hoc fieri: sin autem noluerint, non carcerali custodia detrudi, sed sacramento eos committi censemus, &c.

EX constitutione Græca Iustin. etiam in pecuniarijs causis inuiti testes euocantur, qui ante Iustinianum non inuiti euocabantur, nisi in criminalibus. facit mentionem huius constitutionis Iustinianus in hac lege, cum ait, ex nostra lege. vnde Accursius collegit esse Græcam. Veniunt ergo inuiti in ciuilibus causis: cum venerint, satisdant iudicio sistendi causa, id est, se a iudicio non recessuros, nulla pecunia data ad excipiendam satisdationem actorum nomine. Et hoc est quod ait hæc l. sine damno, id est, sine impensa, vt *l. sancimus inf. de admin. tut.* §. *at ex contrario*, *Inst. quib. alien. licet vel non. l. vlt.* §. *pen. inf. de bonis auctor. iud. poss.* vel etiam si testes nolint satisdare, committuntur cautioni iuratoriæ, carcere autem non continentur, inuiti non satisdant, sed vt de re, ita de persona sua iuratis creditur. Et vt l. ait, dies duntaxat 15. in iudicio permanere debent sumptibus producentis. satisdant igitur vel iurati repromittunt 15. dies iudicio sisti, intra quos a iudice interrogandi sunt vtraque parte præsente, dum scilicet recipiuntur productiones & receptiones testium fiunt vtraque parte præsente. Imo possunt etiam fieri interdum μονομερῶς, id est, parte tantum, quæ testes producit, præsente, si altera pars ob contumaciam absit admonita per executorem, quod & continetur *Nouel. de test.* Regulariter causæ non aguntur μονομερῶς, sed vtraque parte præsente, id est, cognitionaliter siue συσάδην, nisi causæ appellationis, hæ enim aguntur μονομερῶς & ex contumacia alterius partis, *l. vlt. ff. ad Trebell. l. vlt.* §. *illud, de temp. ap.* Iusiurandum etiam quod delatum est parti non præstatur μονομερῶς, nisi absit altera pars per contumaciam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Productiones item testium non fiunt μονομερῶς, sed vtraque parte præsente, & generaliter omnia edicta litis, Zonar. & Balsam in *Can.* 74. Apostol. Item Socrates *lib. 1. c. 17.* Quod autem diximus, productiones testium fieri vtraque parte præsente, &

A receptiones, id ita accipiendum est, non vt vtraque pars audiat testes respondentes interrogantibus, alioqui testimonia statim publicarentur, quod numquam ita fit, sed vt dum testes producuntur & interrogandi admittuntur, vtraque pars adsit. Hæsitant tamen hac in re interpretes. Additur in hac l. pen. post dies 15. testib. non dicto testimonio ius abeundi esse, nec iterum posse eos inuitos euocari, qui re infecta abierunt, & si iudex intra eos dies cessarit, nec interrogauit testes productos, læsæ parti tenentur damni nomine actione in factum, & causam suam facit. Et hæc quidem hac lege constituuntur in causis ciuilibus. In causis criminalib. hoc argumentum est testes diutius detineri posse, & carcere etiam contineri: Nec illos iureiurando
B committi, vt fit in ciuilib. causis. Hic quærunt interpp. An testes produci possint ante litem contestatam, quod in foro dicitur examen ad futurum, i. an futuræ litis testes recipiantur. Iure constat non recipi hæc testimonia: dicuntur testimonia litis *l. 4. ff. de testib.* Testimonia iudicialia *l. pen. sup. de hæret.* Ergo nunquam recipiuntur, nisi sit lis aut iudicium: Est etiam titulus hac de re in iure Pontificio, *vt lite non contest. non proced.* At hoc iure ciuili verum non esse puto, quanquam alio iure vtamur *ex cap. quoniam, sup. dict. tit.* vt etsi metus sit, ne testes, qui nunc sunt, non sint litis tempore, id procedat, veluti si sint senes, aut valetudinarij: Nam & hoc casu si volumus testes recipi, litem oportet instituere statim, & summatim causam agere, Et ita loquitur lex *in lege* quā peruerse accipiunt, *ff. ad leg. Aquil.* Male & ex §. *pen. Nouel de testib.* putant probare ante
C litem posse testes produci, cuius sententiæ nullum est vestigium in eo §. Nil quoque pertinet ad hoc *lex laudabile* §. *quotiescunque*, *supra de aduocat. diuers. iudic.* Nam non loquitur ea lex de testibus futuræ litis, sed de actis seu monumentis quæ fiunt apud patronos fisci, iuris sui conseruandi causa. Et verbum allegationes in ea lege non significat probationem, sed vel exceptionem, vel defensionem, vel protestationem quamlibet δικαιολογίαν, quæ fit apud acta: Vt si scripsero me accepisse mutuam pecuniam, potero contestari apud acta, me non accepisse, & postulare, vt ea de re acta conficiantur. Vel etiam, si amisero chirographum, idque sciant quidam, potero apud acta id redigere in testationem. vel etiamsi funus fecero non pietatis causa, sed ea mente, & animo, vt sumptus repetam, potero
D id testari apud acta *l. atqui, ff. de religios. & sumpt. fun.* Sed hoc non est producere testes futuræ litis.

Ad L. vltimam.

Cum apud compromissarios iudices testes fuissent producti, variatum erat vtrum deberet eorum depositionibus in iudicio litigator vti, an non esset audiendus. Sancimus igitur, si quidem in compromissis aliquid pro huiusmodi causa statutum est, hoc obseruari. Sin autem nihil conuentum est in huiusmodi casibus: Si quidem supersint testes, licentiam habere eum contra quem depositiones eorum proferentur, si eas recusauerit, concedere testes iterum adduci, & non opponi eis, quod iam testimonium suum
E *dederint. Vel si hoc concedere minime maluerit, depositiones eorum, quasi factas accipere: omni iure legitimo, quod ei competit, aduersus eas, seruato, &c.*

IVre ciuili semel producti testes, & interrogati iterum non interrogantur. Cuius argumentum est *h. l. vltima*, quæ est exceptio illius definitionis. Alio quidem iure vtimur, sed ius ciuile ita se habet, nec immerito, ne scilicet retractentur toties testimonia. Est exceptio in hac lege. Finge: Duo compromiserant in arbitrum, iamque vnus testes produxit apud arbitrum, postea relicto arbitro

transierunt ad iudicem ordinarium. is in quem A producti sunt testes apud arbitrum, non patietur eos iterum in iudicio interrogari, quia obstat regula iuris. Sed ex hac constitutione non poterit testimonia, id est, depositiones reijcere nisi id patiatur. Debet igitur illa testimonia admittere in iudicio saluis exceptionibus si quas habet: aut debet pati testes iterum produci, & interrogari si sint superstites. Nam si sunt defuncti, eorum testimonia sunt recipienda omnino in iudicio, quæ scilicet dixerunt apud arbitrum, vel etiam si alij sunt superstites, alij defuncti, defunctorum testimonia sunt recipienda. superstitum item nisi malit is in quem producuntur, testes potius ipsos iterum produci. Additur tamen *h. l.* legem compromissi iudicem sequi debere si de testibus lex aliqua B in compromisso contineatur. Hæc lex est coniungenda cum fine *l. pen. sup. de recept. arbitr.* In qua generaliter traditum est, professionibus & attestationibus factis apud arbitrum, postea apud iudicem ordinarium vti licere. atque hoc casu iterum producentur & audientur. Quo casu suadet Bartolus, vt qui iterum interrogantur, ne quidquam mutent, postulent sibi edi exemplum prioris testimonij in *l. eos, ff. ad leg. Cornel. de fals.* vbi & multa alia addit, quæ iure ciuili decisa non sunt.



C

AD TITVLVM XXI.

De fide instrumentorum.



Multæ sunt leges in hoc titulo de amissione instrumentorum, & de his, quæ sine scriptura fieri possunt, quibus ostenditur, amissionem instrumentorum si alijs probationibus res probari possint, nihil officere veritati: vt creditori nihil noceat amissio chirographi, si aliunde probare possit *l. 1. & 5. hic.* Debitori nihil nocet amissio apochæ, *l. 4. hic.* de qua diximus *l. 5. sup. de probat.* Ingenuo nil nocet amissio professionis natalis, *l. 6. hic.* Profitebantur olim natos apud acta. Veterano honesta missione dimisso nil nocet amis- D sio testimonalis *l. 7.* Literæ quæ dabantur dimissis, dacuntur testimoniales, *l. vlt. inf. de prof. & medicis. Veget. lib. 2. Per testimoniales ex more dimissis.* Domino item nil nocet amissio instrumenti auctoritatis, *l. 8. 9. 10. & 12.* Actorum etiam amissio emancipatis nil nocet, *l. 11.* quæ lex est accipienda de emancipatione legitima, quæ fit ex duodecim tabulis, etiam sine actis. Anastasiana & Iustiniana emancipatio non fit sine actis. & generaliter vbi amissio instrumentorum vel actorum non nocet; nec omissio eorum nocebit. At quæritur an casum amissionis probari oporteat. Et quidem vbi non est necessaria scriptura, eius amissionem probari non oportet, si aliæ probationes suppetant negotio. Nec hoc exigit l. 5. vt amissio probetur. Nam non hoc significat, casum amissionis esse probandum, sed ait creditoris casum conquerentis peti- E tioni non esse statim credendum, nisi alijs argumentis probet sibi deberi. Et in ea l. 5. ita est legendum, *vel aliis argumentis probari fidem*, &c. Vel etiam eo casu quo non est necessaria scriptura, si tamen interuenerit & perierit, amissione probata, nil agitur, nisi aliæ probationes suppetent. Et huc pertinet l. 13. hic, quæ ostendit testationem habitam de amisso instrumento nil prodesse, nisi habita sit apud eos (puta vicinos) qui rem gestam, id est tenorem amissi instrumenti memoriter teneant, & sciant facta ea esse instrumēta quæ perijsse dicuntur & quæ in eis fuerit δύναμις. Igitur non satis est probare amissionem, nisi & cætera probes. At cætera probare satis est, id est, rem gestam, etiamsi amissionem non probes. At vbi scriptura est necessaria, ea si interuenerit & perierit, amissionem probari oportet, etiamsi aliæ probationes suppetant; quas quidem probata amissione etiam omnino exigimus: vt si scriptura testamenti perierit, duo probanda sunt, peremptio & tenor testamenti, quod ex scripto constabat. Item in specie *l. testium in fi. sup. de testib.* Vbi solutio debiti scripti, si non adfuerint quinque testes rogati, non probatur nisi scripto, quo amisso, vt illa lex ait, amissionis casū probari oportet; deinde solutionē per quoscunque testes. Et hæc de amissione instrument. De fide instrument. etiam sunt multæ leges. primum, in litibus eandem esse vim instrumentorum & testium, *l. 15.* quod diximus *l. 1. sup. de testibus* vt dicimus testimonia litis, *l. 4. ff. de testib.* ita & instrumenta litis, *l. si quis aliquid §. si quis instrumentorum, ff. de pœn.* Et vt iure nostro instrumenta ante litem non producuntur, sic nec testes, sicut diximus in *l. pen. sup. de testib.* Præterea, vt testium productio potest fieri peregre missis procuratoribus partium, si testes absint, ex constitutione Græca Iustiniani quæ est *l. 4. de testib.* ita & instrumentorum productio, receptio & discussio, si non sint in præsentia, potest fieri peregre *l. 17. hic,* quam vulgo male sic accipiunt, vt testes possint proferri ad reprobationem instrumentorum. quod fit raro, nisi arguantur instrumenta falsi, vt dixi in *l. 1. de testib.* Verum hæc non est sententia legis 17. sed quod Iustinianus constituerat de testib. peregrè producendis & audiendis ex sententia & interlocutione iudicis, id *in l. 17.* similiter cōstituit de instrumentis peregre producendis & recipiendis, præsente vtraque parte, aut eorum procuratoribus; si ita iudex decreuerit. Testibus varijs & secum pugnantibus fides non adhibetur, *Nouel. de test.* quæ loquitur non tantum de testibus, qui sibiipsis contrarij sunt; sed & de testibus, qui inuicem sunt contrarii, id est, alij alijs, vt Harmenop. libro primo tit. 6. Aliud est in ea Nouel. sibi ipsis esse contrarios, aliud inuicem esse contrarios: omnes tamen reijciuntur. At additur in ea Nouel. honestiorib. & omni exceptione maioribus fidē adhibendam, vt *l. 8. sup. de testib.* Quo exemplo adijci potest *ad d. l. 14. hic.* vt diuersa instrumenta & secum inuicem pugnantia ab vna eadem parte prolata fidem non faciant, nisi si quæ momenti iudici videantur esse maioris. At si omnia sint paria, & testes varios, & instrumenta varia reijciemus. Notandum etiam de fide instrumentorum: in lite non recipi instrumentum, quo aduersarius apud acta testatus est non vsurum, id est, eo non poterit vti mutata voluntate, *l. 3. hic.* Videtur enim id improbasse & habuisse pro falso. Denique in ea lite habebitur pro falso. Nunc quæro, quid si instrumentum quo aduersarius vtitur, ab alio in alia lite prolatum, falsum pronuntiatum sit, an etiam in hac lite pro falso habebitur? Non vtique, nisi & in hac lite probetur falsum. Nec res inter alios iudicata, preiudicium adfert, *l. 2. hic.* Fieri enim potest, vt inique falsum sit pronuntiatum. Nec tamen idem dici potest de testibus, si in alia lite sunt damnati quasi falsarij, *l. Cornelia de falsis*, quia damnatis publico iudicio testimonium amplius dicere non licet *l. 3. §. lege, ff. de testib.* Tractant interpretes in *d. l. 2.* quomodo sit hæc regula accipienda, rem inter alios actam vel iudicatā alij non nocere de qua est proprius *tit. J. de re iudic. & l. sæpe D. de re iudic.*

Ad L. XVII. Tit. 21. de fide instrumentorum.

Contractus venditionum, vel permutationum, vel donationum, quas intimari non est necessariam; dationis etiam arrarum, vel alterius cuiuscunque causæ, quas tamen in scriptis fieri placuit: transactionum

A *tranſactionum etiam, quas in inſtrumento recipi conuenit: non aliter vires habere ſancimus, niſi inſtrumenta in mundum recepta, ſubſcriptionibuſque partium confirmata, & ſi per tabellionem conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo a partibus abſoluta ſint: vt nulli liceat prius quam ita hæc ita præceſſerint, vel a ſcheda conſcripta (licet litteras vnius partis vel ambarum habeat) vel ab ipſo mundo, quod necdum eſt impletum vel abſolutum, aliquod ius ſibi ex eodem contractu vel tranſactione vindicare: adeo vt nec illud in huiuſmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio ſtatuto neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris intereſt ei perſoluere. Quæ tam in poſtea conficiendis inſtrumentis, quam in his, quæ iam ſcripta, nondum autem abſoluta ſunt, locum habere præcipimus: niſi* B *iam ſuper his tranſactum ſit vel iudicatum, quæ tractari non poſſunt: exceptis emptionalibus tantum inſtrumentis, iam vel in ſcheda vel in mundo conſcriptis, ad quæ præſentem ſanctionem non extendimus, ſed priſca iura in his tenere concedimus. Illud etiam adiicientes, vt in poſterum ſi quæ arræ ſuper facienda emptione cuiuſcunque rei datæ ſunt, ſiue in ſcriptis, ſiue ſine ſcriptis: licet non ſit ſpecialiter adiectum quid ſuper iiſdem arris non procedente contractu fieri oporteat: tamen & qui vendere pollicitus eſt, venditionem recuſans in duplum eas reddere cogatur, & qui emere pactus eſt, ab emptione recedens, datis a ſe arris cadat, repetitione earum deneganda.*

C IN contractibus non exigimus ſcripturam, nec acta, exceptis donationibus, quæ plerunque negotium aliquod in ſe habent, id eſt, fiunt certa lege, ac tum proprie dicuntur contractus. Hæ donationes apud acta inſinuari debent, ſi ſint maiores ducentis aureis ex iure antiquo: ſi ſint maiores trecentis, ex iure medio: ſi ſint maiores quingentis, ex iure nouo. Minores ergo quingentis hodie ex iure nouo ſine actis valent. Ex Conſtitutionibus regum noſtrorum omnes donationes cuiuſcunque ſummæ inſinuantur, quod & olim probauit Conſtantinus *l. 1. C. Theod. de ſpon.* Quoniam in hac l. ait, donationes quas intimari non oportet, id eſt, inſinuari. Strictius ſemper ſunt habitæ donationes, & non cum ſumma ratione eas Iuſtin. latius accipiendas cenſuit. ſolo conſenſu non perficiebantur, ſine traditione, mancipatione, vel ceſſione in iure. Hodie D perficiuntur ex conſtitutione Iuſtiniani. Non valebat donatio omnium bonorum infinite, cum tamen valeret venditio: imo non valebat etiam donatio dimidiæ vel tertiæ partis bonorum, ſpecialiter rebus non deſignatis. Sed ex conſtitutione Iuſtiniani valent: dationes etiam arrarum nullam ſcripturam exigunt: quæ etiam contractibus adnumerantur, & a Græcis dicuntur Arrabonici contractus. Sunt quædam negotia de quibus dubitari poteſt, an ſint contractus. Huiuſmodi ſunt *arrarum dationes.* eſſe tamen conſtat, vt hæc *l.* indicat, ſi modo in ea legatur *dationis*, non, *dationes* & poſtea, *tranſactiones.* Dubitatur etiam de datione dotis, ſed hæc eſt etiam contractus *l. contractus ff. de reg. iur. l. exigere, de iudic.* E Item de diuortio; ſed diuortium etiam eſt contractus, *l. ſi vxor, ff. de iudic. l. iuriſgentium §. vt puta, ff. de pact.* Tranſactiones autem non ſunt contractus, & in hac lege ſeparantur a contractibus duobus locis & iure merito: nam vel fiunt pacto aut acceptilatione, *l. 2. ff. de tranſact.* Acceptilatio autem diſtractus eſt, non contractus. pactum nec eſt contractus nec diſtractus, quia nec obligat nec liberat: at vt contractus, ita & tranſactiones nullam ſcripturam exigunt. cum autem dicimus in emptionib. & permutationibus, tranſactionibus, donationibus & arris ſcripturam non exigi, id ita procedit, niſi conuenerit, vt de eis ſcriptura fieret: hæc conuentio ſcripturæ neceſſitatem inducit: vt non intelligantur perfecta hæc negotia ſine ſcriptura. & hæc con-

Cod.

uentio in his tantum donationibus eſt vtilis, quæ actorum inſinuationem non deſiderant. Nam in aliis quæ deſiderant, inane eſt hoc cauere, vt fiat ſcriptura, quia id ipſo iure ita ſe habet. Igitur contractus vel tranſactiones conficiuntur non *ſine ſcriptura*, ſi ita conuenerit. Scripturam quomodo fieri oportet oſtendit hæc l. nec enim quæuis ſcriptura perficit contractus, quos ex ſcriptura fieri conuenit. Primum enim contractus redigentur in ſchedam, quæ ſic dicta eſt ἀπὸ τοῦ σχίζειν, vel a ſcindendo. Schædæ ſunt veluti aduerſaria, deinde rediguntur contractus in mundum, vt ait *hæc l.* Nouella *de tab.* ait, in chartam puram. Hieronym. in purum, aduerſus Rufin. Deinde mundum ſubſcribi a contrahentibus oportet; vel ſi inſtrumenta ſint publica, id eſt, ſi a tabellione conficiantur, antequam contractus in ſcriptis habiti perfecti intelligantur, oportet mundum compleri, & partibus edi a tabellione. ſic ex conuentione ſcriptura perficitur contractus, non aliter, nec quælibet admittetur. Itaque antequam eo modo ſit perfecta ſcriptura, locus erit pœnitentiæ, quaſi nondum perfecto contractu. interim etiam periculum erit venditoris, *§. 1. de empt. & vend. Inſtit. l. vlt. de contrah. empt.* & ideo recte *l. 2. ff. de contrah. empt.* ait, ſolo conſenſu perfici venditionem ſine ſcriptis habitam: nam ſi fiat ex ſcripto, eam ſcripturæ formã exigimus, quam Iuſtin. hic præſcribit. Accurſ. & interpretes putant ſchedam in *Nouella de tab.* appellari protocollum: qui error etiam fora occupauit. Sunt iuris noſtri pleræque voces, quæ quod ſint male ab interpretibus noſtris acceptæ, accipiuntur & male in foro. Sequitur altera pars legis de arris. Arras dat emptor venditori. non perfecto contractu culpa venditoris reſtituit venditor arras in duplum condictione ex hac l. vt opinor: nam hæc pœna eſt legitima: non perfecto contractu culpa emptoris, emptor arras perdit, quas dedit. Non eſt diſpar emptoris & venditoris conditio ſine pœna: nam & emptor quod de ſuo dedit, perdit; & venditor tantundem de ſuo dat, alterum non dat, de ſuo, ſed reddit. Ita in ſponſalibus ſponſus arras dat ſponſæ; ſponſus arras amittit, ſi per eum ſtet, quo minus ſequantur nuptiæ: ſponſa tenetur in duplum, *l. 3. §. vlt. ĵ. de ſponſ.* quæ pœna etiam eſt legitima. Et hoc ita procedit ſi venditio nondum perfecta fuerit, vt ſi eam ſcriptis mandari conuenerit, & ſcriptura in mundum nondum digeſta ſit. At quid fiet de arris ſi venditio ſit perfecta, nec ab ea recedatur? immutabuntur arræ venditori in pretium, ſi in nummis conſiſtant, *l. vlt ff. de le. commiſſ.* vel ſi in aliis rebus conſiſtant, pretio ſoluto repetentur, ſicut pecunia credita ſoluta, pignora repetuntur. Arræ ſunt veluti pignora. Neque nummi tantum dantur arrarum nomine, ſed etiam aliæ res, vt anuli, *l. ex empto §. is qui vina, de act. empt. l. 5. §. item ſi inſtitor, de inſtit. act.* In lib. Geneſ. cap. 38. ſic in ſponſalibus arræ nomine, non nummi, ſed monilia dantur, vt apud Capitol. in Maxim. iuniore. Repetuntur autem arræ actione ex empto, vel condictione ſine cauſa, *d. §. is qui vina.* non vindicantur. ait *l. 3. inf. de act. empt.* ex arrali pacto perſonalem duntaxat actionem paciſcentibus parari. non paratur ergo realis. Ea l. pactum arrale vocat. at heri contractum eſſe diximus. Reſp. eſt, non eſſe nouum, vt idem ſit pactum, & contractus, *l. ſi vnus §. pactus, D. de pact. l. pacta, D. de contr. empt.* Pactum inquiunt, proficit ad nouum contractum. ſic pactum arrale quod datione arrarum ſumpſit effectum, & pactum & contractus eſt: & ideo ex eo datur actio perſonalis, non realis, vt ex venditione docet l. 1. eiuſdem tit. dari perſonalem actionem non realem: & ita pactum diuiſionis vel permutationis, quod traditione ſumpſit effectum, & pactum & contractus eſt: Item quod ſtipulatione ſumpſit effectum, & pactum & contractus eſt, *l. 3. inf. de rer. perm. l. diuiſionis, ff. de pact.* Nec tamen

ideo minus dicitur nuda, *tit. de do. prom. vel nuda poll. inf.* item pactum quod adiicitur contractui ex continenti, nudum dicitur, *l. iurisgentium* §. *sed cum nulla, iuncto* §. *quin imo, D. de pact.* Nam cum in §. *Sed cum nulla*, dixisset I. C. nominatim, pactum nudum actionem non parere, exceptionem parere, & pactum nudum nominatim appellasset, subiicit in §. *quin imo*, imo & interdum format ipsam actionem, veluti si adiiciatur contractui ex continenti. Igitur aperte legem contractus vocat pactum nudum. nec nos mouet *l. vlt. infr. de rer. per. l. 1. inf. de pactis conuent.* quarum sententia est. Rebus donatis certa *lege ex ea l. actionem dari.* atqui non est ex pacto actio. Respōdeo, hoc ita procedere, si sit tantum pactum nudum; at si sit pactum & contractus, ex eo datur actio; non quidem plane quia pactum est, cum & id nudum sit, sed quia contractus *d. l. diuisionis.* Nunc quæramus quid sit iuris, si venditio perfecta sit, & ab ea recedatur. Distinguo: aut mutuo consensu ab ea receditur, aut ex vna tantum parte. si mutuo consensu, arræ repetentur actione ex empto, vel condictione sine causa, *d.* §. *is qui vina, & l. 2. inf. quando lic. ab empt. disc.* sed si ex vna tantum parte recedatur ab emptione iam perfecta, vt si rem venditor tradere nolit, an tenebitur in duplum nomine arrarum? Minime. nam dupli præstatio pœna est non perficientis venditionem, at hic perfecta est, nec eam imperfectam reddit mora venditionis. cessat igitur dupli præstatio, sed competit actio ex empto in venditorem vt cogatur rem tradere: nam cogi potest districte vt tradat: vel etiam agetur in id quod interest. dabitur etiam repetitio arrarum: nam culpa nulla emptoris intercedit. itaque non est, cur arras amittat, non est etiam cur debeat compensare id quod interest cum arris, vt Hugolinus censet recte, cum separatam causam habeat: igitur vtrumque feret, arras, & id quod interest; sed si emptor sit is qui nolit implere contractum, id est, pretium soluere, agetur in eum ex vendito. cui actioni si satisfecerit, reddentur ei arræ, nisi res l. commissoria vænierit, id est, vt inempta fieret pretio ad diem non soluto. Nam eo casu, pretio non soluto finitur venditio, nec redduntur arræ, quoniam culpa emptoris committitur venditio, & fit irrita, *l. de lege, & l. 4. de lege commiss.*

Ad L. XIX. De fide instrumentorum.

Plures apochis vel redituum vel vsurarum perceptis, si quando super his fuerit dubitatio exorta: eas habere se negando, ius agentium faciunt vacillare, cum coloni aduersus dominum certantes, & sibi iniquam forte libertatem vindicantes, vel debitores creditoribus suis temporalem præscriptionem opponere cupientes, ad easdem inficiationes perueniunt. Quod resecantes iubemus, vt in præfatis casibus vel alijs priuatis similibus, si voluerit is qui apocham suscepit, ab eo accipere, vel antapocham suscipere: omnis ei licentia hoc facere concedatur, necessitate imponenda apochæ susceptori antapocham reddere: ita tamen, vt si hoc is qui apocham conscripserit, facere neglexerit, vel non curauerit: nullum ei præiudicium ex eo quod antapocham recepit, generetur, cum hoc quod pro quibusdam introductum est, inferre eis iacturam minime rationi conuenit æquitatis. Datum XII. *Calend. Oct. Chalcedone, Decio* V. *c. Conss.*

EST de antapochis faciendis. Apocha est professio solutæ pecuniæ. dicitur etiam securitas in Nouel. ἀπόδειξις, ἀμεριμνία, ἀσφάλεια. dicitur & a quibusdam euacuatoria ab euacuanda obligatione. dicitur etiam ἀκυρωσία. dicuntur etiam apochæ Recauta *Nouel.* 130. Græci vertunt ἐκτρεπείσματα, non minus male, quam in eadem Nouella delegatores μλωυλὰς. Sic D. Augustinus *lib. de cur. pro mort. ger.* vbi ait esse recautū. Debitor creditori chirogragho cauet, creditor debitori apocha recauet. Antapocha a. quid est? An scriptura, qua confitetur debitor se soluisse creditori data? Minime, non ita concipiebatur antapocha. An est scriptura, qua debitor fatetur se debere antapocham? minime. Antapocha est exemplum apochæ, quod habet subscriptionem debitoris, qui habet apocham. atque id hac l. ostenditur. nam quod initio hic vocat exemplum apochæ, postea vocat antapocham. hæc verba sunt delenda: *vel antapocham suscipere.* Et sic recte definierunt antapocham Iacobus & Fulgosius. Sic in *Nouel. de reis*, ἀντίβιβλος est exemplum libelli petitionis. Apocha datur debitori, vt ex ea probet se soluisse. Antapocha datur creditori, vt ex ea probet sibi solutam annuam pensionem, vel canonem annuum emphyteuticarium, vel annuas vsuras. Atque ita vt
B
summoueat præscriptionem temporis, vel vt quam aliam defensionem sibi paret. Et hoc certum est vsuræ annuæ præstationem tolli præscriptione triginta annorum, & cum principalis actio tollatur. vsurarum obligatio est sequela sortis, *l. eos, in princ. inf. de vsur. l. si quis emptionis* §. *vlt. de præscr. 30. annor.* verum creditor, cui debentur vsuræ, hanc præscriptionem summouebit, probando ex antapocha sibi solutas vsuras, & ob id antapocham flagitare potest. Quod si dominus petat a colono vel emphyteuticario annuum vectigal: hæc lex non dicit ei opponi præscriptionem triginta annorum, cum hæc obligatio per se consistat, nec sit alterius sequela. Et ideo non nisi ex singulis annis quibus singulis actio nascitur de annua pensione, vel annuo vectigali, præscriptio 30. annorum opponi potest, *l. cum notissimi* §. *vlt. de præscript. 30. annor.*
C
Et sic constituenda est differentia inter vsuras & alios reditus annuos. Et ita Martinus accepit recte eum §. *vlt.* nulla habita differentia inter stipulationes & legata, vt & ille §. ait non esse habendam. nec Martino obstat hæc lex nostra, quæ dicit, præscriptionem temporalem opponi vsurarum annuæ præstationi, id est, si per triginta annos cessatum sit solui vsuras: non autem dicit eam opponi annuæ redituum præstationi. At sæpe fit vt coloni & ascriptitij nostri capite censiti se in libertatem vindicent, & dicant se propria possidere, non nostra, & requirant a nobis titulum, dicant se ἰδιοκτήτορας. idque ostendit *l. litibus, inf. de agric. & cens. lib.* XI. quæ huic l. est coniungenda: verum coloni repellentur, si probauerit dominus eos reditus & pensiones quasi colonos diu persoluisse: quod quidem
D
probabit antapocha, id probant papyro terreo, vt aiunt. Quare apochis datis, vtile est antapochas vicissim accipere, quas & reddere, id est, dare cogitur is, qui apocham suscipit. Igitur hæc lex cuius sentētiam exposui, est de antapochis faciendis, nulla est in hoc tit. de apochis faciendis. itaque legendus sic hic titulus, *De fide instrumentorum & amissione eorum, & de antapoch. fac.* male vulgo *de apochis.* Cæterum si creditor non curauerit sibi dari antapocham, quid fiet? cogitur debitor dare, idque datur hac l. creditori, vt possit debitorem cogere, sed si id negligat, hæc omissio antapochæ nil nocebit ei si possit aliis rationibus
E
probare sibi solutum, id est, non est necesse, vt probet antapocha, sibi solutum: Nam & aliæ probationes admittuntur, Quod introductum est causa creditoris, puta vt ei scilicet fiant antapochæ, non debet conuerti in eius perniciem, *l. quod fauore, ff. de leg.* & hoc proponitur in fine legis.

Ad L. comparationes, De fide instrument.

Comparationes litterarum ex chirographis fieri, & aliis instrumentis quæ non sunt publice confecta, satis

abundeque occasionem criminis falsitatis dare & in iudiciis & in contractibus, manifestum est. Ideoque sancimus non licere comparationes literarum ex chirographis fieri, nisi trium testium habuerint subscriptionem, vt prius literis eorum fides imponatur, vel ex ipsis hoc deponentibus, siue cunctis, siue omnimodo duobus ex his, siue comparatione litterarum testium producente: & tunc ex huiusmodi chartula iam probata, comparatio fiat: aliter etenim fieri comparationem nullo concedimus modo, licet in semetipsum aliquis chartam conscriptam proferat, sed tantummodo ex forensibus vel publicis instrumentis, vel huiusmodi chirographis qua enumerauimus, comparationem trutinandam. Omnes autem comparationes non aliter fieri concedimus, nisi iuramento antea præstito ab his qui comparationem faciunt, fuerit affirmatum quod neque lucri causa, neque inimicitiis, neque gratia tenti, huiusmodi faciunt comparationem, & hoc obseruari tam in omnibus sacris nostris scriniis, quam in apparitione omnis sublimissimæ præfecturæ, necnon magisteriæ potestatis, cæterisque omnibus iudiciis, quæ in orbe nostro constituta sunt, his omnibus in posterum obseruandis. Comparationes etenim iam antea factas retractari, extra periculum minime est. Datum XIV. *Cal. Aprilis, Lampadio & Oreste Conss.*

INstrumenta aut sunt priuata, aut sunt publica. priuata sunt, veluti chirographa, apochæ & antapochæ, & quælibet scripturæ non confectæ a tabellione, dicuntur αὐτόχειρα & ἰδιόχειρα, *l. scripturas, qui pot. in pign. hab. Nouel. 49. & 142.* Publica instrumenta sunt quæ a tabellione conficiuntur, quæ & forensia dicuntur in h. lege: & ἀγοραῖα, in dictis Nouell. addita *Nouell. 52. & 73.* Quæstio autem l. hæc est, an comparationes literarum fieri possint tam ex priuatis, quam ex publicis scripturis, id est, collationes scripturarum, *l. vbi, ad l. Cor. de fal.* quæ in Nou. a Iustiniano παραθέσεις & συγκρίσεις dicuntur: vt si quis neget suam esse scripturam ex qua cum eo agitur, quæritur an ea ex similitudine conferri possit cum alia, & an sola collatio fidem addat scripturæ. Et quidem si collatio fiat ex publico instrumento, fidem faciet. an & si fiat ex priuato instrumento fidem faciet? Ita videtur secundum ius antiquum, quod in hac l. tollit Iustinianus: propterea quod, vt ipse ait, plerique hac occasione vtebantur ad imitanda aliena chirographa. Et constituit Iustinianus, vt non fiat collatio ex priuato instrumento, nisi illud priuatum quod ad comparationem confertur, habuerit subscriptionem trium testium; ex quibus duo saltem testes suam manum recognoscant, vel negantes collatione suarum litterarum conuincantur; idque procedit, vt ait, etiamsi priuatum instrumentum, quod quis ad comparationem profert, contra eum qui profert faciat, vel in ea causa, vel in alia: nam ex eo etiam non fiet collatio nisi habuerit subnotationem trium testium. Ab hac constitutione Iustiniani duo excipiuntur casus in *Nouell. 49.* Primus casus est: si ego agam ex priuata scriptura non habente subscriptionem trium testium, & tu defendas te eiusdem manus alia scriptura. hanc scripturam, qua tu te defendis, si negem esse eiusdem manus, fiet comparatio cum ea qua ipse vtor, licet non habeat subscriptionem trium testium: Nam eius fidem probasse videor, cum ex ea intentionem meam confirmauerim, vt testes non excipio quibus vtor, vel sum vsus, *l. si quis testibus, supra de test.* ita nec instrumenta. Alter casus est: si priuata scriptura, quæ non habet subscriptionem trium testium, proferatur ex publicis tabulariis, in quibus pleraque priuatorum deponuntur, vel ex arca præfecti prætorio, in qua deponebantur rationes fiscales, & quæcunque ad fiscum pertinebant, quæ dicitur etiam mensa. hæc scriptura quæ ex illis locis profertur valet ad comparationem, licet non habeat subscriptionem trium testium, nec sit a tabellione facta, quia publicum testimonium habet, quia pro publica habetur cum e publico eruatur. Et hæc quidem de Nouella. 49. nunc explicanda *Nouella. 73. de fide instr.* quam plerique putant hanc legem abrogare. At id falsum est, nam illa nil huic l. abrogat, sed id tantum constituit, vt sola literarum per se comparatio non sufficiat, etiamsi fiat ex publico instrumento, vel etiam ex priuato habente subscriptionem trium testium: sed ex ea Nouella est necesse, vt instrumentum priuatum vel publicum, cuius fides comparatione literarum probatur, munitum etiam sit tribus testibus: etsi forte testes illi aliud dicant, aliud literarum comparatio suadeat, testibus est potius credendum, nisi aliud iudici videatur. At testibus mortuis, quid fiet? si priuatum fuerit instrumentum, sola comparatione necessario contenti esse cogimur. Item si publicum fuerit instrumentum, & testes mortui sint, & tabellio, & minister eius siue discipulus tabellionis, & pecuniæ numerator; nam sæpe in contractibus adhibetur pecuniæ quidam numerator, vt argentarius: hi omnes si mortui sint, tum etiam sola comparatio sufficiet: comparatio inquam non tantum literarum tabellionis, sed & contrahentium & testium qui subscripserunt. At viuo tabellione, testibus viuis aut mortuis, non vtemur comparatione, quia tabellionis iurati testimonium sufficit, & quidem solius, quasi publicum testimonium. Quod aduocatum est ab Harmenop. *lib. 1. tit. 6.* non satis recte, videlicet hoc modo, vt solius tabellionis testimonium sufficiat in comparatione collatorum instrumentorum. Quid enim opus fuit adiici, in comparatione? cum tabellione instrumentum recognoscente nulla fiat comparatio. Itaque ad illum locum Harmen. in regio Codice hoc aliter adnotatum est, ἡ παρασημείωσις δεῖ ἐξετάσεως, *hæc adnotatio eget examinatione.* Quod diximus, solius tabellionis testimonium sufficere, hoc ita procedit, nisi & contractus numeratorem pecuniæ habuerit, & nisi tabellio per ministrum suum instrumentum scripserit. Tabellio semper instrumentum complet, nō tamē id scribit semper, sed dat scribendum discipulo; qui si superstes fuerit, & numerator pecuniæ, hi etiam interrogandi sunt vna cum tabellione, vt fides addatur instrumento publico sine comparatione. At tabellione mortuo, tum literarum tabellionis comparatione vtemur, si dubitetur de scriptore instrumenti; sed sola non sufficiet, si testes superstites sint, vel numerator pecuniæ, vel a manu tabellionis, nam & hi sunt interrogandi, sola comparatio sine his adminiculis fidem non addet instrumento. Est hæc sententia *Nouel. 73.* quæ eo distat ab hac l. quod ea agit de instrumento vel de instrumenti solemnitate, cuius fides comparatione alterius scripturæ confirmatur: quam solemnitatem exigit in ciuitatibus tantum & in contractibus qui excedunt libram auri. Nec ea Nouel. abrogat legem vltim. *sup. si cert. pet.* vt ibi diximus. In hac a. l. agitur de instrumento cuius comparatione alteri fides adiungitur, in ea Nouel. exigit Iustinian. vt & is qui profert instrumentum, & is qui id comparatione approbari postulat, vterque iuret de dolo & de calumnia: In hac a. l. exigit vt collatores etiam literarum, quorum interuentu & arbitrio fit literarum collatio, vt scriniarii, præfectiani, vrbaniciani & magisteriani, & omnium iudicum apparitores: hi erant literarum peritissimi, edebant namque omnia acta & excipiebant, conferebant etiam scripturam cum scriptura, quoties de fide cuiusdam in iudicio dubitabatur. Hi, inquam, collatores scripturarum debent iurare se nec sordidè, nec inimicè, nec gratiosè quicquam in ea re admissuros, sed ex bona fide se literas collaturos, & quod videbitur iudici relaturos. Et addit in h. l. vt hæc constitutio seruetur in omnibus iudiciis, in iudiciis præfecti prætorio, in iudiciis magistri officiorum,

in sacris cognitionibus, in sacris scriniis, puta memoriæ, epistolarum, libellorum, dispositionum, vt scilicet in eis non fiat literarum comparatio, nisi eo, quo constitutum est modo. Accurs. inquit, scrinio, id est, pectore. scrinia sunt κιβῶτα, ἀρχεῖα, *l. omnium*, §. *de test.* quam citat. ait Imperator se habere ius omne in scriniis, memoriæ puta & dispositionum, quæ sunt veluti ἀρχεῖα & quædam tabularia principis. Sunt & multa alia errata Accurs. primum, putat alia esse forensia instrumenta, alia publica. hoc falsi arguunt tres dictæ Nouell. idem enim sunt. nam licet dicat hæc l. Forensibus vel publicis, non ideo est ea constituenda differentia: vel enim est sæpe ἑρμηνευτικῶν, vt in tit. de *opt. vel elect. legata.* Errat etiam, dum putat in agris & in contractibus non excedentibus libram auri secundum Nou. 73. duos testes sufficere. vnde enim hoc sumpsit? imo vero & in contractibus non excedentibus 50. libras duo sufficiunt, vel potius nulli exiguntur, *l. vlt. sup. si cert. pet.* & sola comparatio fidem faciet, si fides instrumenti in dubium vocetur, etiamsi desint testes. Et hæc est mens Nouel. 73. Errat etiam Accurs. dum putat Nouel. 49. abrogare hunc locum huius *l. licet in semetipsum aliquis chartam proferat.* Merito reprehenditur a Paulo Castrensi: nam in ea Nouel. ponuntur tantum speciales duo casus & exceptiones quas sup. dixi. At non abrogatur. Verum ea Nouella ait, se corrigere hanc l. nominatim, sed qui excipit & aliquid supplet, corrigere dicitur. & hoc sensu etiam prætor emendat ius ciuile, dum quid supplet, §. 1. *Inst. de bon. possess.* Errat etiam dum putat, priuatum cum publico, vel publicum cum priuato conferri non posse, sed priuatum cum priuato, publicum conferri cum publico verior est sententia Ioannis, vt possit & publicum cum priuato conferri, & priuatum cum publico, in quo sit subscriptio eiusdem manus: idque hæc etiam l. significat. Postremo errat dum putat Nou. 73. quæ scilicet exigit, vt iuret is qui postulat comparationem fieri, id tolli per *Nou.* 49. aut pugnare cum §. *vlt.* quia initio litis id semel iurari satis habet. At de alio genere iurisiurandi agitur in Nouel. 49. quo scilicet quis iurat initio litis se probationes ab aduersario non petiturum differendæ litis causa. Et dicitur iusiurandum dilationis, id initio semel præstari satis est. Alia est forma iurisiurandi quod iurat is qui comparationem fieri petit: nam non solum de calumnia iurat, sed etiam de dolo, id est, se nihil dolo fecisse in eo instrumento, quod ad comparationem profert, & ijs similia quædam diximus in *l. 9. sup. de reb. creditis.* Exigitur eodem modo speciale quoddam iusiurandum de calumnia in specie legis vlt. hic. quod Accurs. eo loco mutari non putat Nou. 49. propterea quod illa Nou. loquitur de ciuilibus causis. In specie l. vlt. id iusiurandum præstari putat in causa criminali. Hoc totum est vitiosum: nam in specie l. vlt. non præstatur iusiurandum in causa criminali. Item ex Nouell. 49. iusiurandum quod requirit l. vlt. hodie non requiremus: initio enim semel præstitum sufficiet. id ex specie l. vltimæ constabit.

Ad L. vlt.

Cum quidam instrumentum protulerit, vel aliam chartulam, eique fidem imposuerit, postea autem persona contra quam ista chartula vel instrumentum prolatum est, quasi falsum hoc constitutum redarguere nitatur: ne diutius dubitetur vtrum necessitatem ei qui protulit, imponi oporteat repetita vice hoc proferre, an sufficiat fides iam approbata: sancimus, si quid tale eueniat, eum qui petit iterum eam chartam proferri, prius sacramentum præstare, quod existimans se posse falsum redarguere quod prola- A *tum est, ad huiusmodi veniat petitionem. Quid enim si cum nosset deperditam esse chartam, vel forte concrematam: vel alio modo deminutam, hanc requiri adsimulans & ad difficultatem productionis respiciens, huiusmodi faciat petitionem? Et postquam hoc ab actore vel petitore fuerit iuratum, & inscriptionum pagina apud competentem iudicem deposita: tunc necessitatem imponi ei qui protulit chartam de qua quæritur, iterum eam apud iudicem criminis proferre, quatenus possit apud eum crimen falsitatis ventilari. Sin autem dicat non esse sibi possibile eam ostēdere, quia per fortuitos casus huius copia ei abrepta sit: tunc subeat sacramentū, quod nec habeat eandem chartulam, nec alij eum dederit, nec apud alium voluntate eius constituta sit, nec dolo malo fecerit quo minus appareat ea, sed re vera ipsa chartula sine omni dolo sit deperdita, &* B *productio eius sibi impossibilis sit. & si tale subeat sacramentum, ab huiusmodi necessitate relaxetur. Quod si prædictum iusiurandum subire minime maluerit: tunc quasi falsa chartula nullas habeat vires aduersus eum contra quem prolata est, sed sit penitus euacuata. Neque enim vlterius pœnam produci contra eos qui non iurauerint, volumus: cum forsitan quidam subtili reuerentia tenti, nec verum sacramentum præstare patiuntur. Eandem autem copiam ei præstamus, donec causa apud iudicem ventilatur. Si enim iam plenissimum finem accepit, & neque per appellationem suspensa est, neque per solitam retractationem adhuc lis viuere speratur: tunc satis durum est huiusmodi querelæ indulgeri: ne in infinitum causæ retractentur, & sopita iam negotia per huiusmodi viam ite-* C *rum aperiantur, & contrarium aliquid nostro eueniat proposito. Datum v. Kalend. Mart. Lampadio & Oreste vv. cc. Conss.*

QVæstio hæc est. An instrumentum quod quis semel in iudicio approbauit sine controuersia, postea ab aduersario quasi falsum impugnari possit: & constituitur in hac l. vt possit. Et ideo eius instrumenti productionem iterum fieri debere, postulante aduersario, præstito iureiurando de calumnia, se non petere instrumenti iterum productionem fieri, vexandi aduersarij & negotij differendi causa, & inscriptione in crimen falsi facta. At quid fiet si is qui iam instrumentum semel protulit, dicat se nunc id amisisse? *Si* iurauerit se amisisse, iudex sequetur fidem semel in- D strumento datam. sed si id nolit iurare quod dicit se amisisse, fides abrogabitur instrumento quasi falso, ipse tamen pœnam falsi non sustinebit. Potuit enim superstitione quadam imbutus nolle iurare. Et ideo liberatur & excusatur a pœna falsi: cæterum instrumento fides abrogatur. Et hæc ita procedunt pendente lite, nam finita lite nemo cogitur producere iterum instrumenta litis finitæ. Finitur autem lis sententia, si appellatione suspensa non sit, vel retractatione quæ loco appellationis est §. *pen. Nouel. 82. de iudic.* Atque retractatio est accipienda in fine huius legis: iungitur enim appellationi quia est eius loco. Atque ita etiam in *l. vlt.* §. *de tempor. appellat.* §. *illud etiam.* Quæ traduntur initio de appellatione, deinde trahuntur ad retractationem, quæ illius est loco. A sententia præfe- E cti prætorio non est appellatio: retractatio est ex principis rescripto. Nunc sic dico: lite per appellationem, vel per retractationem suspensa, adhuc quis cogitur instrumentum semel iudici probatum, quod nunc dicitur falsum, iterum iudici exhibere: lite autem appellatione vel retractatione non suspensa, non cogitur iterum proferre, quia lis est finita: Poterit tamen accusari falsi, etiam post finem litis: si doceatur falsarius in lite vsus falso instrumento, non ideo statim lite finita aget ex integro, nisi probetur iudicem falsi instrumenti fidem secutum, dixisse sententiam, vt ostendi in *tit. si ex falsi. instr. &c.* Denique post sententiam appellatione vel retractatione non suspensam non

non cogitur quis instrumentum iterum producere, potest tamen accusari falsi, & ita recte Cynus coniungit hanc l. cum *d. tit.* reiectis duabus Accursij interpretationibus. Idem etiam Accursius male putat hic iusiurandum de calumnia præstari in causa criminali: præstatur enim ante accusationem falsi ab eo qui petit instrumentum iterum exhiberi. ergo præstatur nondum cœpta criminali causa coram iudice ciuili. At vero nunquam legitur, in criminali causa iusiurandum de calumnia præstari: nam inscriptio sufficit. hæc alligat talioni & calumniam satis coercet & cohibet & continet. Hæc fuit sententia Martini. à qua male discedit Acc. *l. 1. sup. de iureiur. propt. cal. &c.* Nec moueor constitutione quadā Imperat. Henrici secundi dicti Claudi, quę extat in *lib. 2. legū Longobard. tit. de aduoc. &c.* Et de ea etiam loquitur Honorius in *cap. 1. de iuramento calum.* verum ea constitutio non dicit clericos neque in ciuili re, neque in criminali causa iurare de calumnia, sed nullo modo eis licere in causa iurare. Et Martiani constit. quem Henricus & Honorius appellant Marcum in *l. Cum clericis, sup. de episc. & cler.* quæ lex loquitur de clericis Constantinopolitanæ vrbis. illam inquam l. Martiani ad omnes omnium ciuitatum clericos pertinere constat. Hæc est sententia illius constitutionis. Itaque nullus est locus qui dicat iusiurandum de calumnia præstari in causa criminali.

AD TITVLVM XXII.

Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.

PErtinet etiam hic titulus ad instrumenta. Quælibet res geri potest sine scriptura, nisi aliud conuenerit. Hæc est sententia tituli superioris: rerum veritas scripturis obscurari non potest: hæc est sententia huius tituli. vt igitur per se rerum veritas constat sine scriptura, ita non potest labefactari scriptura simulata: Plus enim valet veritas, quam simulatio; nec plus quicquam tribuitur scripturæ, quam rerum veritas concedat. Cuius sententiæ hic sunt tria exempla. Si emero fundum meo nomine, & in instrumento emptionis vxoris nomen inscripsero, vt fraudarem creditores, vel alia ex causa, dummodo non in fraudem legum. Si ita res gesta sit, mihi competit actio ex empto & mihi dominium acquiritur, & creditoribus meis hypothechariis eius fundi nomine datur actio in possessorem hypothecaria: Plus enim valet veritas, quam simulatio. eius est fundus qui emit, non eius quem scriptum est emisse, *l. 2. & 4. hic.* & quis emerit quæstio est facti, id est, quæ sit rerum veritas, quæstio est facti, cuius definitionem Iurisconsulti non præstant, sed iudices. At quid dicemus, si vxoris meæ nomine emero non meo, & instrumento vxoris nomen inscripsero, mihi autem tacite negotium gessero? Constat etiam hoc casu idem iuris esse ex Iustiniani edicto 7. *Forma Pragmatica de argentariorum contractibus §. penult.* Et hac de re plenius dicemus in *l. multum, ℣. si quis alteri vel sibi*: Nam hic casus proprie non pertinet ad hunc titulum, cum res gesta videatur consentire cum scriptura: Nam & emit vxoris nomine, & eius nomen inscribit. Alterum exemplum est ex l. 3. hic. Simulata emptione facta pignoris gratia, pignus valere, emptionem non contrahi. Et ideo pretij petitio non est, cum aliud sit actum, aliud scriptum, id est, contractum pignus, emptio scripta, & sic in *l. cum ea quæ, sup. de transaction.* simulata emptione transactionis causa facta transactio valet, emptio nulla est. Tertium exemplum est ex *l. vlt. hic.* cuius species est: rem meam quam tibi mandaueram, vt locares Titio, contra fidem mandati eam Titio vendidisti, instrumentum venditionis conscripsisti: Ego instrumentum venditionis quasi locationis subscripsi per errorem. Lex ait neque venditionem esse contractam, quia ego vendere nolui; neque locationem, quia Titius conducere noluit: nec subscriptio plus valet, quam voluntas mea, & rerum veritas. Verum est, me noluisse vendere, & ideo falso scriptum est me vendidisse. Et ob id vocat instrumentum falsum Igitur hæc scriptura nil valet, rerum veritas potior est; quæ tamen non efficiet, vt videatur vlla contracta obligatio, cum nec in venditione nec in locatione vterque consenserit. Ego locare volui, Titius noluit conducere. Et ita dissensus noster impedit vtrumque contractum. scriptura simulata non conciliat voluntates nostras diuersas. Vnum est in l. vlt. notandum. Haloander ita legit, *subscribenti non relecto, sed fidem habenti suasit.* vulgo aliter. & rectius: mutandum tamen illud *subscribenti*, & legendum, *subscribere te*, deinde, *non relecto, sed fidem habenti.* id autem dictum est Græcorum more. Nam est repetendum illud: *Tibi scilicet non relicto, sed fidem habenti*, id est, cum relegisses instrumentum. Terent. ait. *Non sit peccato mihi ignosci, æquum.* Cicero: *cui errato nulla venia, ei recte facto*, id est, erranti & recte facienti.

AD TITVLVM XXIII.

De Commodato.



INcipiamus a definitione. Commodatum est, si quis rem suam alteri gratuito vtendam dederit, certo fine modoue eandem recepturus. A Græcis dicitur χρῆσις, ab vsu: a Latinis commodatum, a beneficii gratia, *l. in commodato. §. sicut, ff. com.* Qui locat, rem quoque suam vtendam dat, sed mercede, non gratuito, *l. si vt certo §. nunc videndum, commod.* Qui dat mutuum, rem suam quoque vtendam dat, sed aliam eiusdem generis, non eandem recepturus, *l. 2. in princip. D. de reb. credit.* Agrœtius Grammaticus: *commodamus amico pro tempore rem, hanc ipsam recepturi.* Præterea qui precario dat, rem quoque suam vtendam dat: sed non certo fine modove, nam precarium repetitur quoties libet, *l. 2. ff. de prec.* At commodatum non repetitur nisi tempore expleto vel modo: Precarium quotiescunque libet. Sic recte Isidorus 5. *Etymol.* inquit, *commodatum est id, quod iuris nostri est & ad alios temporaliter translatum est.* Et ita in specie *l. 2. hic.* Temporalis ministerij causa ancilla commodatur, & ministerio finito est actio commodati; qua qui agit, probare debet commodatum, quod allegat, secundum regulam iuris exigentem ab actore probationem; & in *l. 3.* alteri res datur pignoranda, id est, commodatur vt in ea causa sit quoad ille creditorem suum absoluerit, & ita certo modo certoue fine datur, quo expleto, id est, absoluto creditori est actio commodati. Hæc indicant, quid sit commodatum, & quid a similibus negotiis distet. Nunc restant duæ quæstiones, quarum prima est, an in actione commodati sit locus compensationi. Quod negat lex vltima hic. *Prætextu debiti*, id est, sub obtentu compensationis debiti ex alia causa *restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Ergo ait, agenti ex causa commodati compensationem opponi non posse. Id vero Accursius in hunc modum accipit, si debitum, cuius compensatio allegatur, non sit certum, & liquidum. verum quidem est, debiti non liquidi compensationem non fieri, *l. vlt. inf. de compensat.* Sed vnde hoc colligit Accursius in specie L. vlt. debitum non fuisse liquidum? An id colligit ex his verbis, *prætextu debiti?* quia ex aliis non potest, quasi autem significetur his

verbis fictum & incertum debitum. Eadem verba, *prætextu debiti*, sunt in *l. 1. C. de nund. & l. 3 sup. ne fiscus vel respub.* vbique significant certam debiti causam, seu supponunt certam: hoc nihil est apertius. Itaque illis verbis Accursij sententia nullo modo iuuatur. L. vlt. autem non negat compensationem fieri, ratione debiti, quod compensatur; sed ratione commodati: commodati hanc esse naturam, vt petenti protinus restitui debeat, nec iure compensationis retineatur. hæc est sententia l. vlt. Hoc tamen videtur falsum. Nam excepta est sola causa depositi, *l. vlt. de compensat. l. vlt. inf. Depos.* Sunt illæ leges Iustiniani, sed ante Iustinianum idem obtinuit vt indicat Paulus *2. sentent. tit. Depositi.* In omnibus aliis actionibus compensationi locus est. Excipitur sola causa depositi: causa commodati non excepta est. Hoc plus habet depositi actio, quam cæteræ, licet sint bonæ fidei. Nam vt actiones strictæ non eodem modo omnes censentur, id est, pari iure stricto, *vt tit. de cond. ind. sup.* diximus: ita actiones bonæ fidei, bonam fidem aliæ aliis ampliorem exigunt, nec eodem iure censentur omnes, id est, æquitate pari. Bona fides est, depositum reddere: bona fides est, commodatum reddere: Hoc si non facias, non est actio famosa: Illud si non facias, actio est famosa, id est, actio commodati non famosa: depositi, est. Turpe est, depositum non reddere: turpe non est, commodatum non reddere. *Aristot. in prob. sec. 19.* Item depositorum ratio anteponitur priuilegiis, id est, prius solui oportet deposita, quam veniatur ad creditores priuilegiarios, *l. si hominem §. vlt. ff. depos.* Item chriographis depositorum non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, vel non depositæ rei, *l. in contractibus, inf. de non num. pec.* Hæc omnia sunt in deposito singularia. Denique depositum est optimæ fidei, id est, ampliorem bonam fidem exigit, quam cætera negotia. Præterea in actione commodati compensationi locum esse verum est, non tantum, si id compensetur, quod contraria actione commodati commodatarius cum quo agitur consequi potest, *l. in reb. §. vlt. commod.* sed etiam si id compensetur quod ex qualibet alia actione commodatario debetur, *l. Lucius, ff. Mand.* quæ lex ostendit, agenti commodati obiici petitionem mutuam, quod plane est compensare, *l. 1. C. rer. amot.* Conclusio igitur hæc sit. In actione cõmodati locum esse cõpensationi, sicut in cæteris: exceptam esse solam actionem depositi. Quid igitur dicendum ad legem vlt. huius tituli? Ego nunquam cogitaui in l. vlt. pro, *commodati*, esse legendum, *commendati*, quod titulus non permittit, sed dixi hanc legem esse notandam quasi Triboniani & cæterorum compositorum erratum, in quorum manus incidit hæc constitutio corrupte habens, *commodati*, pro, *commendati*. Et ideo non animaduerso mendo eam sub hoc titulo posuerunt, quam mendo sublato debuerunt ponere sub *tit. Depos.* In quo etiam tit. sunt duæ leges eorundem Imperatorum de commendato, *l. 6. & 9.* in quibus quidam codices perperam etiam habebant commodatas, pro commendatas. commendatum nil est aliud quam depositum. *Ambr. lib. de Tobia cap. 21. Cõmendatum est depositum quod custodiatur causa alicuius commissi. Isidorus 5. Depositum est pignus commendatum ad tempus, quasi diu positum.* Nil igitur in hac lege muto, quia titulus non patitur: nil muto, quia locum non commuto. Errorem Triboniani, & prauam collocationem indico. Altera quæstio est, quid veniat in actionem commodati, vtrum dolus, an & culpa, & omne periculum? id est, damnum fatale, casus fortuitus. Idem quæri solet de omnibus contractibus, & nos specialiter etiam in singulis de ea tractabimus. Contractibus aliis inest tantum doli præstatio, vt deposito & precario propriis rationibus quas mitto. In his duobus contractibus dolus tantum præstatur: aliis vero contractibus inest præstatio doli, & culpæ, vt mandato, commodato, pignore, vendito, locato; Item doti, tutelæ gesto, societati, rerum communioni. In his contractibus venit dolus & culpa: imo in his contractibus quidam exigunt etiam diligentiam. Hoc additur in *l. contractus, ff. de diu. reg. iur.* vbi diligentia plus significat, quam custodia. Nam diligentia illo loco est plenissima custodia, exactissima diligentia, quod etiam alij loci confirmant, *l. 2. de peric. & com. rei vend. l. si vt certo §. custodiam, ff. commod. l. 6. de adminisi. rer. ad ciuit. pert. l. cum res §. pert. de loc.* Addendum etiam, dolo opponi bonam fidem; culpæ autem custodiam & diligentiam. Culpa autem nil aliud est quam negligentia & desidia. Et quot sunt diligentiæ gradus, consequenter tot etiam sunt culpæ, id est, negligentiæ. Est diligentia quædam vehementissima, vel quasi diligentiæ redundantia, & delatoria curiositas, *l. 6. ff. de iur. & fact. ignor.* Ex aduerso est culpa leuissima, *l. in l. Aquilia, ff. ad l. Aquil. l. homo lib. §. 1. ff. de acq. rer. dom.* Est diligentia quædam media: & ex aduerso culpa leuis. Est diligentia quædam minima & pene nulla: & ex aduerso, culpa lata seu latior, quæ dolo comparatur: quam præstant qui & dolum præstant, *l. quod Nerua, ff. depos.* quæ l. proprie pertinet ad tit. *de mag. conu.* id est, ad actionem in factum qua tenentur magistratus municipales ob dolum & culpam. & ei est coniungenda *l. 11. ff. de probat. & l. in magistratus, ff. de magist. conuen.* Diximus inter eos contractus qui supra enumerati sunt quosdam exigere diligentiam exactissimam. scilicet hi sunt quatuor, commodatum, mandatum, tutela, gestum. Ergo in his quatuor contractibus leuissima culpa præstatur; quia exigitur vehementissima diligentia, id est, diligentissimi patrisf. diligentia in seruando commodato & exequendo mandato, aut negotio alieno gerendo, & in tutela gerenda. In aliis contractibus præstatur tantum leuis & media culpa, excepto deposito & precario, in quibus dolus tantum præstatur, & culpa dolo proxima, id est, lata, nimia, dissoluta. In omnibus contractibus præstatur dolus & lata culpa, in nullis præstatur periculum, id est, fatum, nisi ita conuenerit, *l. 1. hic.* Commodatarius non præstat periculum, nisi ea lege rem vtendam acceperit, aut nisi res æstimatæ sint datæ: æstimatio periculum facit accipientis. Ideo re perempta vi maiore, debet æstimationem præstare, quia & tacite id conuenisse videtur æstimatione, *l. si vt certo §. commodatum, ff. commod.*



AD TITVLVM XXIV.

De pigneratitia actione.

Ad l. I. II. & III.

L. 1. Fructus ex pignore percepti imputantur in sortem: & si sufficiant ad totum debitum, soluitur actio, & redditur pignus. Quod si fructus debitum excedant, superflui redduntur, videlicet mota actione pigneratitia. PP. Idib. Octobr. Apro & Maximo Conss.

L. 2. Quod ex operis ancillæ, vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: debiti quantitatem releuabit. Dat. Cal. Octobr. Antonino 5. & Alexandro Conss.

L. 3. Creditor, qui prædium pignori nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare necesse habet. & si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneratitia

actione obligatur. PP. 6. Id. Decemb. Antonino 5. & Alexandro Conss.



PIgnus aut re constituitur, aut pacto, *l. 1. ff. de pign. act.* Quod re constituitur, pignus depositum dicitur, apud creditorem scilicet, *l. seruus cuiusdam, ff. de cond. indeb.* Pignori deponi, inquit., & apud Paulum 2. *lib. Sent. t. 4. de commodato & pignore deposito. & tit. 5. pignus depositum.* & libro 5. *Sentent. tit. 26.* dicitur etiam poni, in *d. l. seruus, & l. petenti, ff. de pignerat. act.* & supponi in *l. creditor 2. hic.* & opponi ab alijs auctoribus. *Iuuenalis Satyra 11. Lancibus oppositis*: id est, pignori datis. Pignus autem quod pacto constituitur, non deponitur, & hypotheca dicitur proprie: Ex eo autem pacto nascitur obligatio contra regulam iuris, sed excipitur pactum, quod iure ciuili vel honorario confirmatur. Hoc pactum de pignore iure honorario confirmatur, *l. si tibi §. 1. ff. de pact.* Et ideo recte in *l. maior, j. de pig. pactum*, inquit, *vel iurisdictio obligationem constituit*, quasi diceret, pactum de pignore non vi sua, sed ex iurisdictione, id est, edicto prætoris obligationem parit. sic dicendum de lege contractus, id est, de pacto contractui addito ex continenti: Pactum scilicet vel contractus obligationem parit: hypotheca iure prætorio constituitur, & ideo nulla est hypotheca, si eius persecutio a prætore denegetur, cum tamen vsusfructus iure ciuili constitutus maneat, etiamsi eius persecutio a prætore denegetur, *l. 27. ff. de nox. act.* De vtroque autem genere pignoris competit actio pigneratitia seu hypothecaria, quæ est in rem. Pragmatici pessime censent, eam esse in personam. inde existunt multæ iniuriæ in foro. Hypothecaria actio est in rem, *l. pignoris, j. de pignor.* Et ne quis hoc calumnietur, personam non obligat, *l. 2. inf. si vnus ex pluribus, &c.* De hoc autem genere pignoris, id est, de hypotheca & de actione hypothecaria non agitur in hoc titulo: sed de pignore quod re & traditione constituitur, & de alia actione pigneratitia, quæ est in personam, cum illa sit in rem, quæ dicitur hypothecaria, atque etiam pigneratitia. Et ita duplex est pigneratitia, vna in rem, altera in personam, de qua est hic titulus. Sunt & aliæ differentiæ. Ea de qua hic agitur, est bonæ fidei: illa est stricta: hæc est ciuilis, illa est prætoria: hæc datur debitori pignoris recipiendi causa, illa datur creditori pignoris vindicandi causa. Rursus, hæc soluta demum pecunia omni nascitur: illa soluta pecunia perimitur. Item hæc appellatur pigneratitia semper, hypothecaria nunquam: illa & pigneratitia & hypothecaria dicitur, quia competit de vtroque genere pignoris. Præterea hæc de qua est hic titulus, hoc vnum dumtaxat nomen habet, & vocatur pigneratitia: illa dicitur & pigneratitia & hypothecaria, & Seruiana, & vtilis Seruiana, & quasi Seruiana, *l. 16. de pig.* Pignus igitur de quo hic agitur, ita definiamus. Pignus est contractus quo quid creditori obligatur translata possessione, vt in ea causa sit, quoad debitum exsoluatur. Contractus est, *l. contractus, ff. de reg. iur. l. 1. in fi. ff. de pact.* qui transfert possessionem pignoris, *l. cum & sortis §. vlt. de pig. act.* soluta omni pecunia redditur debitori per hanc actionem pigneratitiam, *l. si rem §. omnis, ff. eod.* Hypotheca est etiam pignus, sed pactum, non contractus. eius possessio non transit in creditorem. Fiducia item est pignus, sed eius dominium transit in creditorem: cum pignoris non transeat in creditorem, nisi sola possessio. Arra etiam est pignus: sed eius quoque dominium in accipientem transit, non sola possessio, & plerumque imputatur arra in pretium, *l. vlt. ff. de lege commiss.* Inde *Isidorus in 5. Arra*, inquit, *non auferenda, sed complenda est. Vnde qui habet arram, non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem.* Pignus vero in debitum non imputatur, sed soluenda est integra pecunia, tum deinde redditur integrum pignus. At de fructibus pignoris videamus, an in debitum imputentur, hæc enim est prima quæstio huius tit. Et placet fructus pignoris imputari in sortem debitam, vel in vsuras si quæ debentur, non tantum, inquam, perceptos fructus sed etiam percipiendos, *l. 1. inf. de distr. pig. l. creditor, & l. vlt. hoc tit.* Et hæc est sentētia *l. 1. hic.* quæ desideratur. Haloander inscriptionem & subscriptionem restituit, sententiam restituam *ex lib. 25. Basil. tit. 1.* quæ etiam extat apud Harmenopulum *lib. 3. Epitom. tit. 5.* Hæc autem est breuis, vt fructus ex pignore percepti imputentur in sortem debitam, & si adæquauerint sortem, vt dissoluatur obligatio, & pignus reddatur. Quod si fructus superent debitum, vt superflui reddantur, nihil est præterea in l. 1. Similiter idem est proditum in *l. 2.* quam vulgo faciunt 1. de oper. ancillæ pig. depositæ, vt sorti imputentur, vel consumant, si tanti sint. Idem de pensionibus ædium pignori depositarum. Rursus idem de fructibus traditur in *l. 3.* quam vulgo faciunt 2. Itaque tres primæ leges huius tituli videntur esse eadem de re, id est, de iis quæ sorti imputantur, continent tamen diuersa. lex 1. est de fructibus perceptis, vt imputentur sorti, & de fructibus exsuperantibus sortem, vt reddantur. Lex 2. est de operis & pensionibus quæ accipiuntur pro fructibus, & ideo imputantur etiam, *l. prædiorum, ff. de vsur.* quæ lex est explicanda ex *l. 8. ff. de reb. auct. iud. pos.* quæ est ex eodem libro. Tertia autem lex est de fructibus percipiendis, de quibus nil est in superioribus, vt fructibus, quos creditor, percipere non curauit, etiam illi in sortem imputentur, perinde ac si percepisset. Additur etiam in tertia, vt pignore a creditore deteriore facto damni ratio habeatur in actione pigneratitia, qua de re est etiā lex *creditor 2.* His vna exceptio addēda, pignoris fructus & quæ pro fructib. habentur, imputari in sortem vel vsuras debitas, nisi aliud conuenerit, puta vt fructus vice vsurarum creditor retineat, quæ conuentio appellatur ἀντίχρησις in *l. si pecuniam, ff. de pig. act. l. si is qui bona §. 1. ff. de pign.* Finge: debes mihi certā summā, vsuras non debes, non sum eas stipulatus, nec pepigi quidquā de eis accepi pignus. si percepi fructus, minuent sortē, nisi dixeris ἀντίχρησιν factam tacite vel expressim. Nam iure ἀντιχρήσεως fructus vsurarum vice retinebo, & de hac pactione etiam agitur in *l. si ea pactione, l. si ea lege, l. ex prædijs, inf. de vsur. l. seruus, inf. quod cum eo.* & Nouel. 32. Vbi ostenditur cum agricola non licere facere ἀντίχρησιν, vt fructus cedant vsurarum vice, cum scilicet pignus accipitur a rusticis. cum eis facta ἀντίχρησις non valet. Ex hac autem pactione ait Martianus in *d. l. si is qui*, creditori solere dari actionem in factum. Itaque dici solet de lege emptionis, ex ea dari actionem in factum præscriptis verbis. Sed sicut etiam datur actio ex empto, nec necessaria est actio præscriptis verbis: Ita potest recte tentari ex ἀντιχρήσει creditori dari pigneratitiam actionē, quod Azo tradidit. Nam & debitori de antichrisi pigneratitia datur, *d. l. si pecuniam.* A pigneratitia actione recte argumentamur ad hypothecariam, *l. 1. si aliena res pig. data sit.* Quo argumento ostendo, re aliena pignori data creditori, dari hypothecariam in debitorem vel extraneum possessorem: Nam & debitori datur pigneratitia, *l. si rem alienam §. 1. l. si pign. §. si prædo, ff. de pignor. act.* Addendum pacta antichrisi, & postea facta oblatione sortis a debitore, ex eo tempore fructus antichriseos imputari in sortem. Et hanc esse sententiam *leg. ex præd. inf. de vsur.* Cæterum percepti ante moram creditoris, id est, ante oblationem debitoris cedunt creditori vsurarum vice, vi pactionis, nec sortem minuunt. Id etiam non est omittendum, antichrisin fieri

tacite, vel expressim, quæ sententia est *l. cum deb. D. in quib. caus.* Quidam hoc non intelligens sensit in *d. l. cum deb.* esse addendam negationem, quod non tradidisset, si inspexisset titulum sub quo illa lex est posita: Nam tit. ostendit in *l. cum debitor*, poni exemplum taciti pignoris, id est, tacitæ ἀντιχρήσεως. Finge: pecuniam credidi gratuitam, id est, sine vsuris, nulla vsurarum mentione facta, & domum accepi pignori. Id videtur actum, vt domum mihi traditam possim inhabitare, & ea vti, eamque locare, nec reputabo hunc fructum in sortem, sed mihi retinebo vsurarum vice, & ita tacite contrahitur antichrisis. Idem est si agrum traditum pignori accepero. Nam id actum videtur, vt fructus capiam, & mihi habeam quoad pecunia soluatur. Hoc ea l. addit, me fructus retenturum ad legitimum modum vsurarum, non vltra modum: quod erit vltra, veniet in actionem pigneratitiam. Dices, quid prodest nominatim pacisci antichrisin, si tacite videtur pacta? vt scilicet fructus capiantur vice vsurarum, etiam supra modum. quæ pactio admittitur propter incertum fructum euentum. Et ideo si hoc anno fructuum emolumentum excedat vsurarum modum, non ideo minus omnes retinebuntur: quia fieri potest vt sequenti anno paucissimi fructus colligantur. itaque ea pactio admittitur, *l. si ea leg. inf. de vsur.* At tacita antichrisis non excedit modum vsurarum. Dices etiam, creditor non potest vti pignore: furtum facit si eo vtatur, *l. si de pig. D. de fur.* Id non est semper verum. Nam potest vti pignore ex pactione, imo & sine pactione, vt si ager pignori ponatur, etiamsi nil dictum sit, potest fructus percipere. Imo si non percipiat, tenetur. Idem in ædibus, vt eas possit inhabitare, & locare, & ita vtifrui. Cæterum si vestis detur pignori, eam non potest vsu deterere: Et ita si vtatur, furtum faciet. Summa est. Quoties vsu rem deteriorem facit, furti tenetur, alioqui tantum abest, vt non possit vti frui, vt ei imputetur si non vtatur fruatur re pignori data.

Ad legem IV.

Pactum vulgare, quod proposuistis, vt si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, pignori vel hypothecæ data vendere liceret: non adimit debitori aduersus creditorem pigneratitiam actionem.

IN hac lege 4. hoc ostenditur: si id actum sit lege pignoris, vt si ad diem pecunia soluta non sit, creditori liceat pignus distrahere, hoc pacto non adimi debitori actionem pigneratitiam aduersus creditorem, quia siue creditor pignus non vendiderit, debitori post diem soluta pecunia integra est act. pigneratitia, vt creditor sibi pignus reddat, siue vendiderit, vt reddat, quod pluris vendiderit. Nam illa lege hoc non agitur vt creditor oblatam pecuniam recipere non cogatur, vel vt pignoris distracti pretium sibi habeat pro solido, sed vel vt soluatur pecunia, vel pignus communi iure distrahatur. Eadem est ratio huius pacti, si ad diem pecunia soluta non sit, se creditori pignore cessurum, vel se pignus in solutum daturũ. Nam etiamsi ita conuenerit, debitor post diem potest offerre pecuniam, & agere pigneratitia, nec cogitur pignus cedere vel dare in solutũ, paratus si sit soluere pecuniam, *l. 1. inf. de pact. pig. l. quamuis, ff. de sol.* Longe alia est ratio huius pacti quod sequitur, si ad diem pecunia soluta non sit, vt emptionis iure pignus creditor possideat, iusto pretio ęstimandum: Nam hoc casu post diem debitori non est integrum offerre pecuniam & pigneratitia agere, quia existit conditio emptionis, cum non soluit ad diem. Fuit ab initio contracta ac perfecta conditionalis venditio. Venditio solo consensu perficitur. Fuit autem perfecta maxime cum conditio existit, quæ retrotrahitur. Cessio autem vel datio in solutum non perficitur solo consensu: nam hæc perficiuntur traditione, quæ antequam interuenerit, debitori est integrum, pecuniam offerre, nec cedere cogitur, vel in solutum dare. At non est res integra, si sub conditione vendiderit, & exstiterit conditio. Ideo post conditionem offerendo pecuniam nil agit, *l. si fundus §. vlt. ff. de pign. l. Titius, ff. de pign. act.* At quid dicemus si ita conuenerit, vt si ad diem pecunia non solueretur, creditor pignoris dominium obtineret? Hæc pactio dicitur fiducia, & lex commissoria, quæ quidem lex valet in venditionibus; puta vt ad diem pretio non soluto, res fiat inempta, & committatur venditori; quanquam ea lex etiam in venditionibus non valde placebat Imp. Anton. *l. Æmyl. ff. de minor.* De ea intellexit Cicer. in lib. 12. ad Att. loquens de Castris. Quod ait, *si actum est vt ipse mancipia abducat*: lex commissoria dat ius venditori abducendæ rei venditæ, pretio ad diem non soluto, At in pignoribus hæc lex dominium pignoris creditori non adimit, *l. vlt. de pact. pignor.* Hoc igitur pacto non adimitur debitori actio pigneratitia. Itaque post diem integrum est ei soluere & agere pigneratitia pignoris recipiendi causa.

Ad legem V. VI. VII. VIII. IX.

L. 5. Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur. Sed si culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet.

L. 6. Quæ fortuitis casibus accidunt, cum præuideri non potuerint (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonæ fidei iudicio præstantur: & ideo creditor pignora quæ huiusmodi casu interierint, præstare non compellitur: nec a petitione debiti submouetur, nisi inter contrahentes placuerit, vt amissio pignorum liberet debitorem.

L. 7. Creditor qui fundos & domos pignori vel hypothecæ accepit, damnum in decidendis arboribus, domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, vt talem restituat, qualis fuerit tempore obligationis. Creditori necessarios sumptus, quos circa res pigneratitias fecit exigere non prohibetur.

L. 8. Si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius non pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eadem pignora, (vt adseueras) a parte diuersa possidentur: aduersus eum experiri potes.

L. 9. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. Cum igitur adseueras in horreis pignora deposita; consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus (si tamen in horreis quibus & alij solebant publice vti, res depositæ sint) personalem actionẽ debiti reposcendi causa integram te habere.

QVæstio hæc est, vtrum in actionem pigneratitiam veniat dolus, an culpa, & omne periculum? quod de singulis contractibus quæri potest. Periculum quidem in actionem pigneratitiam non venit, nisi ita conuenerit, *l. 6. 8. & 9. hic.* Et ideo, si creditor posuerit pignora in horreis, in quibus solebant & reliqui ciues suas res recondere, & horrea forte deciderint aut combusta sint, pignora pereunt debitori, nec creditori ideo perit actio creditæ pecuniæ. rursus creditor non tenetur pigneratitia, quia non præstat periculum seu casum maiorem. Sunt varia exempla casuum, vt impetus hostium, aggressura latronum, l. 6. insolitæ niues, incendium, naufragium, & generaliter, quæ prouideri non possunt, & quæ fiunt vi quadam diuina.

na. Hæc creditor non præstat nisi ita conuenerit. dolus & culpa veniunt in pigneratitiam actionem, leuis, non leuissima, *l. contractus, de reg. iur. l.* 8. hic. casum periculi seu amissionis rei pigneratæ creditor probare debet, qui eum allegat, *l. 5. itemque, quis ex argentarijs*, §. *vlt. de ed.* Male in eandem rem affertur ab Accursio, *l. sicut, de fi. instrum.* Probare autem debet casum creditor manifestis rationibus, *l.* 5. nec satis est, si iuret se casu amisisse pignora, nisi in re dubia sit ei delatum iusiurandum ab aduersario aut a iudice, quanquam petita productione instrumenti semel producti & probati, satis est si quis paratus sit iurare se instrumentum illud amisisse, *l. vlt. de fid. instrum.* nec ei incumbit onus aliarum probationum implendarum. Satis est ex ea l. si se iurare paratum dicat. Interdum creditor casum non allegat, sed debitor allegat dolum B vel culpam, & tum a debitore exigitur probatio, quod tentat Accursius hac *l.* 5. vel etiam ex vtraque parte implentur probationes. Ex vna quidem parte de casu fortuito: ex altera de dolo vel culpa: Et iudex potioribus fidem adhibet. Id sæpe accidit in litibus, vt ex vtraque parte impleantur probationes, *l. fallaciter, de abolit. Nou.* 36. Diximus in actionem pigneratitiam non venire culpam leuissimam. Obstat *l. si cum venderet* §. *vlt. de pigner. act.* quæ ait, vt in commodato, in pignore venire dolum & culpam & custodiam, quod etiam adiicitur in *l. sicut, de pignor.* At in commodato venit culpa leuissima, vt diximus in tit. sup. Ergo videtur etiam in pignore venire. Sed hoc non est admittendum. Fateor quidem in pignore venire C dolum & culpam, vt in commodato. Nego tamen in pignore venire leuissimam culpam vt in commodato. A commodatario ea exiguntur quæ paterfamil. diligentissimus ac accuratissimus solet præstare, *l. in rebus, commod. l. 1.* §. *is quoque, de oblig. & act.* A creditore autem ea exiguntur quæ diligens paterfamil. solet præstare. Ita loquitur *l. ea igitur, & l. si pign.* §. *vlt. ff. de pigner. act.* §. *vlt. Instit. quibus mod. re contr. oblig.* Igitur in vtroque iudicio, commodati, & pigneratitio culpa venit, sed non eodem in vtroque modo æstimatur. Illud non est omittendum ex *d. l. 7. hic*, duplicem esse actionem pigneratitiam: directam & contrariam. Directa competit debitori pignoris recipiendi causa, in qua id etiam venit, quo D res facta est deterior dolo aut culpa creditoris, id est, in ea actione huius damni ratio habetur. Non dicit l. 7. damni cum debito compensationem fieri, sed damnum in rationem deduci, id est, in pigneratitium iudicium, *l. 3. sup.* Et male in quibusdam codicibus additur, debiti, quod est delendum; simpliciter enim legendum, *damnum in rationem deducere*, &c. Sic in Bas. Denique eadem l. 7. quod dixit in rationem deduci, mox ita exponit, vt si dolo vel culpa creditoris res pignerata deterior sit facta, eo nomine teneatur creditor actione pigneratitia. Est igitur hoc quod ait, *et si dolo vel cul.* &c. quo loco Accurs. notat aliter legi, *etsi non dolo.* est etiam ea negatio apud Harmen. *lib. 3. tit. 5.* καὶ ἐὰν μὴ κατὰ δόλον. Verum non est in exemplari E regio, & recte. Quodcunque enim contingit non culpa aut dolo creditoris, eo nomine non competit actio pigneratitia. Contrarium tradit lex 7. si eam negationem addas. Contraria autem actio pigneratitia datur creditori, qua repetit necessarias impensas, vt refectionis, aut curationis, si quæ factæ sint in rem pigneratam, *d. l. 7. infr.* Et ille vnus est hic locus de contraria actione pign. Idem ostenditur in *l. si necessarias, ff. eod.* Competit etiam contraria ex alijs causis in id quod interest, vt si debitor sciens æs pro auro pignori posuerit, vel si rem alienam sciens aut alij obligatam, *l. 1. infr. & l. tutor* §. *contrariam, eod.* Et generaliter si debitor in re pignerata malitiose versatus sit, l. 3. & l. 9. in prin. & (vt aliquid in vniuersum tradamus de

A contrariis actionibus) sciendum est contractum esse negotium ex quo mutua obligatio & actio nascitur. Ergo ex contractu nascitur actio vltro citroque, id est, vtroque ex latere. At hæc actio vel est ex vtroque latere directa: vt in emptione, & venditione, ex empto est directa, ex vendito item. & ex locatione & conductione. Nam ex locato est directa: item ex conducto. item in societate, actio pro socio, vtraque ex parte est directa, §. *ex quibusdam, Inst. de pœn. tem. lit.* vel ex vno latere est directa, ex altero contraria, vt in commodato, pignore, deposito, mandato, gesto, tutela. Nam commodator, debitor, depositor, mandator, dominus negotiorum, pupillus, habent actiones directas commodati, pigneratitiam, & similes. At commodatarius, creditor, depositarius, mandatarius, gestor, tutor habent contrarias: quæ sic dicuntur, quod dantur illis ex diuerso & econtrario, *l. 2. & vlt. D. de negot. gest.* Qua ratione etiam actio negatoria de seruitutibus dicitur contraria in *l. sicut in prin. D. si seruit. vindic.* vocant Græci ἀνθέξεως τῆς ἀρνήσεως. Verum cur hoc tam varie? cur in quibusdam contractibus sunt actiones aliæ directæ, aliæ contrariæ, in aliis non item? Directæ actiones vocantur quasi principales. Sic vocantur in *l. in commodato* §. *1. ff. comm.* vnde etiam directo & principaliter pro eodem, *l. vlt. de legat. 3.* §. *vlt. Inst. quod cum eo.* Et actio in rem collata cum actione ad exhibendum appellatur directa, id est, principalis. Ad exhibendum actio est præparatoria, & ita appellatur in *l. 3.* §. *ib. l. si quis hom. ff. ad exh. l. 1. inf. de crim. expil. her.* Et nomine principali, id est, directo, legati iure, non fideicommissi, *l. 8. C. Theod. de his qui contra leg. contendunt.* quia commodatarius, mandatarius, depositarius, creditor, gestor, tutor, principaliter & multo pluribus de causis tenentur quam commodator, vel depositor, & reliqui, ideo actiones quæ in illos dantur, dicuntur directæ & principales: nam actionibus contrariis in his negotiis de indemnitate tantum agitur, & indemnitati tantum consulitur. Qua ratione non etiam sunt famosæ, vt tutelæ, mandati, depositi, directæ, quæ sunt famosæ, at non contrariæ, & in eis etiam in litem non iuratur, in directis iuratur, *l. furti in fi. ff. de his qui not. inf. l. & apud quem, depos.* At pro socio actio vel empti vel venditi vtrinque est directa, quia in his contractibus contrahentium par est conditio, æquæ sunt partes, id est, eisdem fere modis & nominibus nec multo pluribus aut paucioribus vnus quam alter obligatur. sic actio pro socio vtrinque est principalis: & actio ex venditione. actio pro socio vtrinque est famosa. Quidam putant contrarias actiones dici vtiles, & mouentur argumento contrariæ actionis tutelæ, quam dicunt vocari vtilem in *tit. de cont. tutelæ & vt. act.* Id tamen est reiiciendum: Nam in eo tit. duæ proponuntur actiones non vna: vna enim est contraria tutelæ, quæ opponitur actioni directæ tutelæ, vel actioni de rationibus distrahendis: Altera est contraria vtilis, quæ opponitur vtili actioni curationis causa. Nam de curatione quæ competit actio, dicitur vtilis negotiorum gestorum, & habet suam contrariam vtilem, *vt in tit. de tut. & rat. distr. & vti. cur. caus.* Hic tit. est de directis. Alter vero titulus de contraria tutelæ & vtili actione est de duabus contrariis actionibus, quarum vna datur in pupillum, altera in adolescentem, vel in eum cuius curatio administrata est.

Ad legem X. XI. XII.

L. 10. Nec creditores, nec qui his successerunt, aduersus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata &

conſignata & depoſita longi temporis præſcriptione muniri poſſunt: vnde intelligis, quod ſi originem rei probare potes, aduerſario tenente vindicare dominium debes. Vt autem creditor pignoris defenſione ſe tueri poſſit, extorquetur ei neceſſitas probandi debiti, vel, ſi tu teneas, per vindicationem pignoris, hoc idem inducitur, & tibi non erit difficilis, vel ſolutione, vel oblatione atque ſolemni depoſitione pignoris liberatio.

L. 11. Pignoris cauſa res obligatas, ſoluto debito reſtituere debere, pigneratitiæ actionis natura declarat, quo iure, ſi titulo pignoris legaſti mancipia, per eandem actionem vti potes: nec creditor citra conuentionem vel præſidialem iuſsionem debiti cauſa res debitoris arbitrio ſuo auferre poteſt.

L. 12. Quo minus fructuum, quos crediior ex rebus obligatis accepit, habita ratione ac reſiduo debito ſoluto, vel ſi per creditorem factum fuerit, quo minus ſolueretur, [oblato & conſignato, & depoſito] pignora, quæ in eadem cauſa durant, reſtituat debitori: nullo ſpatio longi temporis defenditur.

ACtio pigneratitia naſcitur ſoluto debito; & datur non tantum de pignore, ſed etiam de hypotheca, cuius poſſeſſionem creditor nactus eſt, actione Seruiana. Ideoque ait *l. 4. & 7.* pignori vel hypothecæ. Nunquam vero dicitur hypothecaria. Et illa hypotheca, cuius poſſeſſio ad creditorem peruenit, cauſam pignoris traditi habet. Datur autem hæc actio pigneratitia poſſeſſionis recipiendæ cauſa: quam non poteſt debitor ſua auctoritate licet dominus ſit occupare, ſicut e contrario creditor rem debitoris pro debito auferre non poteſt, niſi ex lege hypothecæ, & auctoritate præſidis, *l. pen. hic.* Duo exigimus; pactionem, id eſt, legem hypothecæ, & præſidis auctoritatem, *l. 3. J. de pig.* Et ideo in *l. pen. hic*, Græci legunt *citra conuentionem & præſidialem iuſsionem*: quanquam & ſola præſidis iuſſio aliquando ſufficiat: verbi gratia, pignore in cauſam iudicati capto. Nec iis quæ diximus obſtat *l. vtique, ff. de damn. inf. & l. pen. ff. in quibus cauſ. pig. contrah.* Nam illæ leges non loquuntur de ablatione, ſed de retentione nominatim. Hypothecam illatam in ædes meas poſſum retinere; & ita quæ inuexit inquilinus in meas ædes ſi non ſoluat penſionem retineo, & recte præcludo. Ex debitoris ædibus hypothecam auferre & abducere arbitrio meo non poſſum. Eſt neceſſaria præſidis auctoritas & actio Seruiana. Notandum etiam ex *l. vlt, hic.* pigneratitiam actionem dari non tantum ſoluta pecunia, ſed & ſi per creditorem ſit factum quo minus ſolueretur: quæ verba ſunt edicti de pigneratitia actione, vt ait *l. vlt. de luit. pign. l. acceptam, de vſur.* Qualia verba ſint in edicto de conſtituta pecunia, *l. ſi duo §. ait præt. ff. de conſt. pec.* Et videntur ea verba in edictis fuiſſe tranſlatitia. Videtur etiam edicto de pigneratitia actione nominatim cautum, vt periculum pignoris ſpectet debitorem. hoc ſignificat *l. 9.* in qua ius perpetuum ſignificat edictum perpetuum, vt in *l. 5. J. de appel.* Quod etiam dicitur forma perpetua, *l. 1. J. vbi pet. tut.* & iuriſdictio perpetua, *ſup. de reſt. mil. l. 2.* Eſt etiam notandum ex *d. l. vlt. hic.* iam natam pigneratitiam actionem vel ius luendi pignoris non tolli præſcriptione longi temporis, id eſt, decennio inter præſentes, vel vicennio inter abſentes. Nondum erat inuenta præſcriptio tricennij, nunc ea inuenta ab Imp. Theodoſio & in rempublicam introducta, quæſtio eſt an luitio pignoris tollatur præſcriptione tricennij, id eſt, is qui ceſſauit per 30. annos in ſoluendo debito, an poſt 30. annos admittatur ad luitionem pignoris? & placet Roger. ſententia in dial. de præſc. vt luitio pignoris non tollatur tricennij præſcriptione: Nam quod dicitur ius omne tolli ea præſcriptione, *l. omnes, J. de præſc. 30. ann.* id eſt accipiendum de iure actionis, non de iure luitionis ſiue reluitionis. Pigneratitia actio non poteſt tolli antequam inceperit: atqui non incipit, antequam debitor pignus luat, & repigneret. Pigneratitia actio has habet conditiones, ſi eſt ſoluta pecunia aut ſatisfactum; quibus exiſtentibus exiſtit & ipſa, quibus ceſſantibus ceſſat & ipſa. Nec recte quis dixerit eam tolli præſcriptione tricennij, quod cum debitor potuerit pignus luere & ita ſibi parere actionem pigneratitiam, id omiſerit & ceſſauerit per annos 30. Nam & filiofamil. ideo non obſtat præſcriptio temporis longiſſimi, quod actionem ſuam non inſtituerit, cum tamen id a patre facile impetrare potuerit, *l. 1. §. vlt. J. de annali præſcr. Nouell. 22. de ſecund. nupt.* in eo §. quo diſputat de lucris nupt. Debitori igitur non debet etiam obſtare præſcriptio longiſſimi temporis, quod interim non ſoluerit; nec enim ſolutio debiti facilis eſt. Et hanc Rogerij ſenten. ſequitur Harmenopulus *lib. 3. tit. 5.* dum ait, creditorem vel heredem eius præſcriptione longi temporis ſe tueri non poſſe quo minus ſoluta pecunia pignus reddat. Et adiicit, id eſt, tricennio, augens ſignificationem longi temporis. quod male quidam latine ita vertunt. At tricennio poteſt, quod eſt contra Rogerium. Verum ita Græce eſt, hoc eſt tricennio. Sic igitur concludamus: ſemel natam pigneratitiam actionem ſoluta pecunia debita non inficiamur eam tolli tricennio, quia omnis actio perſonalis tollitur tricennio. Ius offerendi & ſoluendi debiti reluendique pignoris tricennio non tollitur. Cui datur pigneratitia vel ius luendi pignoris, ei etiam certum eſt vindicationem dari: de qua nunc videamus. Conſtat eam quoque non tolli præſcriptione longi temporis, id eſt, decem vel 20. quod eſt in *l. 10. hic.* Addamus etiam tricennio eam non tolli, quia creditor pignus depoſitum pro alieno poſſidet, non pro ſuo. Itaque non poteſt iuuari vſucapione vel præſcriptione temporis. ita recte Accurſ. in *l. pignori, de vſur. & vſuc.* qua ratione etiam conductor aduerſus dominum agentem in rem, non poteſt ſe tueri poſſeſſione 30. vel 40. annorum *l. 2. de præſcrip. 30. an.* Eadem ratione nec creditor ſe tuebitur aduerſus vindicantē dominum. Et ſane creditoris poſſeſſio, quæ prodeſt creditori ad præſcriptionem *l. 7. §. ſed cum illud, inf. de præſ. 30. an.* ei nocere non debet, quo minus in rem agat vel rem ipſam luat. vt autem additur in *l.* 10. debitor qui rem vindicat a creditore omiſſa pigneratitia actione, debet probare rei originem, id eſt, auctoritatem & dominium. quod Accurſ. non intellexit. Sic origo accipitur in *l. inſtrumenta inf. de fideicom.* & apud Tertul in lib. de præſcript. *Habeo*, inquit, *origines firmas.* Origo eſt verbum iuris, quo ſignificatur titulus dominij. Si igitur debitor vindicet rem a creditore, debet probare originem. Contra creditor debet probare ſortis & pignoris obligationem, ſeu cum eo in rem agatur, ſeu ipſe agat hypothecaria. quo impleto, id eſt, probata obligatione, econtrario a debitore exigitur probatio ſolutionis, vt vincat, vel ſolutio præſens aut obligatio, depoſitio, & oblatio. Et hoc eſt quod continetur in *l. 10.* Ex qua apparet eam legem non loqui de pigneratitia actione, ſed de vindicatione & hypothecaria. Loquitur tamen de exceptione pigneratitia, dum vindicanti debitori creditor opponit cauſam pignoris. pigneratitia igitur exceptio eſt, ſi agenti in rem creditor obiiciat cauſam pignoris; ita appellatur in *l. ſi quis putans §. Idem ſcribit, ff. comm. diuid.* Notandum ex *d. l. 10.* pignus ſolui non tantum ſoluto debito, ſed eo etiam oblato & depoſito: Nam hæc ipſa oblatio & depoſitio ſolutio eſt. Sic appellatur in *l. 9. infra de ſolut.* Debet autem debitum offerri præſentibus teſtibus, congruo loco & tempore. Deponi in æde ſacra, vel in vrbis tabulario, vel vbi iudex arbitratus fuerit, ſacculo obſignato ſignatorum ſignis, *l. vlt.*

vlt. ff. de lege commiss. d. l. acceptum, *ȷ̈. de vsur.* Debitor autem facta eo modo depositione liberatur: pignus liberatur, inhibetur personalis actio, inhibetur hypothecaria, inhibentur vsuræ, inhibetur venditio rei pigneratæ: pecuniæ depositæ periculum creditorem spectat. Hi sunt effectus oblationis & depositionis. Creditori autem datur vtilis actio depositi in æditumm, aut tabularium, aut alium quemlibet depositarium, vt sibi a debitore depositam pecuniam reddat, vel etiam datur vtilis vindicatio: aut si debitor rursus eam pecuniam receperit, inque suos vsus conuerterit, dabitur etiam creditori vtilis in personam vel hypothecaria, *l. 2. l. si creditores, & d. l. acceptam.* Debet debitor in oblatione & depositione quam fecit perseuerare, *l. si ita quis §. Seia, ff. de verb. obligat.* alioqui creditori actiones restituuntur. Cæterum duo omnino exigimus, oblationem, & consignationem siue depositionem solemnem. Nam sola depositio non sufficit, nisi peregre creditor abfuerit, vt non potuerit ei offerri, *d. l. si creditrici.* Sola etiam oblatio non sufficit, etiamsi fiat congruo loco & tempore, vt scilicet debitor liberetur, & pignus, & vsuræ inhibeantur. Sola oblatio non liberat personam, vel rem, nec vsuras inhibet. Sufficit tamen, vt periculum pecuniæ debitæ transeat in creditorem, etiamsi non sit deposita, quia in accipiendo fecit moram. Igitur si oblata pecunia pereat, debitor liberatur, si non pereat, non liberatur. Quod additur in *l. vlt.* oblato, consignato, & deposito, sunt interpretis cuiusdam verba. absunt ab omnibus veteribus, & sufficiunt quæ præcedunt, *si per creditorem.* &c. id est, si creditor moram fecerit in accipienda pecunia oblata & deposita.

AD TITVLVM XXV.

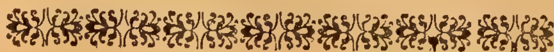
De exercit. & instit. act.



Hic titulus (vt recte Haloander concepit) institoriæ exercitoriam præponit, Idemque est ordo in Dig. nos permistim de vtraque tractabimus, cum fere per omnia sint similes. Actione exercitoria tenetur nauis exercitor ex contractu magistri, quem naui imposuit qui curam nauis mandauit, sicut institoria tenetur ex contractu institoris, qui institorem tabernæ vel negotio præposuit. Sed hæc quæ dicitur institoria, nomen habet ab eo, cuius nomine quis tenetur, illa nomen habet ab eo, cum quo agitur magistri nomine. Sed & vtraque exercitoria & institoria dici potest. Nam & qui institorem præponit, est exercitor, quia tabernam vel mensam aut aliud negotium exercet, *l. habebat §. si duo, & l. vlt. ff. de inst. act.* Et magister nauis quasi institor est, quia instat naui locandæ, vel mercibus aut vectoribus conducendis, vel mercibus aut armamentis nauium emendis, vendendisue, *l. 1. §. magistri, ff. de exercit. act.* Et duæ illæ actiones exercitoria & institoria inuicem sæpe comparantur in Pandect. *tit. de exer. act. & tit. de institor. & l. 4. hic.* hoc modo. Sicut si mulier institorem præposuerit, locum habet institoria: ita etiam si mulier magistrum naui imposuerit, locum habet actio exercitoria; nec hi casus pertinent ad Senatusconsultum Velleianum, licet illæ actiones sint accessoriæ, quoniam non videntur alieni esse contractus, sed ipsius mulieris, qui scilicet habentur cum institore aut magistro a muliere præposito. Ex aliis contractibus mulier non obligatur quasi accessio, ex Senatusconsulto Velleiano: hi non sunt alieni contractus vt dixi. Præterea ambæ actiones dantur in solidum. Item am- Cod.

A bæ referuntur ad omnes contractus, *l. 5. §. proinde, & l. nouissime, ff. de inst. act.* Vbi loquens de instito. dicit has actiones: nam est institoria ex empto, ex mutuo, ex negotiis gestis. Denique hæc actio omnibus contractibus aptatur, & multas actiones complectitur. Sic in *l. si tamen §. hæ action. ff. de exerc. act.* vbi ponitur elegans differentia inter actionem de peculio, & exercitoriam. Actio de peculio, post mortem serui aut eius venditionem non durat vltra annum: At hæ actiones, id est exercitoria, perpetuo competit in exercitorem, etsi seruus, magister, vel seruus qui nauem exercet voluntate domini, decesserit, aut alienatus fuerit. Præterea hæ actiones sunt accessoriæ: Nam principalis actio datur in institorem aut in magistrum, si liber sit, *l. 1. §. est autem, & l. si eum §. item si seruus,*
B *de exercit. act. Paulus 2. Sentent. tit. de instit.* Potest tamen etiam in exercitorem, id est, agi in eum qui præposuit, quasi in principalem. Et hoc est quod dicitur, ex his causis posse etiam ei condici directo, *l. si institorem, ff. de reb. cred. l. si quis mancipys §. vlt. ff. de inst. act.* Nunc quæret aliquis, cum hæ actiones ita inter se conueniant, & eadem nomina promiscue vsurpari possint, cur separentur, & tituli de his separati sint? quia scilicet præcipua quædam in magistris nauium sunt introducta propter vtilitatem nauigantium, quæ cessant in institoribus. Duo proponam, quorum est vnum: Exercitor non tantum ex contractu magistri tenetur, sed etiam ex eius contractu quem magister præposuit, etiamsi prohibitus fuerit alium præponere.
C quod non est admittendum in institore institoris, idque introduxit vtilitas nauigantium, *l. 1. §. magistrum, de exercit. act. ff.* Alterum est si filiusf. voluntate patris nauem exerceat, seu cum ipso seu cum institore ab eo præposito contractum sit, pater tenetur in solidum. Diuersum est, si filius voluntate patris merces peculiares exerceat: nam tunc ex eius contractu vel institoris a filio præpositi, pater non tenetur in solidum, sed vocatur in tributum, id est, tenetur actione tributoria, *l. 1. §. si is qui nauem, & §. quanquam, ff. de exercit. act. l. 3. §. si filiusf. D. Nautæ caupon. stab. Paul. 2. Sentent. tit. de exercitor.* Magistrum nauis Græci semper dicunt πιστικὸν, exercitorem autem vocant semper ναυκλῆρον, nos nautam & nauicularium. & *tit. naut. caup. stabul.* Nautæ accipiuntur pro exercitoribus, & naui-
D culariis, *l. 1. nautæ caup. stab.* Ita definitur exercitor in *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* ad quem obuentiones & reditus omnes nauis pertinent, seu dominus sit nauis, seu eam per auersionem a domino conduxit. in qua *l. 1. §. exercit.* rectissime *lib. 53. basilic. tit. 1.* Græci ἐν ὁμάδι. id est in vniuersum. Quæ de re quid esset auersio multi dixerunt. Idem illi Græci ad legem 4. §. *si per auersionem, de per. & com. rei venditæ,* auersione vendere, quod Gallice *en bloc & en tasche*, interpretantur, ἐν κότλῳ, id est, veluti alea quadam. Valentin. Imp. in *Nouel. de rel. possession.* dixit in aggere, id est, auersione, quia hæc venditio fit quasi ab auersis, id est, parum attente rem considerantibus, non subtiliter singula quæque æstimantibus, Plutar. in Isocrat. eleganter dixit, ἀθρόα τὰ φορτία πεπρᾶσθαι; cui opponit κο-
E τυλίζειν, τεμαχίζειν, id est, cum per partes singulas & vendimus, cum non fit auersio, sed fiunt rerum τέμαχοι. Gallice *en detail.* Igitur seu exercitor sit dominus nauis, seu auersione nauem conduxerit in vniuersum, est exercitor, & hac actione tenetur ex contractu magistri. Dixi eum appellari etiam nautam in eo tit. Verum alias plerunque sunt nautæ, qui nauis nauigandæ causa in naui sũt, vt remiges mesonautę. Ex eorum contractu exercitor non tenetur, sed tantũ ex suo contractu vel magistri; ex delicto tamen nautarũ tenetur. Ideo a. non tenetur ex contractu eorũ, quia non huic rei præponuntur. Item ex recepto non tenetur .i. si quid nautæ saluũ fore vectori receperint, nisi eis quid cõmitti per-

miserit. At ex eorum delicto tenetur, quia ipse eos eligit, nec debet vti opera malorum hominum. Itaque si quid deliquerint, præstat eorum factum, *tit. nautæ cap. stabul.* in quo titulo proponuntur duæ actiones in exercitorem. Vna est de recepto quæ dicitur in factum, in simplum, si quid exercitor, vel magister saluum fore receperit, vt restituat, in qua venit etiam leuissima culpa. Altera est actio in factum ex delicto nautarum & ex quasi delicto exercitoris, qui videtur quasi delinquere, quod improbis nautis vtatur. In hac actione ex delicto vel quasi delicto, quæ est in duplum, non venit factum vectorum, id est, ἐπιβατῶν: in illa de recepto venit factum vectorum, id est, si quid deliquerint vectores, exercitor non tenetur nisi recepti nomine, id est, si quid saluum fore receperit exercitores tenentur, etiamsi vectores id surripuerint. At si vectores surripuerint, quod exercitor saluum fore non recepit, exercitor non tenetur. At si id nautæ surripuerint tenetur, quia vectores non eligit ipse sicut nautas; & ideo nautarum factum præstat, non vectorum, nisi id saluum fore receperit. Ita distinctis actionibus est concilianda *l. 1. §. vlt. & l. 2. nautæ, caup. stab. cum l. 1. §. vlt. D. fur. adu. naut. caup.* Eadem etiam distinctio est adhibenda, cum quæritur, an exercitor serui nomine, qui quid surripuit in naui, teneatur actione noxali, vel an liberetur, noxæ dedendo seruum. Nam si id saluum fore receperit, cessat noxalis & tenetur in solidum, *l. 1. §. item si seruus, D. naut. caup. stab.* si non recepit saluum fore, locum habet noxalis, nec tenetur in solidum si dedere sit paratus, *l. 1. §. serui, fur. adu. naut. &c. l. vlt. §. seruorum, D. naut. caup. stabul.* Ex quo intelligitur, aliam esse rationem vectorum, quia hi non eliguntur, sed obuij quique admittuntur quos sors dat, aliam nautarum qui eliguntur iudicio exercitoris aut magistri: aliam seruorum, quibus vtimur necessario quasi malo domestico, & non eliguntur. At quæritur nunc an exercitor actione exercitoria teneatur si magister nauis mutuam pecuniam sumpserit? Constat exercitorem non teneri ex omni contractu, sed eius tantum rei nomine, cui magistrum præposuit; potest præpositioni legem dicere quam vult. Igitur si in eam rem magister qui est præpositus, mutuam pecuniam sumpserit, vt in armamenta emenda, si his emendis sit præpositus, exercitor tenetur; alioqui non tenetur si in alium vsum magister pecuniam sit mutuatus, *l. 1. §. non autem, & §. quid si mutuam, de exercit. act.* Idem locum omnino habet in actione institoria. Magister est institor, qui præponitur naui, ναυτικός. Institor autem in titulo *de instit. act.* est qui præponitur tabernæ, id est, ergasterio, vel cuilibet negotiationi, *l. 1. in princ. de exerc. act.* in l. 1. huius tit. ait, officio vel negotiationi: vbi officio, id est, officinæ seu tabernæ, non tamen tenetur ex omni causa qui exercet tabernam, sicut qui exercet nauem, sed vt ait *l. 2. hic & l. 3.* ex eius negotij causa, quæ per eum exercetur: Nam si in eam causam institor mutuam pecuniam sumpserit, proculdubio exercitor tabernæ tenebitur, non aliter, videtur permittere, vt in eam causam mutuam pecuniam sumat, cum ei eum præponit. ideo tenetur ex mutuo, alioqui non tenetur nisi de peculio vel in rem verso, si institor sit filiusfam. vel seruus, *l. 1. & 2.* Quod si mandaui specialiter libero homini vel seruo, vt mutuã pecuniam a Titio acciperet, hic mandatarius non est proprie institor, quia nec tabernæ nec certæ negotiationi præficitur, sed specialiter ei mandatur, vt mutuam pecuniam a Titio accipiat; sed est quasi institor, & ideo creditori in eum, qui mandauit, competit quasi institoria actio, *l. 5. hic.* Diximus in *l. 13. sup. si cert. pet.* Idem est, si quis specialiter alteri mandauerit, vt rem aliquam venderet: Nam hoc casu etiam emptori datur quasi institoria, si id ille mandauerit libero homini vel seruo suo, *l. vlt. hic l. Iulianus §. si procurator, de act. emp.* Si creditori iusserit vt crederet, id est, si id se velle creditori dixerit, vel etiam iusserit, vt emeret a seruo suo, tunc tenebitur actione quod iussu. At si nil illi dixerit, sed simpliciter seruum iusserit mutuam pecuniam accipere vel rem vendere, non tenetur quod iussu, sed quasi institoria in solidum.



AD TITVLVM XXVI.

Quod cum eo qui in aliena potestate est, negot. gestum esse dicetur, vel de peculio: seu quod iussu, vel de in rem verso.



VErba sunt edicti prætoris vt constat ex *l. 1. de peculio.* Prætor hac parte pollicetur triplicem actionem in patrem vel dominum ex negotio gesto cum filiofam. vel seruo, non ex delicto. Actiones sunt hæ de peculio, quod iussu, de in rem verso. Tentari potest patrem pro filiof. conueniri in solidum, sed condemnationem fieri in peculium tantum, vel in id quod in patrimonium patris versum est, *l. si seruus §. vlt. de action. emp.* Et ob id in actione de peculio tempus rei iudicatæ spectatur, id est, in condemnatione peculij ratio habetur, non litis contestatæ, quia ab initio in solidum est actio, *l. quæsitum, ff. de pec.* De actione quod iussu, constat eam esse in solidum, & ex ea sequi in solidum condemnationem, & directo agitur in patrem qui iussit, quasi in reum principalem. Adiecit etiam prætor, in eum qui emancipatus vel exheredatus erit. *l. 2. eod.* qua parte prætor actionem pollicetur in id quod facere potest filius sui iuris effectus. De qua parte agitur in *l. 2. & 8. hic.* Itaque hic quatuor actiones proponuntur.

Ad L. I.

Cum filiusfamilias tutor aut curator datur, pater tutelæ, vel negotiorum gestorum iudicio de peculio, & de in rem verso conueniendus est. Quod si voluntate eius filius decurio sit creatus, & a Magistratibus tutor constitutus: pater in solidum satisfacere cogitur: cum id onus exemplo cæterorum munerum ciuilium introductum intelligatur.

LEx 1. pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso. Filiusfamil. potest esse tutor vel curator. in tutorem datur tutelæ actio: in curatorem negotiorum gestorum. Iisdem actionibus tenetur pater de peculio vel de in rem verso, videlicet si non agnouerit tutelam a filio administratam: Nam si agnouerit, in solidum tenetur, *l. si filius, ff. de tut.* & adiicit ea l. patrem videri agnouisse tutelam quam gerit filius, si filio gerenti consenserit. quod videtur pugnare cum *l. Lucius, de administ. tut.* quæ l. aperte negat, patrem teneri in solidum, licet eo sciente & consentiente filius tutelam gesserit. Male Accursius & contra tenorem earum ll. differentiam statuit inter tutelam testamentariam & datiuam: Et putat, patrem non teneri in solidum, si agnouerit tutelam testamentariam, quam filius gerit, quod est contra finem *l. Lucius.* Dicendum potius est, consensus nomen esse ambiguum. Nam vel taciturnitatem significat, vel voluntatem expressam. Si filius tutelam gerat tacente patre, & sciente siue non contradicente, pater in solidum non tenetur *vt in l. Lucius.* Imo vero etsi pater filium admoneat, vt bene susceptam tutelam gerat, ob id pater in solidum non tenetur, *d. l. si filius, in fine.* At si pater

ter filio tutelam gerenti consentiat nominatim, periculum in se quodammodo recipiendo, tum plano tenetur in solidum pupillo. idque ita proponitur in *d. l. si filius, & l. Lucius, in fi.* Rursus vero *d. l. si filius* ait, patrem videri agnouisse tutelam quam filius gerit, & ideo teneri in solidum, si eam ipse attrectauerit: cui opponitur *l. mandasti, ff. de neg. gest.* Idque eodem, quo superius, modo diluendum est. Nam vt consentire, ita & tutelam attingere dupliciter accipitur: vel enim pater tutelam attingit quasi gerens rem filij forte segnioris: & tum pater pupillo tenetur tantum de peculio, vel de in rem verso, vel tutelam attingit quasi rem pupilli gerens, & tum pupillo obligatur in solidum, *d. l. mandasti.* hæc sunt quæ pertinent ad primam partem huius l. Ad secundam partem hæc pertinent. B Si filiusfamil. sit decurio factus patris consensu, pater in solidum obligatur omnibus ciuilibus muneribus, vt fideiussor pro filio, id est, videtur fideiubere pro filio, quem decurionem facit vel fieri patitur suo consensu, rem scilicet publicam saluam fore repromittit. Igitur obligatur reipublicæ, non aliis, *l. 1. inf. de decurionibus, l. filius, ff. de administrat. rer. ad ciuit. pertinent.* Et hoc casu taciturnitatem patris pro consensu accipimus. Pater qui tacet consentit, *l. honores §. vlt. D. de decurion. l. 2. D. ad Municip.* Hoc exemplo declaramus. Filius factus est decurio consensu patris, id est, senator cuiusdam ciuitatis, tacente, id est, consentiente patre. postea ille filius decurio factus, creatus est curator rei frumentariæ, & reliqua quædam contraxit, id est, debere aliquid cœpit Reipublicæ ex ea causa. C hoc casu pater pro filio Reipublicæ tenetur in solidum quasi fideiussor. Idem est, si ille filius quem pater decurionem fecit aut fieri passus est decreto ordinis tutor datus sit. Nam pater tenetur in solidum, non quidem pupillo, cuius tutela gesta est, sed reipubl. seu curiæ, vt scilicet indemnitatem præstet reipublicæ. Nam hoc casu curia tenetur pupillo actione in factum subsidiaria, ex SC. quod Traiani auctoritate factum est, *l. pen. de magistr. conueniend.* At quæritur, quid sit dicendum si illum filium ordo tutorem non dederit, sed magistratus municipales, id est, duumuiri. An & hoc casu pater tenebitur in solidum? & hæc l. 1. in 2. parte. hoc etiam casu dicit teneri patrem in solidum. Nam ponit, filium tutorẽ datum a magistratibus, id est, duũuiris, & ob id teneri patrem in solidũ, quod consenserit D ad filij decurionatũ. Id vero falsum videtur: Nam primo pater non tenetur in solidum pupillo ex illo consensu, quia rempubl. saluam fore cauisse intelligitur, non rem pupilli. Non tenetur etiam reipubl. in solidum, quia reipublicæ nil ob eam causam interest, nec enim res publica tenetur actione subsidiaria pupillo, sed magistratus qui dedit tutorem, *l. 1. in princ. de magistrat. conuen.* eadem ratione filius factus decurio consensu patris, si datus sit tutor a præside, non ab ordine aut duumuiris, pater non tenetur in solidum. Item si ille filius, quem pater fecit decurionem, fiat duumuir, & minus idoneum tutorem pupillis dederit, vel a datis tutoribus satis non exegerit rem pupilli saluam fore, vel si in eis dandis fuerit negligens: E His omnibus casibus eius pater, licet consenserit ad filij decurionatum, nec pupillo tenetur, quia consentiendo decurionatui non videtur cauere pupillis: nec etiam reipublicæ tenetur, cuius nil interest pecuniariter, id est, res pecuniaria quæ pertinet ad curiam vel ciuitatem non ob id minuitur, *l. 3. §. vlt. Dig. de pecul. l. 2. §. penult. Dig. ad Municip. l. 1. §. vlt. D. de magist. conu.* Ex his vero sequitur, sententiam huius legis consistere non posse, nisi ponamus tutore illo filio dato a magistratibus municipalibus, rempubl. siue curiam periculum in se recepisse, vt *l. 1. §. 1. ff. de magistrat. con.* Cum magistratus municipalis tutorem cum dedit periculo & fide curiæ, pater reipubl. tenetur in solidum, non tantum si consenserit ad decurionatum filij, sed si consenserit ad illam duntaxat tutelam, *l. vlt. ∫. de filijsfam. & quemadm. &c. lib. 10.* Et (vt diximus initio) his casibus omnibus taciturnitas consensum imitatur: alias dissensum, vt priori quæstione. Summa hæc est. Taciturnitas patrem in solidum pupillo non obligat; taciturnitas patrem reipubl. in solidum obligat. Est etiam in hoc tractatu pugna quædam *l. spurij §. pater, ff. de decur. cum l. 2. inf. de filiisfam. & quemad. pat.* vna lex ait, filio nominato ad decurionatum vel ad munus ciuile, patrem videri consentire, si appellauerit; quia appellando indicat rem ad se pertinere & sua interesse. Alter vero negat patrem appellantem videri consentire. Sic res explicanda est: Si filiusfam. nominetur ad decurionatum, ne pater teneatur in solidum, satis est patrem contrariam voluntatem contestari, se inuito creari filium decurionem, nec habet necesse appellare, *l. vlt. de filiisfamil. & quemad. pat. &c.* At si pater appellauerit, cum id necesse non esset: hoc facto sibi præiudicat, & in periculum ciuilium munerum incidit, quasi pro filio fideiussor; videlicet si sententiam appellationis pertulerit & victus sit. Et ita loquitur *l. 2.* At si causam appellationis non peregerit, & sententiam non pertulerit, sed præscriptione temporis sit exclusus: vt quia solemnia appellationis non impleuit intra præfinita tempora, hoc casu, quia etiam necesse non habuit appellare, omnia perinde seruantur atque si non appellasset; & ideo si pater ante fuerat contestatus contrariam voluntatem: huic contestationi appellatio nil præiudicabit, quæ omissa est. & ita proponitur in d. §. patri.

Ad L. II.

Lex 2. Eius rei nomine, de qua cum filiofamil. contractum est, siue sua voluntate siue eius, in cuius potestate fuit, siue in peculium ipsius, siue in rem patris ea pecunia redacta est, si paterna hereditate abstinuit, actionem, nisi in id, quod facere possit, non dari perpetui edicti interpretatione declaratum est.

Lex 2. pertinet ad actionem illam, quæ datur in id quod facere potest filius de eo quod gessit, cum esset in potestate patris. filiusfamilias ex omnibus fere causis in solidum obligatur, conuenitur, & condemnatur; excepta causa mutui, propter Senatusconsultum Macedonianum, & aliis quibusdam. Et nisi satisfaciat, carcere coercetur. Et hoc vetus ius vt improbi debitores carcere coerceantur, etsi contrahentes de illo nil cauerint, si non satisfaciant, in carcerem coniiciuntur, *l. 1. inf. qui bonis ced. poss.* At quæritur nunc, an filius post emancipationem vel post mortem patris sui iuris effectus teneatur etiam in solidum ob ea quæ gessit in familia patris? Et ex delictis quidem tenetur, & condemnatur in solidum, *l. 4. §, quamquam, ff. quod cum eo, &c.* Ex contractibus etiam tenetur in solidum, *l. penult. ff. quod cum eo,* tenetur, inquam: sed interdum causa cognita non condemnatur in solidum, sed in tantum quod facere potest ex prætoris edicto, *l. exheredatum ff. de re iudic. l. 8. hic, l. si dubitet §. vlt. de fideiuss. l. 3. §. sed vtrum, D. de minor.* vt puta si filius non multo post emancipationem conueniatur, damnabitur tantum in id, quod facere poterit. Si rem non possit præstare non condemnabitur, *d. l. 4. §. pen. D. eod.* Filius emancipatus propriam familiam incipit habere, quam dum constituit & disponit, ne ære alieno opprimatur, prætor benigne creditorum actiones ad id, quod facere potest coercet causa cognita. multo post emancipationem, si cum eo agatur, in solidum con-

demnabitur: sed si statim cum eo agatur, non nisi pro A modo facultatum. Idem etiam fit, si filius morte patris sui iuris fiat, & sit a patre exheredatus, vel etiam si hereditas ad eum non peruenerit, vt si se abstinuerit patris hereditate, vel si minima quædam pars peruenerit, *d. leg. 4.* Et hoc ait hæc lex 2. huius tituli declarari interpretatione edicti perpetui, id est, sermone & forma, & tenore. quo sensu Græci vtuntur verbo ἑρμηνείας, Nam verba huius legis 2. sunt verba edicti vt constat *ex l. 2. D. eod.* Idque edictum locum habet seu filius sui fiat iuris capitis deminutione, vt emancipatione: seu absque capitis deminutione, vt morte patris, sacerdotio, aut dignitate. Videtur etiam edicto esse locus si filius sui iuris non fiat, *d. leg. 2.* Hæc verba significant, vel in adoptionem datus, deinde pater naturalis decesserit. Id tamen est contra prætoris propositum, qui illo edicto subueniri tantum voluit sui iuris effectis, nouamque familiam inchoantibus. At eis verbis quæ proposui significatur aperte, etiam filio in adoptionem dato subueniri mortuo patre naturali, qui tamen non fit sui iuris, datione illa in adoptionem; & morte deinde patris naturalis sequuta: manet enim in potestate patris adoptiui. At filius in adoptionem datus mortuo postea patre adoptiuo fit plane sui iuris, nec recidit in potestatem patris naturalis, qui eum in adoptionem dedit, nec desinit esse in familia patris adoptiui eo mortuo, *l. vtrum, ff. de bon poss. contra tabul.* Et ita omnino videtur legendum in *d. l. 2.* Non est illud omittendum, in filium emancipatum, aut in adoptionem datum, actionem restitui in eos ex edicto de capite minutis, quia videtur extincta capitis deminutione: opus igitur est restitutione, quia sunt noui homines. At in eum qui morte patris, vel alias sine deminutione sui iuris est factus, actio non restituitur, sed eadem actio directa permanet: quia status non mutatur: nam licet sui iuris fiat, tamen familia defuncti permanere dicitur.

Ad L. III. & IV.

L. 3. Etiamsi non mandante neque iubente, neq; subscribente domina, pecuniam mutuam seruo Priscæ dedisti; tamen ea quantitas si in rem dominæ eius iustis erogationibus versa est, de in rem verso apud suum iudicem eam conueni, consecuturus secum iuris formam id, quod tibi deberi apparuerit.

L. 4. Si ex contractu patris iussu eius mutuam pecuniam accepisti, teque eius hereditate abstines, frustra vereris, ne a creditoribus eius conueniaris.

PErtinet tertia lex ad actionem de in rem verso, quarta ad actionem quod iussu. Finge: Filius mutuam sumpsit pecuniam patris iniussu, & iustis erogationibus in rem patris conuertit. Hoc casu cessat actio quod iussu, & competit de in rem verso in patrem. Iustis erogationibus, id est, agrum colendo, domum fulciendo, seruos paternos vestiendo, creditori paterno soluendo. Voluptuariæ erogationes patri non imputantur, *l. 3. §. proinde, ff. de in rem verso.* Dupliciter autem agitur de in rem verso: Nam vel hac sola actione de in rem verso agitur, vel agitur de peculio, adiecta aut intellecta clausula de in rem verso. idque constat ex *l. 1. & l. filiusfamilias, de in rem verso, l. 2. D. quando de pecul. &c. l. 2. §. apud Iulianum, D. de hered. vend. §. licet, Instit. quod cum eo.* At vt hoc intelligatur, sciendum est, patrem non teneri de in rem verso, nisi filius principaliter gerens negotium patris ea mente, vt sibi patrem obliget, eum reddiderit locupletiorem. Eo pertinet totus titulus de in rem verso. Sic quoque accipiendum est quod dicit Paulus 2. *Sent. tit. de in rem verso.* Actionem de in rem verso dari, si ob eam causam pecunia sit data. & ibi data passiue accipitur pro accepta: Nam non est necesse a creditore dari ob eam causam, sed vt pater teneatur de in rem verso: necesse est a filio ob eam causam pecuniam accipi & erogari, *l. 1. in fi. l. & ideo §. pen. & vlt. si res §. 1. de in rem vers.* Igitur si filius suũ negotiũ gerens principaliter gerens, vel etiã nullũ omnino negotium gerens, locupletiorem patrem reddiderit, non est in rem versum, vt sit actio de in rem verso: quia filius patrem noluit obligare, nec eo nomine pater filio obligatur naturaliter. At si negotium patris gerens eum fecerit locupletiorem, ob id pater filio naturaliter obligatur, *l. si pro patre §. versum, & §. si domini, de in rem verso.* Qua ratione id quod versum est in rem patris, in peculium imputatur: Nam quodcunque pater debet filio, in peculium imputatur, *l. quam Tuberonis §. in peculio, ff. de* B *pecul.* Id autem quod conuertit filius in rem patris, pater debet filio, & debere dicitur in *l. si pro patre §. 1. & l. si in rem, de in rem verso.* Ex quo liquet actioni de peculio inesse actionem de in rem verso, & vt Iustinianus ait in *§. licet, Instit. quod cum eo,* vnam esse actionem de peculio & de in rem verso. qui agit de peculio, agit etiam de in rem verso: quod enim in rem versum est, in peculio est. Tunc igitur tantum necessaria actio de in rem verso, cum deficit actio de peculio, puta si peculium sit ademptum, *l. si in rem, & l. filiusfamil. & l. 1. de in rem verso.* Nunc de actione, *quod iussu* videamus, quæ non iungitur actioni de peculio, sed eius est separata ratio, *l. 4. §. vlt. ff. quod iussu.* Nunc sic dico: Si pater iubeat filium accipere mutuam pecuniam, pater tenetur vtili actione institoria, & cessat quod iussu, *l. pen. & vlt. sup. tit. proximo.* Sed si pater iubeat creditorem dare filio pecuniam, tunc competit solum C actio quod iussu: cum pater loquitur cum creditore ipso. Recte ita ex veteribus Pyleus intellexit. idemque est, si pater creditori mandauerit, vt filio pecuniam crederet: item si rem gestam ratam habuerit. ratihabitio mandato comparatur. Idem est, si pater subscripserit filij chirographo. subscriptio iusso comparatur, *l. 1. ff. quod iussu, l. 3. hic.* At quid dicemus, si pater contraxerit, non filius? si pater non iusserit contrahi cum filio, sed ex suo contractu filio pecuniam numerari iusserit, an competet actio quod iussu? Placet hoc casu cessare actionem quod iussu, cui nunquam est locus, nisi filius ipse contraxerit: Et hoc casu actionem directam in patrem competere, *l. vlt. ff. quod iussu.* Filiusfamilias autem eo casu suo nomine nullo modo D obligatur. *l. 4. hic.* nisi hereditario nomine. Quid item dicemus, si pater pro filio fideiusserit, an competit actio quod iussu? Et placet hoc etiam casu actionem quod iussu non competere, sed teneri ex stipulatu, *l. 1. quid ergo, ff. quod iussu, l. si domina, ff. ad Velleian.* Et ostenditur ratio in ea l. 1. quia vt extraneus intercessit, non vt pater. At cum iubet vel mandat cum filio contrahi, facit vt pater, (nempe pro auctoritate & imperio, quod habet in filium) iubet, hoc modo, illi credas, Fideiussio non habet speciem auctoritatis. Itaque cum pater fideiubet id non facit vt pater, sed vt extraneus. At vtrumque est accessio, & qui iubet & qui fideiubet, *l. si seruum §. an & filius, ff. de verb. oblig.* Qui iubet, tenetur quod iussu: qui fideiubet, non item, E sed ex stipulatu. Nunc quæres quod sit discrimen inter iussum & mandatum, quæ duo actionem quod iussu pariunt. Discrimen est in eo quod iubere etiam dicitur is qui monet vt contrahat creditor cum filio: non etiam mandat. Iubere est interdum precarium verbum & optatiuum, & monitorium, *l. si seruus, ff. de neg. gestis.* At si pater filium commendet alteri, hoc modo neque iubet neque mandat quicquam, *l. vlt. hic. l. si vero non remunerandi §. cum quidam, ff. mand.* Itaque ex commendatoria epistola pater non obligatur: ex admonitione obligatur, si monuerit alterum, vt cum filio contraheret: Item differentia est, quod ex iussu obli-

gatur tantum pater vel dominus, ex mandato quilibet. Præterea, si pater mandet cum filio contrahi, an tenetur mandati? Id mandat vt pater, pro auctoritate quam habet in filium: ideo non tenetur mandati, sed quod iussu. Verum si constet eum ita mandare, non vt patrem, sed vt extraneum, in rem suam forte, tum tenebitur mandati, non, quod iussu, exemplo fideiussoris: quia vt extraneus intercedit *l. si tibi, ff. mand.* Similiter, si pater subscripserit chirographo filij, vt pater; tenetur quod iussu: si vt fideiussor subscripserit fideiubendi animo, nec tenetur quod iussu, quia non intercessit vt pater: nec etiam ex stipulatu tenetur, quia deficit stipulatio. Subscriptio non est stipulatio, *l. 14. sup. si cert. pet.* Postremo illud non est omittendum ex *l. vlt.* huius tit. patrem etiam teneri quod iussu, vel dominum non tantum, si seruo aut filio credi pecuniam iusserit, sed etiam si iusserit pecuniam credi suis hominibus, id est, conditionalibus; veluti adscriptitio colono, vel inquilino, aut prædiorum actori, aut procuratori, licet liberi cēseantur. Hi dicūtur nostri homines licet non sint serui, & eorum conditio dicitur a veteribus hominium, inde *hommage*. Ergo etiam liberorum hominum nomine tenemur quod iussu, si sint nostri homines. At si eis personis, non iubente domino, pecunia sit credita, nec dominus in solidum tenetur, nec ipsi ex mutuo obligantur; & hac in re seruis comparantur, *l. vlt.* Sed dominus tenetur de peculio, si nil debeant domino: Nam peculium non intelligitur nisi eo deducto quod domino debetur. Tenetur autem directo serui nomine, vtiliter aliorum nomine: Nam non tantum serui, sed etiam hi homines peculium habent, pro cuius quantitate dominus tenetur: tenentur etiam fideiussores, si quis eis pecuniam crediderit accepto fideiussore. Nam ex mutuo naturaliter obligantur, *l. vlt. hoc tit.* Et coniungenda *l. vlt. inf. si aliena res pign. data. l. 1. sup. ne lic. potent. & l. 1. sup. de proh. seq. pec.* quæ omnes eandem habent subscriptionem & inscriptionem. sunt partes edicti cuiusdam Honorij & Theodosij Impp. quod edictū pertinebat ad creditam pecuniam, & ad actiones, si certum petatur, vt *l. 1. ne lic. pet. & tit. de proh. sequest. pec. & l. vlt. si aliena res pign. data sit*: hoc adiicias huic legi, vt homines nostri, veluti adscriptitij coloni & censiti, non possint contrahere pignoris obligationem nobis inuitis, quod etiam de seruo traditur *l. 6. & 9.* Igitur hæc sit conclusio: Sicut serui & homines nostri, ad nos pertinentes qui Græcis dicuntur προσήκοντες, inuitis nobis ac ignorantibus non contrahunt obligationem mutui, nisi pro modo peculii, qua actione nos tenemur: ita etiam non contrahunt pignoris obligationem.

Ad. L. V.

L. 5. Nulla res prohibet filiosfamilias, si pro aliis maiores viginti quinque annis fideiusserint, actione competenti aduersus eos teneri. Sed si duntaxat de peculio tecum agatur, defensionibus, si quæ tibi competunt, vteris.

PErtinet ad actionem de peculio. Filiusfamilias qui pro alio fideiusserit, in solidum suo nomine tenetur: Pater autem eius tenetur duntaxat de peculio, nisi, ait lex, aliquas defensiones habeat. Id ostendemus exemplis, quibus pater se tueri possit aduersus actionem de peculio. Primum est, si filiofam. sine dolo malo peculium ademerit: Item: si morte filii vel emancipatione exstinctum sit peculium, & vtilis annus præterierit, *l. 1. de in rem verso.* His casibus non est actio de peculio. Item, si plus debeat patri filius quam sit in peculio, vel si tantundem, *l. pen. hic.* Nam peculium semper intelligitur deducto eo, quod patri debetur vel domino. Ideo Græci peculium ita definiunt. Peculium est naturalis substantia concessa filiofam. vel ser-

A uo voluntate patris vel domini, deductis debitis naturalibus, paternis puta & dominicis. Et recte adiiciunt, ideo se peculium definire ουσίαν φυσικὴν, naturalem substantiam, quod iure ciuili filius vel seruus proprium nil habere intelligatur. At permittente patre vel domino contrahendi peculii potestas datur naturaliter: quod etiam illis & voluntate patris, vel domini adimitur. idque confirmant multæ ll. in tit. de pecul. Videtur etiam recepta fuisse hæc defensio, si res, de qua agitur, in peculium conuersa non sit, *l. 11. hic.* Facit & ad aliquid *l. 2. hic. & l. 2. ff. eod.* Verum non est ita: hæc defensio non est legitima, nisi certis casibus. Est igitur actio de peculio, etiamsi res non sit versa in peculium, exceptis casibus quibusdam. ex l. 11. datur actio peculii in id, quod in peculium versum est, non tamen ex eo concludendum est non dari ex eo, quod in peculium versum non est. Nego, etiamsi quodam loco,
B vt *l. 11.* secundum speciem propositam, tradatur, actionem de peculio dari in id quod in peculium conuersum est. Non ideo semper exigimus, vt sit locus actioni de peculio, rem conuersam esse. Excipiuntur certi casus, vt si impuberis nomine agatur, vel serui vel filii, *l. si cum impubere, ff. de pecul.* idque optima ratione. Pater impuberis nomine non tenetur de peculio, nisi sit res versa in peculium: quoniam ipse etiam impubes non tenetur nisi quatenus locupletior est factus, ciuili vel naturali iure. Vbi filius vel seruus non obligantur naturaliter, nec pater vel dominus de peculio tenentur. Ideo si pro alio seruus interuenerit, vel compromiserit in arbitrum, non tenetur de peculio dominus, cum nec naturaliter obligetur seruus, vt dixi in tit. *an seruus ex suo facto.* At impubes filius vel seruus non tenentur naturaliter vltra quam factus sit locu-
C pletior. Ergo nec pater supra id tenetur. Item excipitur hic casus, si agatur cum patre condictione furtiua, aut rerum amot. *l. 3. §. ex furtiuo, ff. de pec. l. seruus quem, ff. de action. emp.* Item si repetatur, quod filius vel seruus alea vicit: nam quod quis vicit alea, eius repetitio est ex edicto *de aleator.* At non erit repetitio aduersus patrem, cum alea quid filius vicit, nisi quatenus id versum erit in peculium, *l. vlt. ff. de aleatoribus.* Sicut non erit condictio furtiua aduersus patrem, nisi res furtiua versa sit in peculium; et si pars sit versa, pro parte tantum erit actio: ratio est quia hæ tres actiones, rerum amotarum, condictio furtiua, de alea, videntur esse ex maleficio. Id dixi in titulo de condictione furtiua. Idem est in actione rerum amotarum, quia illa amotio furto est proxima. sed res tristis mitigatur ver-
D bo. Item actio de alea videtur esse ex maleficio, cum sit vetita legibus & non leue crimen, vt apellat Ouidius. & olim in aleatores fuit actio quadrupli, vt ait Ascon. in Diuinat. & turpe nomen aleatorum. *Marcel. lib. 28.* Sunt igitur hæ actiones ex maleficio. at ex maleficio non datur actio de peculio. Rursus proprie non videntur esse ex maleficio, quia rem persequuntur, non pœnam. Et ideo etiam non sunt noxales. An igitur ijs actionibus dicemus patrem non teneri nec de peculio, nec noxaliter? Non: sed mediam quandam sententiam adsumemus, patrem teneri de peculio, non in solidum peculium, sed quatenus ex ea re locuple-
E tius factum est peculium.

Ad L. VI.

L. 6. Si seruus tuus sine permissu tuo accepta pecunia mutua, in vsurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit: nullo iure aduersarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat, cum te serui factum non obligauerit: & ingrediens rem tuam, contra vim eius auctoritate competentis iudicis protegeris.

PErtinet l. 6. quodammodo ad actionem quod iussu. Ex iussu obligatur pater vel dominus. Obligatur

quoque eorum bona, pignoris iure, *l. 9. hic.* At si iussus patris vel domini non interuenerit, nec patrem filius obligat in solidum, aut eius bona, nec seruus dominum, nec bona eius. Et ideo, vt hic proponitur, si mutua pecunia accepta seruus creditori concesserit in ἀντίχρησιν ædes domini sine iussu siue permissu domini, nulla est ἀντίχρησις, nulla actio hypothecaria, vel in factum, nulla pignoris retentio. Et si dominus ingrediens ædes, per vim a creditore impediatur, ei subuenietur momenti beneficio, vel interdicto vti possidetis. Idemque in hominibus nostris veluti colonis. Nam homines etiam nostri sine iussu nostro pignoris obligationem non contrahunt; & si forte pater filio pecuniam credi iusserit vel dominus seruo, non ideo videtur permisisse pignoris obligationem, *l. dominum D. quod iussu.* eam enim permitti oportet nominatim. Sed opponitur *l. si permittente, ℸ. ad Maced.* vbi filius rem patris pignori posuit sine voluntate patris, & pignus valet. Verum hoc ideo (quæ est vltima Accursij traditio in hac l. & vera) quia hic filius postea patri successit; successione pignus conciliatur. Item opponitur *l.* 9. vbi ponendum est, iussu patris non tantum filiofamil. datam pecuniam a creditore cum vsuris conuentis, sed etiam acceptum pignus, non inuito patre. At quid dicemus, si filius habuerit liberam peculij administrationem? an poterit rem peculiarem pignori obligare patre inuito aut inscio? Constat posse ex *l. si conuenerit 2. §. vlt. de pign. act.* nam alienare etiam potest. Quod alienari potest, etiam pignori obligari potest: Idque si exigat negotiorum administratio, aut peculij, non donandi animo, aut diminuendi. Nam donandi animo, vel diminuendi eam non potest alienare vel pignori obligare, *l. 1. §. 1. ff. quæ res pign. obl. poss.* Eademque seruantur in procuratore, qui habet liberam administrationem omnium bonorum. etiam in tutore, de quo diximus in *tit. de reb. cred. sup. in l.* 4. Huc etiam petinet *l.* 10. *hic*, cuius sententia est: Seruus qui habet liberam peculij administrationem, iure vendit rem peculiarem, exigentibus negotijs peculiaribus, & dominus eum contractum infirmare non potest. At seruus, qui non habet liberam administrationem, iniussu domini recte rem peculiarem non vendit, & si vendat nulla est alienatio, iniustus titulus inde paratur emptori. Præterea emptor sciens conditionem venditoris malæ fidei est emptor, imo fur habetur, si rem nobilem a seruo emerit, quem sciebat non habere vendendi facultatem: At si rem immobilem non emerit, eam non retinebit, nec vsu capiet per præscriptionem longi temporis, id est, 10. vel 20. annor. Itaque vt qui sunt in nostra potestate, iure contrahant pignus, vel mutent dominium rerum nostrarum, necesse est, vel vt specialem voluntatem habeant, vel liberam peculij administrationem; & vt id non faciant diminuendi vel donandi animo.

Ad L. VII.

L. 7. Ei, qui seruo alieno dat pecuniam mutuam, quandiu superest seruus, item post mortem eius intra annum de peculio in dominum competere actionem: vel si in rem domini versa sit hæc quantitas, post annum etiam esse honorariam actionem, non est ambigui iuris. Quapropter si quidem in rem domini pecunia versa est: heredes eius conuenire potes de ea summa, quæ in rem ipsius processit. Si vero hoc probari non potuerit: consequens est, vt superstite quidem seruo dominum de peculio conuenias: vel si iam seruus rebus humanis exemptus est, vel distractus, seu manumissus, nec annus excessit: de peculio quondam aduersus eum experiri possis: Alioquin si cum libero res eius agente, cuius precibus meministi, contractum habuisti, & A *eius personam elegisti, peruides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit.*

HÆc lex pertinet ad actionem de peculio, & de in rem verso, & ostendit, actionem de peculio esse annuam post mortem filij vel serui, & post emancipationem scilicet filij, vel manumissionem aut alienationem serui. Quibus modis peculium exstinguitur, quia potestas soluitur: Actio tamen de peculio non exstinguitur, sed durat adhuc anno vtili, titulo *quando actio de pecul. ann. sit.* Sed hoc ita accipiendum est, nisi principalis actio breuiori tempore concludatur; qua scilicet agitur de peculio, vt si sit actio redhibitoria, quæ B concluditur 6. mensibus vtilibus. actio redhibitoria de peculio est 6. mensium, *l. pen. ff. quando actio, de pec. annal. sit.* Et ita quod traditur in *l. pen. de noxal. action.* actiones noxales esse perpetuas: Hoc ita est accipiendum cum eadem exceptione, nisi scilicet principalis actio sit temporalis, vt si sit actio vi bonorum raptorum, quæ est annua, *l. pen. sup. de noxal. action.* Igitur actio noxalis vi bonorum raptorum non est perpetua. Similiter quod traditur in *l. 2 in fin. D. de cap. min.* actionem quæ restituitur in capite minutum, esse perpetuã, hoc est ita accipiendum, nisi principalis actio sit temporalis. Principalem autem actionem dicimus eam quæ in solidum & directo competit. Actio de peculio & noxalis non competit in solidum: hæc actio noxalis, principalis est actio, si agatur detracto peculio, & detracta noxæ deditione. Rursus actio restitutoria est vtilis, non directa. Ergo non principalis. Sed C si principalis sit temporalis, id est, directa, & restitutoria temporalis erit. Alia est ratio actionis de in rem verso, quia huic non opponitur annua exceptio. Et hoc maxime distat actio de peculio ab actione de in rem verso quod proponitur in *hac l.* 7. Hæ autem actiones de peculio, & de in rem verso competunt ex contractu, vel quasi contractu filiorum & seruorum, qui sunt in nostra potestate. Competunt etiam ex contractu hominum nostrorum, & colonorum censitorum ex edicto Imp. Theodosij, *l. vlt. inf.* quod expositum est. An competunt etiam illæ actiones ex contractu procuratoris nostri, vel gestoris liberi hominis, & nulla nobis conditione obstricti, non conditionalis? Minime. Et est hoc quod proponitur in fine huius legis, hic. D hoc modo: Si cum libero homine rem alienam agente contraxisti, & dominum elegisti, seu eius personam, id est, domini, vt scilicet cum illo ageres ex illo contractu. & ita sensu eodem loquitur *l. 3. sup. de noxal. action.* Lex autem ait te nullam actionem habere, & vtitur verbo (*peruides*) quo vtimur in re clarissima, vt in *l. procuratorem, sup. de procurator. & l. si seruus, infra de fideicommis. libertat.* Et in illo loco Horatij.

Cum tua peruideas.

Quem locum male accipit Victorius, pro insuper habere. Dominum autem cum dicit in fine legis, non oportet eam vocem ad seruum referre, sed ad gestorem vel procuratorem, vt sæpissime. Et tunc intelligitur dominus rei vel negotij, vel contractus, E vt loquitur *l. 2. tit. proxim. inf.* Ergo ex contractu liberi hominis, non conditionalis non tenemur, vt si gestor noster pecuniam mutuam sumpserit, ex mutuo non tenemur. Duæ sunt exceptiones: si gestor rei alienæ pecuniam sumpserit mutuam, & ea in rem domini sit versa, vel si contractum ratum habuerit. his casibus dominus tenebitur, non quidem de in rem verso (nam hæc actio tantum ad eos pertinet, qui sunt in nostra potestate, vel conditionales sunt.) Non tenebitur etiam condictione ex mutuo, vt diximus in *l. 13. sup. si cert. pet.* Vbi pro lege vltima huius tituli, citant hanc legem. Male. Igitur

Igitur non tenebitur condictione, sed actione negotiorum gestorum vtili, non directa. Cur non directa? Quia non eius contemplatione pecunia credita est. Directa negotiorum gestorum actio competit, si credita sit eius contemplatione, licet non sit versa in rem eius. Contra vtilis competit, si sit versa in rem eius, vel si contractum ratum habuerit, licet eius contemplatione data non sit. In rem versum, id est, ipse gestus, vel ipsa res parit actionem negotiorum gestorum, licet nostra contemplatione non fuit gestum, *l. si pupilli §. sed si ego in fi. & §. pen. D. de negot. gest.* Ratihabitio etiam parit actionem negotiorum gestorum, si quis alteri dederit meo nomine, vel si ab altero meo nomine acceperit, vt in hac specie, meo nomine gestor accepit. At ratihabitio non parit eam actionem, si quid gestum est, nulla ex parte gestum sit meo nomine, quod ad me pertineat: vt si quis non mei contemplatione filio emerit seruum, non necessarium, id a me ratum haberi nil attinet, cum meo nomine nullus interuenerit. Et ideo ea ratihabitio nil proficit *d. §. sed si ego.* Itaque finis huius legis non est accipiendus de eis personis, de quibus est l. vlt. Qui dicuntur nostri homines etiam sunt conditionales, & dicuntur pertinentes, προσήκοντες, & προσφέροντες.

AD TITVLVM XXVII.

Per quas personas nobis adquiratur.



Ic titulus est potissimum de adquirenda per alium obligatione, non de dominio, vel possessione. Quicquid adquiritur, vel dominium est, vel possessio, vel obligatio. Hæc nobis adquiruntur per eos, qui sunt in nostra potestate, & per liberos homines, & seruos alienos a nobis bona fide possessos, ex re nostra & operis. Item, per seruos fructuarios ex iisdem causis. Per liberos homines, qui nec sunt in potestate nostra, nec bona fide a nobis possidentur, adquiri nil potest, quia deficit potestas & possessio iusta. Excipitur tantum possessio, quæ per procuratorem nobis adquiritur, per possessionem autem dominium acquiritur, si is, qui possessionem habuit, & tradidit, dominium etiam habuit. hæc ostendi in *l. 1. & l. per proc. ∫. de acq. poss. §. ex iis, Instit. per quas pers. nob. ac Paul. 2. Sent. tit. 2.* Solam possessionem excipio. Possessio non adquiritur nisi animo & corpore: adquiritur animo nostro tantum, corpore autem nostro vel procuratoris etiam nostri. Idque vtilitatis causa receptum est, vt corpore alieno rerum possessionem volentes, vel ratum habentes, apprehendamus. Dominium per procuratorem non adquiritur, vt si procuratori nostro res tradatur eius nomine, is autem eam accipiat nostro nomine, quasi negotium nostrum gerens, dominium ei acquiritur, nobis autem possessio, non dominium, *l. rec. D. de adquir. rer. dom. l. quod meo, D. de adquir. poss.* At si procuratori nostro tradatur nostro nomine, & is etiam nostro nomine rem accipiat, possessio nobis adquiritur, & per hanc possessionem etiam dominium. Inde sic definiamus, per possessionem in nos translatam voluntate domini rem tradentis nostro procuratori, nobis dominium adquiritur: per possessionem autem in nos translatam existimatione procuratoris nostri, non voluntate domini, nobis dominium non adquiritur. Vt possessio nobis adquiratur per procuratorem satis est eum nostro nomine accipere, nec est necesse ei etiam rem nostro nomine tradi. At vt per hanc possessionem dominium etiam nobis adquiratur, necesse est ei etiam tradi no-

A stro nomine: vt autem dominium quæratur nobis, per traditionem factam procuratori nostro, satis est ei rem tradi nostro nomine, nec est necesse, vt eam etiam accipiat nostro nomine: Sed si suo accipiat, possessionem sibi adquirit, nobis dominium, *l. qui mihi, D. de donat. l. per seruum §. vlt. D. de adquir. rer. dom.* Itaque dominium & per possessionem, & sine possessione adquiri potest. Sicut & possessio sine dominio. Sed hoc etiam posteriore casu, cum scilicet res procuratori nostro tradita est nostro nomine, is tamen eam rem nostro nomine non accepit: Hoc, inquam, casu dominium per procuratorem nobis non adquiritur, sed

B voluntas & animus domini procuratori nostro tradentis, nos dominos facit. Id sic demonstro. Per alium non adquiro, quod is sibi prius non adquisiuit. In hoc casu procurator sibi dominium non adquisiuit. Ergo id per eum non adquiro: Sed recta via retro, quo casu procurator nobis dominium adquirit, nobis id adquirit: Et quo casu procurator nostro nomine possessionem apprehendit vt procurator, nos eam videmur apprehendisse. quod nobis nostro corpore paramus, & alieno corpore paramus. At quod ciuiliter adquirimus sine corpore, id per liberum hominem non adquirimus, *l. ea quæ, D. de adquir. rer. dom.* Et hoc est quod ait *l. 1. hic.* excepta possessionis causa, id est, excepta possessione; quam interpretationem male improbat Accurs. Sola possessio excepta est, non obligatio. Ergo per procuratorem obligatio non adquiritur, *l. 1. hic.* Eodem argumento vtor, vt probem, domi-

C nium non adquiri per procuratorem, hoc modo: Sola possessio excepta est. ergo dominium per procuratorem non acquiritur. & hoc significat l. 1. cum ait, *redintegratæ rei vindicationem, quæ iure dominij datur.* Species est. Procurator pactus est mihi redintegratæ rei vindicationem subdita stipulatione, id est, pactus est rei restitutionem, dicta scilicet lege commissoria in venditione, vt Ioannes hic recte explicat, hoc modo scilicet, vt nisi emptor mihi solueret pretium intra certum diem, resolueretur venditio, & restitueretur res vendita, & redintegraretur: Ex qua conuentione venditori datur actio ex vendito vel ex stipulatu, *l. vlt. D. lege commiss. l. commissoriæ, inf. de pact. in. empt. & vend.* Verum nulla harum actionum per procuratorem domino acquiretur, quia sola possessio excepta est,

D non obligatio, non dominium. Ergo per procuratorem nec adquiritur actio in personam, nec in rem. Lex ait, *redintegratæ rei vindicationem.* Sic Paulus in *I. Sent. tit. de restitut. in integr.* dixit, redintegrandæ rei actionem esse restitutionem in integrum. Subiicit l. nostra, per seruos tamen nostros dominium acquiri, plane significans non acquiri per procuratores nostros. Ita quam legem putat Accurs. pro se facere, ea maxime est contra Accursium. Et in summa, sola possessio per procuratorem acquiritur: dominium & obligatio non item. Excipe vnum casum, quo etiam obligatio per procuratorem acquiritur, si procurator vel quilibet gestor suam pecuniam nostro nomine crediderit;

E quia nobis acquiritur obligatio ex mutuo, & actio directa nobis competit, *l. certi § si nummos, ff. de reb. cred.* Adquiritur etiam ex promutuo, vt si quis de suo indebitum soluat nostro nomine, *l. 6. sup. de cond. indeb.* Idque etiam receptum est vtilitatis causa, benigne & singulariter, ob crebrum mutuæ vel promutuæ pecuniæ vsum: sicut etiam illud benigne est receptum contra ius, vt possessio per procuratorem acquiratur, *l. 1. inf. de acq. poss.* Adiicit Iustinianus in l. 2. adquiri ex causa mutui per procuratorem pignoris obligationem ipso iure sine cessione, directo, exemplo condictionis: quod ante Iustinianum non obtinuit. Itaque in hac causa alij acquirebatur actio principalis, domino scilicet, alij vero hypothecaria, id est, procuratori. Sed Iustinianus vult, vt vtraque acquiratur domino.

Ob id Tribonianus, *l. solutum §. per liberam, de pigner. act.* A addidit non semper adquiri per liberam personam pignoris obligationem. hic casus est exceptus constitutione Iustiniani. Hoc casu excepto per liberam personam obligatio vel actio non adquiritur. Bene adquiritur. Nam retinetur quidem & paratur nobis, non tamen adquiritur, *l. per procuratorem, ff. de procur.* vt si procurator intra legitimum tempus debitorem meum conueniat, quo actio erat peritura, hoc pacto mihi actionem retinet, conseruat, & pepetuat: vel si procurator prohibeat opus nouum facientem, ius meum conseruat, seruitutem forte quam habeo. Nunciatio ista fit plerumque iuris nostri conseruandi causa, non acquirendi, *l. 1. §. nunciatio, de noui oper. nunc.* Et ita prohibendo procurator nobis parat actionem quod vi aut clam: Nam demonstrat vim fieri, vt si quis B furem mihi furtum facientem apprehendat, parat nobis actionem furti manifesti. Item qui meum debitorem interpellat, mihi perpetuat actionem, *l. si quis solutioni §. pen. ff. de vsur.* Sic constat per nuncium nobis parari actionem in his quæ fiunt per nuncium, vt in emptione, locatione, societate, mandato, constituto & pactione, non in stipulatione. Differentia est magna inter procuratorem & nuncium. Procurator contrahit: nuncius nil contrahit, sed nuntiat nos emere, locare, vel pacisci alteri, non possum emere quasi procurator, emptionis alienæ nuntius esse possum, & hoc nuncio illi actionem paro. Ille etiam cuius deprehensione vel prohibitione, vel interpellatione, mihi paratur, & formatur actio, nihil contrahit, nihil adquirit sibi. C ergo nec ego per eum quicquam adquiro, sed ius meum retineo, vel etiam facto eius mihi paratur actio, Interdum etiam ex negotio gesto a libero homine, datur actio vtilis, vt si procurator præsentis ex re eius stipuletur domino datur vtilis actio. *l. si procurator, D. de verb. oblig.* Item si dominus rem suam aliter seruare non possit, in subsidium dabitur vtilis, *l. Iulianus §. si procurator, ff. de action. emp.* vel etiam si quis pecuniam militis suo nomine crediderit, militi dabitur vtilis, *l. si pecunia ff. de reb. cred.* Denique actio paratur vel retinetur directa, & datur vtilis ex bono & æquo ob factum liberi hominis, non acquiritur proprie per eum. D

Ad L. vltimam.

Si duo vel plures communem seruum habeant, & vnus ex his iusserit, vt suo nomine seruus ab aliquo stipuletur decem (puta) aureos, vel aliam rem, ipse autem seruus non eius qui iussit, sed alterius ex dominis suis fecit mentionem, & nomine illius stipulatus est: inter antiquam sapientiam quærebatur, cui acquiratur actio, vel lucrum, quod ex hac causa accidit: vtrū ei, qui iussit, an ei, cuius seruus fecit mentionem, an ambobus. cumque ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum: nobis verior eorum sententia videtur, qui domino qui iussit, asseruntstipulationem, & ei tantummodo acquiri dixerunt, E *quam aliorum, qui in alias opiniones deferuntur: Neque enim malignitati seruorum indulgendum est, vt liceat eis, domini iussione contempta, sua libidine facere stipulationem, & ad alium dominum, qui eum forsitan corrupit, alienum lucrum transferre. Quod neque ferendum est, si seruus impius domino quidem, qui iussit, minime obediendum existimauerit, alii autem, qui forsitan ignorat & nescit, repentinum adducat solatium.*

Lex vlt. est de obligatione acquirenda per seruum communem ex stipulatu. Et ea l. recte accepta est ab Azone secundum antiquos, vt ipse ait: videlicet, vt si seruum communem vnus ex dominis stipulari iusserit, ei acquirat obligationem ex stipulatione, licet stipulando alium nominauerit, videlicet si iusserit specialiter seruum sibi stipulari, & is alteri sit stipulatus: Nam ei qui iussit, non nominato acquiritur obligatio. Item si simpliciter vnus ex socijs iusserit seruum stipulari, & is etiam simpliciter sit stipulatus, id est, sine nomine dominorum, ei qui iusserit stipulari obligatio adquiritur, non alteri. Nam & hoc vetus est, verum iussum illud esse pro nomine, *l. seruus communis §. vlt. & l. proinde §. pen. ff. de stip. ser. & §. pen. Insti. eod. l. si seruo §. itemque, ff. de vsufr.* At si iusserit simpliciter seruum stipulari, & is alterum nominarit, hoc casu nominato acquiretur obligatio. In summa, cum vnus ex dominis iubet specialiter seruum sibi stipulari, plus valet iussum, quam nomen; cum vero simpliciter iubet nullo alio adiecto, plus valet nomen quam iussum. Hæc est definitio Iustiniani. Hæc enim res controuersa erat apud Iureconsultos, quam definit hoc loco Imp.



AD TITVLVM XXVIII.

Ad Senatusconsultum Macedonianum.

Hoc senatusconsulto vtimur etiam hodie. Qui filiofamil. pecuniam credidit, is actionem habet pecuniæ creditæ ipso iure cum filio in solidum, vel etiam soluta potestate patria, in id quod facere potest, cum patre de peculio: sed agenti obstat exceptio senatusconsulti Macedon. quæ tam patri datur, quam filio, cæterisque liberis. Filiorum appellatione in hoc senatusconsulto continentur omnes liberi, *l. pen. hic, l. filium, ff. eod.* Senatusconsulto est cautum, vt ei qui filiofamil. nummos crediderit (est enim tantum de nummis, non de ceteris rebus, vt vino, frumento de quibus in creditum itur) viuo mortuove patre, actio, petitiove non detur, *l. 1. ff. eod.* Actio, id est, certi condictio ex mutuo vel stipulatu; petitio, id est, vindicatio exstantis pecuniæ, *l. sed etsi paterfam. §. hoc senatusc. ff. eod.* Sic etiam hæc verba, actio petitiove, accipiuntur in senatusc. Velleiano, vt & in stipulatione Aquiliana. Non datur etiam actio hypothecaria creditori ex hac causa, vt colligi potest a contrario sensu, *l. 4. hic.* Quamuis autem senatusconsulto Maced. ita caueatur, ne actio petitiove detur, tamen ipso iure est actio, & omissa exceptione condemnatio sequitur, *l. tamen, ff. eod.* quæ interpretatio eadem est adhibenda in senatusconf. Velleiano, in quo sunt eadem verba, & tamen est necessaria exceptio senatusc. Velleiani. Eadem etiam interpretatio adhibenda ad titulum Digestorum *quarum rerum actio non detur*: quia ille titulus est totus *de except.* hæc verba, non teneri, vel actionem denegari, non excludunt ipso iure actionem, & non excludunt necessitatem exceptionis. Bonæ leges, vt dicitur, natæ sunt ex malis moribus. Senatusconsulto Macedon. causam dederunt mali mores cuiusdam fœneratoris Macedonis *l. 1. ff. eod.* qui vt ait ea *l.* ne quid amplius dicatur, filijs-famil. pecuniam credebat incertis nominibus. Hoc satis est dici, vt cognoscatur malignitas Macedonis, qui filijs fam. pecuniam credebat nominibus incertis, puta cum nesciretur, quanto cum fœnore, cum crederet tacito grandi & illicito fœnore. Iis sunt contraria certa nomina, quæ palam fiunt sub vsuris licitis. Horatius in Epist.

Nominibus certis nummos expendere.

Eos etiam qui filijs fam. credunt ille idem taxat Satyr. lib.

Cicero

Cicero pro Quintio: *Certis nominibus grandem pecuniam debet*, &c. Senatusconsulto Macedon. exceptio dicitur comparata in odium & pœnam creditorum, neque tam in fauorem filiorumfam. quam in eorum pœnam, *l. qui exceptionem, ff. de condict. indeb. l. etsi paterfam. §. pen. ff. ad Maced.* Ideoque putant Interpp. huic exceptioni filiumfamil. renuntiare non posse, quia non eius gratia datur, sed creditorum odio, licet mulier Velleiano possit renuntiare: Nam Velleianum est introductum mulierum tantum causa. In illo verbo, nominum, quo vtimur in senatusconsulto, est sæpe erratum a librarijs, & sæpe pro nominibus legitur, hominibus, & pro hominibus, nominibus, vt in *l. 2. in fi. ff. de custod. reor.* vulgo legitur, *nominibus sub fideiussore factis.* Recte Florent. *hominibus sub fideiussore factis.* Neque quicquam mutandum est. Sic Græci legunt ἐπὶ τῶν ἐπ ἐγύας γενομένων προσώπων 60. Basilicon, & eius l. aperta est sententia. Quidam postulatus est, vt exhiberetur iudicio criminali: is paruit edicto & venit. vbi venit, aliud ei crimen obijcitur, quod ante admiserat, non cogitur respondere. Idem etiam seruatur in causis pecuniarijs & hominibus sub fideiussore factis, vt si quis in causa ciuili satisdederit iudicio sisti, eius causæ nomine, & veniat, tum alia quæstio ei moueatur, non ea, propter quam cauit iudicio sisti; non cogitur respondere, nisi sit periculum, ne actio tempore pereat. Homines qui cauerint iudicio sisti, dicit factos esse sub fideiussore, vt in *l. si fideicommis. D. vt in possess. legat.* dicitur quis factus in possessionem, vt in Florent. more Græco. vulgo male, missus est. Græcis γενέσθαι ἐν νομῇ. est etiam in *l. 2. inf. de vsu. pupil.* idoneis hominibus: proculdubio legendum, nominibus, vt nominatim in *l. creditor, ff. de solution. l. D. Seuerus, ff. ad legem Falcid.* & apud Ciceronem in Pisonem, *hominibus saltem bonis*, legendum, *nominibus*. Redeamus ad senatusconsultum Macedonianum. Sunt septem casus, quibus cessat exceptio senatusconsulti Macedoniani, qui omnes fere in hoc tit. proponuntur. Primus est, si filiusfamilias pro patrefamilias publice haberetur, & si in eo errore etiam fuerit creditor; hoc casu creditum non amittitur, *l. 2. hoc tit. l. 3. §. pen. ff. eod.* Secundus casus est, si filiusfamilias simulauit se esse patremfamilias, idque creditori persuasit inscio, & eius conditionem ignoranti, tum creditor creditum non amittet, *l. 1. hic.* Mendaci & deceptori filiofamilias senatusconsultũ Macedonianum non opitulatur. sic nec edictum quod cum eo, &c. quod est de actione in id quod facere potest, *l. 4. §. 1. & l. eum qui, D. quod cũ eo.* Nec mulieri decipienti Velleianum opitulatur, *l. 2. D. ad Vellei.* Mendacium filijfamilias probare debet creditor, qui id allegat, *l. 1. hic.* At vt initio diximus, non satis est, si filiusfamilias se esse mentiatur; sed etiam est necesse, vt ita existimet creditor, & eum esse filiumfamilias ignoret. Ignoranti non obstat exceptio senatusconsulti Macedoniani: scienti obstat, vel etiam ignoranti: improbabilis ignorantia ferenda non est. At si sint duo rei credendi, vel si sit vnus numerator, alter stipulator, & vnus sciat esse eum filiumfamilias, alter ignoret, quid fiet? Vlpianus scripsit vtrique nocere, *l. item si filiusfamilias §. non solum, D. ad Macedon.* Ergo scientia vnius nocet ignoranti, quod est durum & iniquum, & pugnat cum legibus innumeris, quas ibi adfert Accursius, nec respondet. Vlpiani verba sunt: *Si alteruter ignorabat in patris potestate se esse, verius dicendum est, vtrique nocere.* Illud (se) videtur abundare, nisi coniungatur cum verbo sequenti, sic: Seuerius dicendum est, id est, sequemur hac in re sententiam seueriorem, vt in hoc tractatu seueriores sententias amplectimur, quæ maxime faciunt contra creditores. Sic in *l. sed etsi paterfamilias §. hoc senatusconsultum D. h. tit.* inquit, seueritate senatusconsulti

A contractus improbabitur. Tertius casus est, si mandato, iussu, voluntate, consensu patris filius mutuam sumpserit pecuniam, tum non cessat senatusconsultum si etiam permissu patris, id est, qualibet voluntate & quolibet voluntatis indicio, *l. 2. hic. & l. 4.* de qua diximus in *l. 6. sup. quod cum eo.* Idem est si pater ratum habuerit contractum mutui, *l. vlt. hic, l. item si filiusfam. §. pen. D. eod. tit.* Et ex mandato quidem, iussu, vel patris ratihabitione ipse pater in solidum tenebitur quod iussu. Ratihabitio quoque patris filium obligabit in solidum, detracto exceptionis auxilio. Addit Iustinianus in *d. l. vlt. hic*, nouella lege se definiisse generaliter, ratihabitionem omnem retrotrahi, mandato comparari, præterita confirmare generaliter, id est, sublata

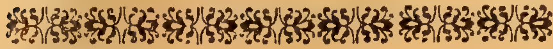
B differentia facti vel iuris, vt est in *l. donationes, inf. de donat. inter vir. & vxor.* Inter iuris auctores hac in re non conueniebat. Omnes generaliter ratihabitionem non retrotrahebant. Plerique dicebant ratihabitionem confirmare quæ sunt facti, vt possessionem, pactionẽ, gestionem: non ea quæ sunt iuris. Ex ea lege nouella ratihabitio omnis retrotrahitur & ante gesta confirmat. Itaque cum dicatur *l. nouella* si tentaueris hodie hereditatem patri acquiri, quam filius adijt patris iniussu, si modo postea ratam eam pater fecerit: id facile obtinebis ex generali nouella: vt seruatur in iure prætorio in acquirenda bonorum possessione. qua de re in *l. 1. inf. qui admitti.* Quartus casus est, si filiusfamilias sit miles, & mutuam sumat pecuniam, tenetur vsque ad quantitatem peculij castrensis. Nec quærimus in quam rem impenderit. Et præsumitur impendisse in res castren-

C ses, *l. vlt. hic, l. 1. §. vlt. D. eod.* Quintus casus est, si mutuam pecuniam filiusfamilias sumat in eam rem, quæ patris oneribus incumbit, vt si ex ea pecunia dotem pro filia vel pro sorore sua det, dum pater abest peregre: Nam hæc dotis constitutio pertinet ad patris onus. Et hoc casu pater creditori tenebitur de in rem verso, *l. si filiusfamilias, ff. eod.* Idem est, si absens filiusfamilias studiorum vel legationis causa, mutuam sumat pecuniam ad sumptus necessarios, quos solet illi pater subministrare: non si in ampliores sumptus. At in his casibus videndum est quam in rem impenderit pecuniam, puta, in dotem constituendam aut sumptus necessarios. Nam si in eam rem impendit, ad quam est credita, pater tenetur de in rem verso; sin minus, de peculio tantum. Itaque seu in eam rem impenderit, seu non, cessat Ma-

D cedonianum. Sed alias in patrem agitur de peculio, alias de in rem verso, *l. 3. §. proinde, l. pen. de in rem vers. l. item si filiusfam. §. quod dicitur, D. ad Maced.* At si iussu patris filio absenti pecunia sit data studiorum causa, pater in solidum tenebitur, quod iussu: & perpetuo, etiam filio mortuo, nec in quid impẽderit, inquiremus. Actio de peculio mortuo filio est annua de in rem verso. actio quod iussu mortuo filio est perpetua, sicut de in rem verso. Hic est sensus *l. 5. hic.* Sextus casus est, si filiusfam. paterfam. factus debitum agnouerit, vt si expromiserit nouatione facta, vel etiã si pater soluerit. Cessat hoc casu Macedonian. *l. item si filiusfam. §. vlt. ff. eod. l. 2. hic.* At quid fiet, si pignus tantũ dedit factus sui iuris, an conualescit creditum? Non omnimodo. Nã

E hoc casu ei denegatur exceptio Maced. vsq; ad quantitatem pign. *l. sed si paterfam. ff. eod.* Filiusfam. mutua centum accepit, factus sui iuris dedit pignus dignũ tantum 50. in illa 50. tenetur sine vlla exceptione: in alia 50. non tenetur cum effectu. Quod etiam notandum, vt seuerius admissum: Nam alias sortis ratio non dirigitur ad pretium pignoris, sed seu pignus sit pluris, seu minoris, eadẽ sors manet, *l. si pro mutua. sup. si cert. pet.* At seueritas senatusc. exigit hanc interpretationem. Septimus casus est. Si filiusfam. non contrahat mutuũ principaliter acceptis nummis, sed emptionem sine fraude senatusc. & de pretio & vsuris eat in creditum stipulatione interposita, actioni ex stipulat. non obstabit senatusc.

Macedon. quia mutuum non contraxit principaliter A & si de nummis cauit, *l. 3. hic. & l. 3. §. pen. ff. eod.* Hoc casu eadem quidem est actio, idem titulus actionis, vt ait l. 3. ac si mutuum principaliter contraxisset, nempe certi condictio ex stipulatione; sed diuersa causa obligationis & origo. Verum cauendum est ne quid fiat in fraudem senatusconsulti hoc genere contractus.



AD TITVLVM XXIX.

Ad Senatusconsultum Velleianum.



Vperius senatusconsultum, quod heri exposuimus, est de nummis filiofam. mutuo, aut fœnori datis. Hoc B senatusc. est de intercessionibus mulierum. Intercessio est, si se suaue pro alio obliget: vt si fideiubeat, si expromittat, si mandet, si constituat, si in iudicio aliquem defendat, si pignori res suas ponat: Item si cum creditor esset cum alio contracturus, interueniente muliere, cum ea ab initio contraxerit, videtur etiam hoc casu mulier intercedere pro eo cũ quo creditor initio contrahere decreuerat *l. 19.* quæ ait id declarari edicto perpetuo, quod quidem expressum fuit senatusc. Vell. sed obscure, *l. 4. h. t. l. 2. ff. ad Vell.* his nempe verbis, *quod ad fideiussiones. & mutui dationes pro alijs quibus fœminæ intercesserint, pertinet.* Vbi dationis verbum passiue accipitur, vt sæpe fieri diximus *sup. tit. quod cum eo.* Et recte Accurs. mutui dationes, interpretatur cum fæmina a dante mutuum accepit, quod C alius erat accepturus. Itaque illis verbis senatusconsulti hic etiam modus intercessionis notatur; qui tamen fuit postea apertius expressus edicto perpetuo. vt ait d. *l. 19. hic.* Sunt etiam multæ aliæ intercessionum formæ, vel quasi intercessionum. Ex his omnibus intercessionibus mulieres ipso iure obligantur, vel res earum pignoris iure. sed obstat exceptio intercessionis, vel senatusconsulti Velleiani, quæ datur non tantum mulieri, sed etiam eius heredi, & mulieris fideiussori, & procuratori; vt cum is ea mandante pro alio intercessit, procurator hanc habebit exceptionem, si conueniatur ex sua intercessione, *l. 14. & 15. & 20. hic.* Omissa exceptione sequitur condemnatio. Potest tamen etiam post condemnationem actioni iudicati opponi, vt etiam Macedoniani. Id dixi in *l. 19. de prob.* D *sup.* Duo sunt casus, quibus in mulierem, si intercesserit, ipso iure actio non est: primus est, si pro marito intercesserit, nec pecunia in eius commodum versa sit, *Nouel.* 134. Alter casus est, si mulier sine scriptura, vel priuato instrumento, vel publico, quod non habeat subscriptionem trium testium, pro alio intercesserit. Nam & hoc casu ipso iure est tuta, *l. antiqua §. vlt. inf. hic.* quem recte Bulgar. interpretatur: alij male. Igitur si instrumento publico, quod trium testium subscriptionem habeat, mulier pro alio intercesserit, necessaria est exceptio. Denique his duobus casibus exceptis non alias intercidit actio aduersus mulierem, E vel heredem eius, vel fideiussorem, vel procuratorem, quam opposita exceptione senatusc. Velleiani, *l. si decipiendi in fine, ad Velleian.* Actor autem subducta muliere ope exceptionis, habet saluam actionem aduersus reum principalem, videlicet si mulier pro alio fideiusserit, vel constituerit, vel mandarit, quibus modis principalis obligatio non nouatur. Itaque his casibus muliere subducta, salua manet creditori actio principalis. At si nouatione facta mulier pro alio expromiserit, subducta muliere & actore excluso per exceptionem senatusc. Velleiani, vetus actio, quæ fuit nouatione exstincta, restituitur in veterem debitorem, ita creditor credito non cadit. Et ob id ea actio dicitur restitutoria, & vtilis *l. quamuis §. si conuenerit, & §. Marcellus, & §. si mulieri heres, & l. aliquando §. vlt. hoc tit.* Dicitur etiam rescissoria *l. 16. hic.* quia datur rescissa intercessione mulieris, subducta muliere, *l. vlt. §. vlt. ff. eod.* At quid fiet, si cum creditor esset Titio mutuam pecuniam daturus, ipsa interuenerit, & eam pecuniam mutuam acceperit, seque ab initio reum principalem constituerit, & deinde Titio eam pecuniam dederit? Hoc casu in Titium, cui mulier hoc factum voluit, nulla fuit actio. Ergo in Titium nulla restituitur, sed muliere confugiente ad beneficium senatusc. Velleiani, in Titium instituitur noua vtilis actio. id ostendi in *d. l. quamuis §. si cum essem, & l. quidam voluit, ff. ad Velleian.* Et hæc duo genera actionum vtilium notauit Iustinianus in *d. l. antiqua*, dum ait, Creditori antiquam actionem seruari, vel parari nouam. Igitur mulier, vel veterem vel nouam obligationem suscipit, *l. 18. hic & l. quamuis §. 1. ff. eod.* Si veterem suscipit, actio in veterem debitorem restituitur, ea muliere liberata: si nouam suscipit, actio in eum instituitur, cuius bono cessit mulieris intercessio. Ex his apparet, in his causis creditoris creditum non intercidere, etiamsi liberetur mulier, quæ intercessit. Nam vel principalis actio salua manet, vel vetus restituitur, vel noua instituitur. Nunc ex l. 1. hic duo sunt tantum notanda. primum cessare senatusc. Velleianum, si mulier pro alio soluerit vltro, cum non intercessisset; & ideo solutum condici ab ea non potest, quod tamen condiceretur si locus esset senatusconsulto. Idque ostenditur in *l. 4. & 9. hic.* Et verum hoc est, siue soluerit animo donandi, seu quasi gerens negotium debitoris alieni, seu ex mandato: Item seu pecuniam soluerit, seu rem in solutum pro alio dederit; Item seu rem suam vendiderit extraneo, & ex pretio pro alio soluerit, vel emptorem delegauerit; quia delegatio pro solutione est, *l. 5. ff. eod.* Soluere pro alio, non est intercedere. Intercedere, est se vel sua obligare. His obstat *l. vlt. § item si mulier, ff. eod.* Species est: Mulier rem suam vendidit, & tradidit alieno creditori, vel personæ ab eo interpositæ, & ea conditione vendidit, vt is suum debitorem pro rei venditæ pretio accepto liberaret: Deinde mulier rem traditam vindicat: Obstat exceptio rei venditæ & traditæ mulieri. Huic exceptioni obstat replicatio senatusc. Nam mulier replicabit, venditionem intercessionis causa factam. Senatusconsf. Velleianum inducitur & exceptionis & replicationis modo; imo & actionis modo, vt cum mulier condicit quod soluit ex sua intercessione, ex sua fideiussione. Verũ vt respondeamus in specie eius §. Mulier creditori nec rem in solutum dedit, nec rei pretium, sed cum creditore alieno venditi obligationem contraxit intercessionis vice, puta ea cõditione, vt creditor debitã sibi ab alio pecuniã pro pretio rei venditæ acceptam faceret, quod est intercessionis vice. Et ob id mulier iuuatur. Postremo notandum est cessare senatusc. Velleianum, si creditor nesciat mulierem intercedere. Vt Macedon. exceptio, ita Velleiana scienti obstat, non ignoranti: In hoc autem conueniunt, vt in aliis plerisque. Sed si ex duobus reis stipulandi, vnus sciat mulierem intercedere, alter nesciat, non id dicemus, quod heri tradidimus de senatusc. Macedon. paulo seuerius, scientiam vnius alteri nocere: cum non sint tractandi qui cum mulieribus contrahunt, eadem seueritate, qua qui cum filiisfa. Vnum senatusc. spectat pœnam creditorum: alterum mulierum gratiam & fauorem. In causa senatusc. Maced. creditor cum effectu creditum amittit. In causa Vell. creditor numquam creditum amittit. sunt & alia discrimina. Exceptio Velleiani parit condictionem indebiti, *l. 9. hic.* Exceptio Macedon non item, propria ratione, *l. qui exceptionem,*

exceptionem, *D. de condict. indeb.* Mulier potest renuntiare exceptioni Velleiani, *l. vlt. inf. quando mul. tut. off. Nouell. 94. & 118.* Filiusfam. non potest Macedon. renuntiare. At si quis dixerit, Quî fieri potest, vt creditor nesciat mulierem intercedere? Est hoc nobis explicandum. Id varie fit. Vt si mulier simulet se esse matrem, quod Accurs. tradit: At hoc exemplum est nimis crassum. Potest alio modo, vt si mandato mulieris quis fideiubeat pro alio, & hoc creditor nesciat fieri mandato mulieris: hoc casu fideiussori mulieris non dabitur exceptio, *l. si fideiussores, D. ad Velleian.* Item si maritus consentiente vxore rem eius pignori obligauerit, & creditor nesciat ea consentiente obligari: hoc etiam casu cessat Velleianum, & ideo hoc casu exigitur creditoris scientia, *l. 5. & 7. hoc tit.* Item, quia constat cessare Velleianum, muliere intercedente in rem suam, non cessare muliere intercedente in rem alienam. Si mulier in rem alienam intercesserit, & creditor iusta ratione ductus, existimet eam in rem suam intercessisse, & ita credat pecuniam, ei non obstabit senatusc. Velleianum. Finge: mulier, & Titius socij sunt, & in rem communem mutuam pecuniam accipiunt, vt ædes communes reficiant. duo rei debendi constituuntur, id est, singuli in solidum tenentur, & videtur alter pro alterius parte intercessisse: an mulier tenebitur in solidum etiam pro parte socij? Constat teneri, & cessare senatusconsultum Velleianum, *l. vir vxori §. vlt. D. eod. tit. ad Vellei.* Nunc finge: moribus Galliæ receptum est in locis plerisque, vt vir & vxor sint socij bonorum in matrimonio quæsitorum, nisi aliud inter eos conuenerit: nam certum est huic iuri conuentione posse derogari. nunc cum inter duos coniuges conuenisset ne essent socij, & cum eam conuentionem nesciret creditor, vtrique pecuniam mutuam credidit, & duos fecit reos debendi, eos esse socios, & se in eorum rem communem credere existimans, cum coniuges conuentionem dolo malo celarent. An igitur aget cum muliere in solidum? sic sane. & si opponatur exceptio senatusconf. Velleiani, creditor tamen replicabit de dolo, *l. 18. hoc tit.* Alia exempla huius ignorationis sunt, si mulier pro alio expromittat, quem creditor iusta ratione motus credebat mulieris esse creditorem, etsi reuera non sit mulieris creditor, cessat senatusconsultum Velleianum, quia putat creditor mulierem intercedendo rem suam agere, id est, se pro creditore suo obligare, iustam ignorantiam exigimus, *l. vir vxori, D. ad senatusf. Vell.*, vt in Macedoniano iustam etiam ignorantiam exigimus, *l. penult. D. de senatusc. Macedon. l. 1. tit. prox. sup.* Vtriusque senatusc. exceptio obstat, non tantum ei qui sciuit, sed & ei, qui scire debuit. iusta ignorantia non obstat. Aliud exemplum est: Si mulier mutuam pecuniam sumat, mox eam marito, vel alij creditura, & ita alij potius, quam sibi contrahens, & hoc creditor nesciat, huic senatusconsulto Velleiano locus non erit, *l. si mulier marito, l. si mulier, l. vir vxori, l. bona fide, l. 4. in princip. D. eod tit.* Verum hoc casu quælibet ignorantia creditoris est probabilis, quia principaliter cum muliere ab initio contrahitur. At cum ipsa intercedit, vt cum pro alio expromittit, quælibet ignorantia non est probabilis: Nam creditor tum debet esse diligens in exquirenda causa intercessionis. Hæc est sententia legis *vir vxori.* At si creditor sciat mulierem id agere, vt mox eam alij mutuam daret, tunc huic senatusconsulto Velleiano est locus. Denique, quod notandum est, huic senatusconsulto est locus, non tantum si alij crediturus mulieri pro eo intercedenti mutuam pecuniam dederit: sed & si alij non crediturus, mulieri alij mox crediture sciens eam pecuniam dederit: Et ideo in senatusconsulto Velleiano hæc verba *(mutui dationes)* sic accipiemus, cum alij datura, vel ab eo, qui alij da-

A turus erat, mutuam pecuniam accepit. Nam vtraque casu tacite videtur intercedere pro alio cui datura accepit vel cui daturus creditor, mulieri dederit, licet palam videatur sibi tantum mulier gerere negotium. At tacita intercessio est & in fraudem senatusc. quod etiam in hac specie contingit. Maritus rem vxoris pignori obligauit primo suo creditori ea consentiente; mulier videtur intercessisse pro marito rei suæ interuentione: mox eadem mulier a secundo mutuam accepit pecuniam sub eodem pignore, & eam statim soluit primo pro marito, & pignus ab eo liberauit, an etiam hoc modo videtur intercessisse? Sane videtur: quia prioris intercessionis causa pecuniam mutuam accepit statim sub eiusdem rei obigatione, & eam soluit primo statim, & ideo huic senatusconsul- B to est locus, si secundus id agi sciuerit, non si ignorauerit: Nam ignorantem semper excusamus. Hæc est species *l. Seia, §. vlt. eod. tit: D.* His obstat *l. 13. hoc tit.* quæ lex significat deficere auxilium senatusconsulti Velleiani, etiamsi creditor sciuerit mulierem mutuam pecuniam accipere iussu mariti, quod & in eius vsum insumpserit. Obstat tam *l. vir vxori* quam *l. Seia.* Nam in vtraque sumit mutuam pecuniam in vsum, & rem mariti, & senatusconsultum non deficit, si scierit creditor quid mulier ageret. At vt respondeamus, in *l. vir vxori*, vir qui pecunia egebat, ipse eam pecuniam non rogauit a creditore, sed vxorem supposuit, quæ rogaret, & mox sibi crederet in fraudem senatusconsulti Velleiani, quam fraudem si creditor scierit, obstabit exceptio eiusdem se- C natusconsulti Velleiani: si vero ignorauerit, non obstabit. At in specie *l. Seia*, cuius rei obligatioue mulier pro marito intercessit apud creditorem primum, eiusdem rei obligationem statim contraxit cum secundo, & statim etiam priorem intercessionem dissoluit. mutatur statim creditor, & obligatur res eadem, mutatio illa præpostera & eiusdem rei obligatio, argumentum est fraudis quæsitæ senatusconsulto Velleiano. At in *l. 13. hoc tit.* nihil est tale, Sed mulier reuera sibi mutuam sumpsit pecuniam, in vsum tamen, & rem mariti, sine vlla fraude senatusconsulti Velleiani. Igitur scientia hoc casu non obest cre- D ditori, quia intercessioni fraus non quæritur: Sed reuera mulier ab initio sibi duntaxat contraxit, quamuis ea mente sit vt quod sumat, in rem mariti impendat.

Ad L. II.

Frustra senatusconsulti exceptione, quod de intercessionibus feminarum factum est, vti tentasti; quoniam principaliter ipsa debitrix fuisti. Eius enim senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro alio debitore apud creditorem eius intercessit. sin autem pro creditore suo alij se obligauerit, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passa est: huius senatusconsulti auxilium non habet.

E EX l. 2. notandum est, senatusconsultum Velleianum cessare si mulier intercedendo rem suam agat: vt si pro suo creditore expromittat delegata, vel vltro, vel si pro suo creditore debitorem suum delegauerit, *l. debitrix, D. eod tit.* Item in specie *l. 6. sup. tit.* Si mulier administrans bona filiorum suorum pupillorum, tutoribus eorum indemnitatem promiserit sub pignoribus, vel satisdato, hoc casu videtur in rem suam, non in alienam intercessisse: in rem suam, vt scilicet sibi administratio relinquatur: Et ideo senatusconsultum Velleianum cessat, *l. 2. infra, si mater indemnitatem promiserit.* Detracta etiam hac causa administrationis propter quam indemnitatem tutoribus promittit mulier, promittendo tu-

toribus liberorum ſuorum indemnitatem ex cauſa directę actionis tutelæ non videtur interceſſiſſe. Et ideo ceſſat Velleianum. At vt ſubijcitur in *l. 6. hoc tit.* ſi tutore pupilli ſe excuſare volente mater ſe interpoſuerit, & tutori promiſerit indemnitatem, vt ad tutelam accederet ſine periculo, locum habet ſenatuſconſultum Velleianum, quia pro ſe non videtur intercedere, ſed pro filio, & contrariæ actionis tutelæ obligationem ſuſcipere pro tutore apud pupillum. nondum quidem illa obligatio eſt contracta, ſed etiam interceſſio fit futuræ obligationis nomine. At huic parti *l. 6.* obſtat lex *quamuis* §. 1. *ff. eod. tit.* Species cuius §. hæc eſt: Mulier interuenit apud tutorem pupilli filij ſui, ne filij ſui prædia diſtraheret, quæ neceſſe habebat diſtrahere, & ei ex ea cauſa indemnitatem promittit: ait lex, eam non videri interceſſiſſe: & ideo ſenatuſconſultum Velleianum ceſſat, quia non ſuſcepit alienam obligationem nouam aut veterem, ſed ipſa obligationem hanc creat, & ideo non eſt interceſſio. Denique in ea ſpecie mater promittendo indemnitatem tutori filij, non interceſſit. Contra eſt in *l. 6.* cui ita reſpondendum eſt: ideo in ſpecie l. *quamuis*, mulier non intercedit: quia dum promittit tutori indemnitatem, ne filij ſui prædia diſtrahat, hoc videtur promittere, ſi conuentus tutor directa actione tutelæ ob prædia non diſtracta, ob id aliquid ipſe quaſi re non bene geſta præſtiterit a ſe indemnem futurum iri eo nomine. Verum illa hoc promittendo, alienam obligationem non ſuſcipit. ſane non ſuſcipit obligationem pupilli. ſed tutoris potius, qui tenetur directa actione tutelæ ob prædia non diſtracta quæ diſtrahere debebat: tutoris etiam obligationem non ſuſcipit, quaſi intercedendo apud tutorem: nam ſe obligat tutori, & pro eodem ipſo tutore: intercedere autem eſt pro alio alij ſe obligare vt in *l. 6.* quam tractamus. Pro pupillo, inquit lex, mater ſe tutori obligauit: Contra ait *in fine l. 6.* pro tutore ſe pupillo obligare, vt ſi mater tutorem filio petierit, & periculum tutelæ in ſe receperit, id eſt, ſi pro tutore pupillo cauerit, hoc eſt intercedere *l. 1. inf. ſi mater indemnit. promiſ.* At ſi pro tutore mater eidem tutori ſe obligauerit indemnitatem promittendo; hoc non eſt intercedere, *l. tutor, ff. ad Velleian.* Interceſſor eſt quaſi medius quidam inter duos. Sic accipiendum eſt, quod dicit Paulus 2. Sentent. *eod. tit.* mulierem, quæ pro tutoribus filiorum ſuorum indemnitatem promiſit, non pertinere ad huius ſenatuſconſ. Velleiani beneficium, nempe ſi pro tutoribus, & eiſdem tutoribus indemnitatem promiſit, vt in *l. quamuis* §. 1. Et ita etiam hæc omnia rectiſſime expoſuit Bulgarus. Addendum eſt ex l. 8. ſi pro patre filius, & filia expromiſerint ſinguli in ſolidum, ſubtracta filia beneficio ſenatuſc. Velleiani, filius in ſolidum tenetur, *l. ſi Titius, ff. de fideiuſſor.* quam expoſui in tit. *de conſtituta pecunia, ſupra.* At ſi filius & filia pro patre expromiſerint nouandi cauſa, & ſinguli pro parte, filia ſubducta beneficio huius ſenatuſc. filius tenetur pro ſua parte; pro parte autem filiæ in patrem reſtituitur actio perſonalis. datur etiam hypothecaria, ſi in veterem obligationem pignora pater dederat, *l. quidam voluit, ff. eod. tit.* Hypothecaria verius datur quam reſtituitur. *l. aliquando* §. 1. *ff. eod. tit. ad ſenatuſc. Vell.* Mulieris expromiſſione nō tollitur naturalis obligatio, & ideo idem pignus manet, nec etiam neceſſe eſt reſtitui hypothecariam: ſola perſonalis reſtituetur. Poſtremo notandum ex l. 11. pleraque concedi extraneis, quæ non conceduntur coniugibus, *l. vlt. C. Theodoſ. de legit. heredib.* Vt extraneo donare poſſum, coniugi donare non poſſum: Extraneum poſſum heredem inſtituere, coniugem non poſſum ex l. Papia Popæa. Hodie poſſumus. Pro extraneo ſi mulier interceſſerit, valet interceſſio, nec reſcinditur niſi per exceptionem: ſi interceſſit mulier pro marito, ipſo iure interceſſio non valet. Verum licet inter virum & vxorem donatio non valeat, tamen remiſſio pignoris valet: vt ſi vxor viro pignus remiſerit ſibi obligatum forte dotis nomine, vel alia quauis cauſa. remiſſio pignoris non habetur pro donatione, *l. & ſi pignus, quæ in fraud. creditor. ff.* Licet etiam interceſſio mulieris pro marito non valeat, tamen remiſſio pignoris valet, etiamſi pignus remittendo negotium alteri gerere voluerit *l. 11.* Et huc ſpectat *l. 11.* dum ait, mulierem pignus recte remittere, i. hanc remiſſionem non contineri ſenatuſc. Vell. quod explicat latius lex *quamuis, ff. eod. tit.* Remiſſio igitur pignoris neque donatio eſt, neque interceſſio. De remiſſione pignoris etiam eſt *l. iubemus, inf. hoc tit.* verum ei quod diximus, remiſſionem pignoris non eſſe interceſſionem, obſtat lex *vir vxori* §. 1. *ad Velleian. ſenat.* Cuius ſpecies hæc eſt: res viri erat mulieri obligata duplici ex cauſa, dotis & crediti. id non ignorans ſecundus creditor pignus luit ex cauſa dotis, ſoluta dote, de cauſa crediti nihil dictum eſt: atque ita ſecundus creditor eandem rem in cauſam pignoris iure accepit, conſentiente muliere: Conſenſus hic mulieris videtur eſſe remiſſio pignoris ex cauſa crediti: Et tamen lex ait ſenatuſc. locum eſſe. Remiſſio ergo pignoris interceſſio eſt. Et hoc ex illo §. recte colligitur, ſi modo ponas ex vna cauſa pignus lui, ex altera remitti: at non eſt ita ponendum. Luitur quidem pignus in hac ſpecie ex vna cauſa, non tamen remittitur ex altera. Conſenſus ille nō eſt pignoris remiſſio ex altera cauſa, de qua ſubticuit mulier Sed conſenſus ille eſt interceſſio mera: quia rem ſibi adhuc ex altera cauſa obligatam, mulier obligari conſentit, & ita intercedit. In ea ſpecie dixit tantum mulier ſecundo creditori, rem ſibi eſſe obligatam ex cauſa dotis, de cauſa crediti nihil dixit, dum ſcilicet vult pignus ex ea cauſa retinere, & conſentire eius obligationi, in fraudem ſenatuſc. Velleiani, retento pignore ex cauſa crediti. Atque ita eſt explicandus hic §. Atque ita certum eſt remiſſionem pignoris non eſſe interceſſionem.

Ad L. XXI. Iubemus.

Iubemus licere mulieribus, & pro vno contractu, vel certis contractibus, ſeu pro vna, vel certis perſonis ſeu rebus, iuri hypothecarum ſibi competenti per conſenſum proprium renuntiare: quodque ita geſtum ſit, hac auctoritate noſtra firmum illibatumque cuſtodiri: ita tamen, vt & ſi generaliter tali renuntiatione pro vno (vt dictum eſt) contractu, ſeu certis contractibus, vel ad vnam, vel ad certas res ſeu perſonas conſenſum proprium accommodantes vſæ ſunt vel fuerint: eadem renuntiatio ad illos contractus & illas res ſeu perſonas, quibus conſenſum ſuum proprium accommodauerunt vel accommodauerint, coarctetur: ne alijs quibuſdam contractibus, quibus minime mulieres conſenſerunt vel conſenſerint, prætendentib. eam, opponendi licentia præbeatur. His ſcilicet omnibus, quæ in præſenti, per hanc conſultiſſimam legem ſtatuimus, ad præteritos nihilominus contractus pro negotijs & controuerſiis, nec dum tranſactionibus, vel definitiuis ſententijs, ſeu alio legitimo modo ſopitis, locum habituris.

Lex *Iubemus* eſt etiam de remiſſione pignoris. cuius ſententia hæc eſt: vni debitori factam remiſſionem pignoris mulieri non nocere aduerſus alios, qui eandem rem mulieri obligarunt ex eadem aliaue cauſa: vt pignus obligatum a primo & ſecundo, remiſſum primo, non videtur & ſecundo remitti. Item lex ait, remiſſionem pignoris factam ex vna cauſa non porrigi ad aliã vt ſi pignus ſit obligatum ex cauſa dotis, & crediti, & remittatur ex cauſa dotis, non videtur etiam remitti ex

ti ex causa crediti. Item l. ostendit pignori obligatis rebus pluribus, & vnius pignore remisso, alias res in obligatione manere. Sed huic sententiæ opponitur *l. Paulus respondit : quibus modis pign. vel hypoth. solu.* Vbi ponendi sunt tres creditores, primus, secundus, tertius, inter quos seruatur ordo, cum de pignoribus agitur. primus creditor videtur pignus remittere, si consentiat debitori rem obliganti tertio creditori: non tamen sic tertius succeßit in locum primi, vt anteponatur secundo. Nam secundus potior erit primo per remißionem pignoris vel exceptionem remoto, *l. maior 1. de pignerat. act.* Ex eo colligunt, remißionem pignoris factam in gratiam tertij, non tantum tertio prodesse, sed etiam secundo. verum hoc l. nostræ non obstat. Remißio pignoris fit debitori, non alij creditori. Si fieret remißio pignoris creditori, facta vni, alteri non prodesset: at remittitur pignus debitori, licet id fiat plerunque in gratiam cuiusdam creditoris. Et ideo si ex pluribus debitoribus sub eodem pignore vni fiat remißio pignoris, non prodest alijs omnibus: tamen creditoribus eiusdem debitoris qui sequuntur, prodest, quia pignus in totum liberatur a primo creditore qui id remittit, & deinceps in id concurrunt omnes qui sequuntur. Nec quicquam facit, quod sit remißio in vnius tantum gratiam: Nam pignus in totum soluitur a primo creditore. Itaque lex illa nihil obstat: Nam non probat vni debitori remißionem factam prodesse alijs, sed remißionem factam debitori in gratiam vnius creditoris, prodesse etiam sequentibus creditoribus.

Ad Leg. XII.

L. 12. Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium Senatusconsulti falso putas: Hanc enim causam ab eo beneficio esse remouendam prudentes viri putauerunt.

EX l. 12. notandum est, cessare Senatusconf. Velleianum, si mulier pro filia dotem promiserit, & res suas pro ea obligauerit genero suo. Loquitur lex de filia: sed idem est, si mulier pro alia fœmina dotem promiserit, vt docet *l. vlt. hoc tit.* dotem pro filia promittere siue ea fœmina, pro qua dos promittitur, sit obligata, seu non, hoc est intercedere nuptijs contrahendis. Sed dotium fauore est receptum, vt hæc intercessionis causa non pertineat ad Senatusconsult. Velleian. Idque receptum est non tantum ante Iustinianum, sed etiam a prudentibus. Prudentes, inquit, l. exceperunt hanc causam intercessionis. Idem receptum fauore libertatis, *l. pen. hoc tit.* Si seruo obligato vel non, mulier pro eius capite pecuniam promiserit, hæc etiam causa intercessionis Senatusconsulto non continetur. Præterea notandum ex l. 22. cessare Senatusconsul. Velleianum, si mulier, quæ pro alio intercesserit, post biennium denuo se obligauerit eiusdem rei nomine, vel si eodem nomine satisdederit, si exposuerit secundam cautionem qua agnoscat primam. idem traditur in *Nouel. 61.* quæ ait, mulierem non pertinere ad Senatusconsultum Velleianum, si post biennium cautionem primam agnouerit. Sed id tantum locum habet, si pro extraneo, non pro marito intercedat: Nam & si pro marito sæpius intercedat, non tenetur, *Nouel. 134.* etiamsi post biennium iteretur intercessio. Postremo notandum ex l. 23. cessare Senatusconsult. Velleian. si mulier quid acceperit, vt pro alio intercedat. Cuius rei probatio ab actore exigitur, nisi instrumento publico, quod habeat subscriptionem trium testium, comprehensum sit, dixisse mulierem, se causa intercessionis pecuniam accepisse. hoc si sit scriptum, non exigetur probatio ab actore, si modo instrumenti fides in dubium non vocetur. Additur etiam in ea lege 25. restitui actionem in veterem debitorem, non tantum subducta muliere beneficio Senatusconsulti Velleiani, sed etiam eo casu deficiente Senatusconsulto Velleiano, si mulier non sit soluendo. quod ualde nouum est. Namque alias datione expromissoris, etiam si is non sit soluendo, debitor omnino liberatur, nec in eum actio restituitur, quia creditor bonum nomen facit, qui eum expromissorem probat & admittit: sicut hereditatem locupletem facit, qui eam adit: & ideo obligatur in solidum, etiam supra vires hereditarias. *leg. inter causas §. abesse, D. mand.* Cum igitur id sit valde nouum, non est porrigendum ad alios casus deficientis Senatusconsulti Velleiani: Nam si in mulierem, quæ intercessit, sit actio cum effectu, cessante Senatusconsulto Velleiano, licet mulier non sit soluendo, tamen in veterem debitorem non restituetur actio.

AD TITVLVM XXX.

De non numerata pecunia.


Hic Titulus est de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ dicitur a Græcis ἀναργυρία, & veritatis seruandæ causa comparata est, *l. 1. hoc tit.* seu tota pecunia, seu pars eius non sit numerata. Nam excipitur, vel de toto, vel de parte non numerata, *l. 2. hoc tit.* Hoc autem habet proprium hæc exceptio, vt qui eam excipit, non probet; sed onus probandi transferat in actorem, vt diximus in *tit. de condict. ob turpem causam. in fi. sup. l. 1. sup. de probat.* Item, id habet proprium, vt non tantum actioni opponatur exceptio, sed etiam sine actione in modum querelæ contestetur. Contestatione autem perpetuatur, alioqui temporalis est exceptio. Id ostenditur in *l. 8. 9. & 14. §. pen. hoc tit. l. vlt. sup. de condict. ex lege.* Ea contestatio fit creditori præsenti ex scripto, vel si creditor absit a loco, vbi contractum est, vel si sit difficilis conuentu, veluti si in magistratu positus sit, fiet contestatio apud iudicem ordinarium, vel ciuitatis defensorem, vel episcopum, *d. l. 14. §. pen. & vlt.* quæ pars *leg. 14.* est repetita in *l. si præsens, supra, de Episcop. audient.* & similiter, quod in *ea l. 14.* est scriptum de apochis tributorum publicorum, id est repetitum in *l. vlt inf. de apochis public. lib. 10.* Item fini *d. leg. 14.* qui quidem est de exceptione non numeratæ dotis, est coniungenda *l. vlt. de dote cauta, & non numerata.* vtriusque est eadem inscriptio & subscriptio. Qua ex causa datur hæc exceptio non numeratæ pecuniæ, ex eadem etiam datur condictio cautionis, seu liberationis: vt si quis scripserit sibi numeratum, quod non est numeratum, spe numerationis, condicet chirographum, *l. 7. hoc tit. l. 3. sup. de condict. indeb.* Hæc condictio est perpetua, & adiunctum habet onus probandi. Itaque eius conditio longe est ab exceptione diuersa: Est enim perpetua hæc condictio, quia habet adiunctum onus probandi, quod non habet exceptio non numeratæ pecuniæ. Atque ita condictio indebiti, si per errorem solutum sit ex cautione non numeratæ pecuniæ, erit perpetua cum onere probandi, quod intenditur: hæc exceptio etiam de qua tractamus erit perpetua, si reus onus probandi sumat, nec exigat ab aduersario probationes, sed eas ipse offerat. Ita recte sensit quidam ex veteribus, argumento legis 10. hoc tit. Datur etiam interdum non exceptio ex hac causa, sed replicatio eiusdem naturæ, & conditionis, *l. pen. hoc tit.* Et in specie huius leg. 1. si pignus a me datum spe futuræ numerationis vindicauero, contra exceptionem dati pignoris, & nondum

solutæ pecuniæ, dabitur replicatio non numeratæ pecuniæ. ita est accipienda l. 1. hoc tit. quæ repetita est in *l. 1. inf. si pignoris conuent. numerat. secuta non sit.* Idem colligitur ex d. *l. 1. hoc tit.* contra cautionem siue chirographum dari exceptionem non numeratæ pecuniæ, etiamsi hypotheca data sit, & cautioni pignus additum sit, *l. 3. hoc tit.* Idemque est, si cautioni additum sit iusiurandum, id est, si cum religione iurisiurandi, scripto quis sit testatus se pecuniam accepisse, *l. 16. hoc tit.* Id etiam colligitur ex *d. l.* 1. hanc exceptionem non numeratæ pecuniæ, non tantum dari contra actionem creditæ pecuniæ ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam contra actionem hypothecariam, *l.* 1. *in fi. hoc tit.* Et biennio hæc exceptio concluditur ex constitutione Iustiniani, olim quinquennio, *l.* 1. *C. Hermogeniano, de cauta & non numerata pecunia.* Hodie biennio, post bienium non potest opponi. Datur etiam hæc exceptio contra actionem ex stipulatu de dote. Et hoc casu non biennio, sed longiore tempore concluditur in fauorem dotium, quod tempus præfinitur, *l. vlt. de dote cauta & non numerata, & Nou.*100. Et hæc exceptio non numeratæ pecuniæ opponitur etiam contra quamlibet aliam actionem ex stipulatu. Sed quid si debitum ex causa venditionis, vel conductionis deducatur in stipulationem & scribatur hæc stipulatio (vt fit plerumque) an contra actionem ex stipulatu ex his causis opponatur exceptio non debitæ pecuniæ? nam cum debitum ex alia causa in stipulationem deducitur, non est necesse, vt stipulationis tempore pecunia numeretur: sed vt debitum præcedat: quod si non præcesserit, tum contra actionem ex stipulatu opponetur exceptio non debitæ pecuniæ, *l. 5. & 13. hoc tit.* Et hæc exceptio erit perpetua, quia habet adiunctum onus probandi, *l. 13. hoc tit.* de qua in l. 1. sup. de probat. Contra alias autem actioner quæ nascuntur ex obligationibus re contractis, opponitur exceptio non datæ rei vel pecuniæ: veluti contra actionem depositi, opponetur exceptio non dati depositi, vel cōtra actionē commodati, exceptio dati, non commodati Et exceptio hæc his casibus etiam biennio concluditur. Nam lex 14. hoc tit. significat eum exceptionem locum habere in omnibus contractibus, qui re contrahuntur, eamque biennio finiri. Opponitur etiam exceptio non solutæ pecuniæ contra apochas, *d. l.* 14. Et hoc casu non biennio concluditur, sed mense, quia plus fauemus liberationibus, quam obligationibus. Denique hæc exceptio hæc omnia complectitur, non numeratam scilicet pecuniam, non solutam, non debitam, non datam rem vel solutam. Et modo est perpetua, modo temporalis, modo mensis, modo biennij, modo temporis prolixioris. Datur autem exceptio hæc non tantum reo principali, sed etiam eius mandatori, & fideiussori, & heredi, *l.* 8. 12. *& penult. hoc tit.* Expromissori autem non datur, *l. 6. hoc ipso tit.* Idque est verissimum, si pro suo creditore expromiserit, quia etiamsi soluerit, indebiti condictionē uon habet. Sed si expromiserit pro eo, cui nihil debebat, cuique stipulator pecuniam non numerauerat, si conueniatur ex stipulatu, se tuebitur exemplo fideiussoris, exceptione in factum non numeratæ pecuniæ, vel doli, *l. quamuis §. interdū, D. ad Senatusc. Vell. l. Iulianus, D. de doli except.* Vbi citatur Iulianus *l.* 1. & in *l. 2. D. de donat.* Addatur, dari etiam hanc exceptionem aliis creditoribus rei principalis, qui agunt, vel cōueniuntur actione hypothecaria, *l. pen. hoc tit.* Hanc igitur exceptionem habet, non tantum, qui se principaliter cautione obligauit inconsiderate, sed & eius creditor si cum eo agatur actione hypothecaria ab eo, in quē illa cautio exposita est, & cui cautum est. Namque ei actioni opponetur exceptio ἀναργυρίας. Hæc exceptio certis casibus cessat. Primum, si fidem cautionis promissor agnouerit, *l. 4. hoc tit.* quod fit solutione partis: quo etiam casu filiusfamil. post emancipationem amittit exceptionem Senatusconsulti Macedoniani si soluat partem, *l. 2. sup. ad Macedon.* His possunt addi, quæ diximus de solutione partis, *sup. tit. ne vxor pro mar.* Secundo cessat hæc exceptio, si quis transactionis causa certam summam cauerit, nam frustra excipit de non numerata pecunia, *l. 11. hoc tit.* Nam etiā ex causa transactionis solutum condici non potest, quamuis debiti causa nulla præcesserit, *l. 2. sup. de condict. indeb.* Tertio hæc exceptio cessat, si quis argentariis & publicæ mensæ exercitoribus cauerit certam quantitatem dari, & hoc fuit nominatim definitum *Nou. 136. & edicto Iustin. 7.* (nam quod apud eos fit, maxime fidem facit) Ideoque ex eis Nouellis, generaliter dicendum est, hanc exceptionem cessare, si quis publico instrumento cauerit certam quantitatem, de quo Accursius dubitauit, sed id expediunt Nouellæ. & contra chirographum opponitur exceptio, contra publicum instrumentum non opponitur nisi probetur falsum: Præterea hæc exceptio non opponitur chirographis, vel apochis rerum depositarum, *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* Vt si quis scripserit, se rem accepisse in causam depositi, quam vocant securitatem, & ὁμολογίαν ἀποληπτικὴν, & apocham. apocha tria significat, acceptilationem, professionem acceptæ pecuniæ debitæ, & professionem acceptæ peniæ non debitæ, vt in causam depositi. Et contra hanc apocham non potest opponi exceptio non dati depositi, ne in reddendo deposito fiat mora: quod probatur confessione depositarij: idque introductum est fauore depositi: sicut etiam illud, vt actioni depositi non opponatur cōpensatio, deductio, retentio. Sic hæc exceptio non opponitur, ne quid moretur redditionem depositi. Itaque non idem dicemus de apocha redditi depositi, qua in re Accursius fallitur: Nam hic non subest idem fauor & exceptionis, & apochæ. Itaque cōtra apocham redditi depositi, quam emittit qui deposuit, cuique redditur depositum, non dicemus non posse opponi exceptionem non redditi depositi. Ideo si qui deposuit, agat depositi, & depositarius apocham proferat, replicabitur de non reddito deposito, negabiturque veram esse scripturam, & dicetur id fuisse scriptum spe futuræ redditionis. Præterea hæc exceptio non opponitur apochis publicorum tributorū, *d. l.* 14. Atque id introductum est fauore collatorū. Qui a fisco apocham accepit securus est, etiamsi dicatur emissa spe futuræ numerationis. Postremo, hęc exceptio non opponitur apochis traditæ dotis, quę fiunt post tabulas matrimoniales, id est post dotalia instrumenta; quod etiam significat *d. lex* 14. Est quidē locus exceptioni non numeratæ, vel non datæ dotis, cum tabulæ tantum nuptiales confectæ sūt, in quibus est perscriptum viro dotē datam, vel promissam esse, & hoc est quod ait *lex* 1. *J. de dot. caut. & non numer.* Dotem non facit ait, dotalis instrumenti scriptura. item *l. vlt. eod. tit.* In dotibus, inquit, quas datas esse, &c. Idem significat *Nouel.* 100. At si præter nuptiales tabulas, in quibus scriptum est dotem datam, apocha etiam maritus caueat, se recepisse dotem ab vxore vel a socero, contra hanc scripturam non dabitur exceptio non numeratæ dotis. Quod introductum est fauore dotium. His casibus, quibus ab initio cessat exceptio non numeratæ pecuniæ, non potest etiam ab aduersario deferri iusiurandum, *d. l. 14. h. tit.* His casibus, qui cauit neque potest excipiendo exigere probationes debiti a creditore, nec eum cogere vt iuret sibi deberi. Cautio namque sufficit, nec adigendus est actor ad iusiurandū. Excipitur vnus casus *Nouell. 136. de argent. contract. §. vlt.* Rationibus argentarij, exprimentibus causam debitorum debitor subscripsit sua manu, causas tamen debitorum non expressit (nam alioqui constat cessare exceptionē non numeratæ pecuniæ, etiamsi res ei esset cum alio, non cum argentario, *l. 13. hoc tit.*) Sed vt dixi subscripsit tantum. lex ait, argentario non posse opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ; & rationes eius subscriptas à debitore haberi pro publicis instrumentis: sed iusiurandum

iusiurandum ab argentario posse peti intra biennium. Et ita legi 14. derogatur, vt ea Nouella significat. Idem est, si exceptio non numeratæ pecuniæ sit tempore finita: Nam post biennium, vel mensem literis statur omnimodo, nec iurare cogitur, qui eis literis nititur, *d. l.* 14. Et ita nudis literis obligatio contrahitur, tempore finita hac exceptione, etiamsi numeratio non sit secuta, *tit. de liter. obligat. Institut.* Sed de literarum obligationibus nulla est in Pandectis mentio, sed de obligatione, quæ re, vel verbis, vel consensu contrahitur, *l. Græce* §. 1. *de fideiuss. l.* 1. *de nouat. l.* 1. §. 1. *& l. obligamur, de obligat. & action.* Hæc fuit vetus diuisio obligationis, aut re, aut verbis, aut consensu, aut nominibus. nomina apud mensam argentariorum in foro fiebant: Sed obligatio nominum sublata est. Obligationem etiam nominum prudentes non agnouerunt, quia exceptio non numeratæ pecuniæ olim fuit perpetua. Ergo nulla fuit literarum obligatio. Constitutiones nouissimæ eam exceptionem fecerunt quinquennalem, deinde constitutio Iustiniani biennalem vel menstruam secundum ea quæ diximus.



AD TITVLVM XXXI.

De Compensationibus.



Compensatio ita definitur in *l.* 1. *eod.* debiti & crediti inter se contributio. vbi Accurs. debiti, inquit, ex vtraque parte, & inter se, id est, inter contrahentes. Sed hoc totum est reijciendum, quia his verbis nemo non videt significari sui æris, & alieni æris computationem, puta, cum quis, quod alteri debet, confert cum eo, quod sibi debetur, & cum vtrumque communi calculo subijcit. propter quod etiam Græci συμψηφισμὸν vocant & ἀντέλλογον, *Theophilus Instit.* §. 1. *de societ.* & §. *in bonæ fidei, de actionib.* Et Græcus quidam compensare dicit, ἀντιλογίζειν. Fit autem ex causa pari compensatio, vel etiam dispari, vt si tu mihi debeas ex mutuo, ego vero tibi ex vendito. At fit tantum compensatio ex specie pari. Paulus libro 2. Sentent. *tit.* 5. Vt pecunia compensatur cum pecunia, aurum cum auro, frumentum cum frumento. Denique, ea tantum in compensationem deducuntur, quæ pondere, numero, & mensura constant: quia ea sola mutuam permutationem recipiunt: corporis cum corpore non fit compensatio, licet cum de corporibus agitur, dicatur, sed impropriè, compensationi locum esse. Id semper est accipiendum corporibus ad æstimationem redactis: æstimationes illæ vltro citroque concurrentes quantitate compensantur. Addendum, compensationem fieri ipso iure, vt si tibi centum debuerim, & tu postea mihi debere cœperis sexaginta, nunc ipso iure non debeo tibi nisi quadraginta, & eius duntaxat summæ vsuræ currunt ex mora, vel stipulatione, secundum causæ vel iudicij qualitatem, *l.* 4. *&* 5. *hoc tit. l. cum alter, D. eod. l. eius, inf. de solution.* Et si tu a me petas centum nominatim, plus petas, quia deminutum est debitum ipso iure, & in plus petiti periculum incidas. Paulus supradicto loco. Item, si in eadem specie ego soluam illa centum per errorem, mihi competit condictio indebiti, *l. si ambo, D. eod. tit.* Igitur exceptionem doli opponere, vel compensationem allegare non est necesse: Nam ipso iure obligatio minuitur *l. postquam, D. eod.* At olim tantū id obtinuit in actionib. bonæ fidei, *d.* §. *in bonæ fidei, & d.* lex *si ambo*, nominatim loquitur de actione societatis, quæ est actio bonæ fidei: At contra l. inter *tutores, de administ. tut. D.* quæ ait, æquitatem merum ius compensationis inducere

Cod.

A sine exceptione, id est, æquitatem ipso iure compensationem inducere sine compensatione loquitur de qualibet actione, & *d.* lex *postquam*, *&* lex *cum alter, eod. tit. &* lex 4. *&* 5. *hoc tit.* Et lex quinta nominatim loquitur de actione stricta ex testamento. Et male Accursius leg. quartam coangustat ad rationem vsurarum. Dicit enim in actionibus strictis ipso iure compensationem fieri, quod ad rationem vsurarum attinet, vt inhibeantur pro modo concurrentis quantitatis. Sed male: nam licet ea l. 4. de vsuris loquatur, ratio tamen leg. 4. est generalis: quia ipso iure pro soluto compensatio habetur. Idem etiam male tradit, in maleficijs ipso iure compensationem fieri, licet sint actiones strictæ, si agatur ex maleficio allata *l. si ambo* §. *quotiens, D. eod. tit.* quæ lex, si furti B vel condictione furtiua, vel noxali iudicio agatur, dicit compensationem locum habere, ipso iure fieri non dicit. Et quod est initio leg. *si ambo*, quo etiam Accursius vtitur huius sententiæ firmandæ causa, id est de culpa & negligentia sociorum, quod maleficium non est, & de actione societatis, non de actione ex maleficio. Itaque ea sētentia non potest sustineri. At quid propositis dicemus? Proposuimus in actionibus bonæ fidei tantum ipso iure olim admissam compensationem: at postea multas leges attulimus, quæ dicunt compensationem in qualibet actione admitti ipso iure. hæc est mea sententia. Olim in actionibus strictis, nec ipso iure, nec per exceptionem compensatio admittebatur, ipso iure in bonæ fidei actionibus C admittebatur, quia exceptiones doli bonæ fidei iudicijs insunt: deinde cœpit etiam postea in actionibus strictis admitti compensatio, opposita doli exceptione, ex constitutione Diui Marci, §. *in bonæ fidei, Instit. de actionib.* quod non extat alibi. Iudicium strictum opposita doli exceptio reddit bonæ fidei actionem Ergo ex illa constitutione admissa est compensatio in actionibus strictis. Exceptio doli strictam actionem bonæ fidei facit, *l. Seia, de mort. causa donat* & ibi Doroth. in lib. Basil. tandē post Marci constitutionem, quæ admiserat doli exceptionem, constitit inter omnes prudentes, vbique ipso iure compensationem fieri, & in bonæ fidei, & strictis iudicijs. Et hic est sensus legis, *postquam*, id est, postquam finita est vetus controuersia, inter Iurisprudentes, quod & constitutio Seueri D confirmauit, *d. l. cum alter, eod. tit.* id est, Alexandri. & *l.* 4. *huius tit. &* 5. ita definiunt aperte. Deinde etiam id confirmauit aperte constitutio Iustiniani, *inf. l. vlt. huius tit.* In qua lege quidquid constituitur, iam fuerat ante constitutum. Constituitur primum, vt ipso iure fiat compensatio in omnibus actionibus, quod ante receptum fuerat, nec id sibi vindicat Iustin. deinde, vt non fiat compensatio, nisi debiti liquidi, id est, certi, & confessi, & præsentis. Confessum debitum liquidum est: item id, de quo constat sententia iudicis. Ita certi debiti confessi fit compensatio, controuersi, vel incerti non fit, vt in specie legis *si debeas, D. eod.* Si debeas decem, aut hominem, vtrum aduersarius elegerit, huius debiti compensatio non fit, antequam E aduersarius elegerit, quia nondum est certum, quid debeatur, cum sit debitum in potestatem creditoris collatum, nec is palam dixerit, quid sibi præstari velit. Item eius, quod per exceptionem perimitur, quæ expungat naturalem obligationem, non fit compensatio, *l. quæcumque, D. eod. tit.* Item, eius debiti, cuius dies nondum venit, compensatio non fit *l.* 7. *D. eod.* At si debitum sit purum, & debitor condemnatus sit, certum est debitori diem prorogari iudicato faciendo: intra eum diem iudicati eius debiti compensatio induci potest, *l. si cum militi* §. *vlt. de compens. D.* Quoniam inquit lex, aliud est diem non venisse, qui fuit obligationi præsenti appositus: quo casu non potest opponi compensatio, cum nondum ille dies venerit; aliud est humani-

tatis gratia debitori puro indulgeri solutionis tempus: A quo casu, si intra illud tempus agat, ei compensatio opponetur eius debiti cuius solutio dilata est humanitatis casa. Idque ait, si ei qui pure debet, humanus creditor laxiorem diem vltro dederit ad soluendum. quod non ita dudum contigit in hac specie. Mihi debes centum, deque eo constat sententia iudicis, qua condemnatus mihi fuisti: sed rogatus distuli actionem iudicati in biennium. interim ex nouo quodam negotio ego cœpi tibi debere centum, quæ statim tibi solui petis. Ego a principe impetro licentiam eius compensandi, quod mihi ex causa iudicati debes, cuius solutionem humane in biennium distuli: Nam moribus Galliæ compensatio non fit, nisi ex principis rescripto. Tu dicis nondum venisse diem & biennium nondum præterijsse, & quod in diem debetur, non venire in com- B pensationem. Contra ego dico, longe aliud esse, non venisse diem qui fuit initio obligationis, aliud tempus indulgeri humanitatis gratia, meam humanitatem mihi nocere non debere vinco. ex *d. l. si cum militis* §. *vlt.* Atque ita refert Papo in lib. senatusc. non notata tamen illa lege. At, vt redeamus ad dict. l. vltimã, Iustinianus duas actiones excepit, quibus compensatio non admittitur, actionem depositi, quod etiam fuit receptum ante Iustinianum, vt diximus *sup. Commod.* excipit etiam momenti actionem, quæ datur aliena possessione interuersa & occupata. Vtramque actionem depositi, & momenti celeriter expediri oportet, nihil morari debet redditionem depositi, nec possessionis restitutionem. Vtraque actio est momentaria, & nominatim momenti actio dicitur celeris reformatio, *l. si coloni, de agric. &* C *cens. l. quinta. Cod. Theodos. de denunt. vel edit. resc. l. 4. Cod. Theodos. Vnde vi*, eas duas actiones compensatio non minuit.

Ad extremum notandum est compensationem admitti, non tantum in priuatorum causis, sed etiam fiscalibus, id est, fisco agenti compensationem recte opponi *l. 1. l. liberum, hoc tit. l. vlt. D. eod. l. aufertur* §. *vt debitoribus D. de iure fisci.* Quod ita procedit, si eadem statio, quæ mecum agit, mihi debeat. Nam ei compensabo quod vicissim mihi debetur. Sed quod altera statio fisci mihi debet, id alteri agenti compensare non possum, ne officia fiscalia confundantur siue stationes fiscales. vnus est fiscus, diuersæ sunt fisci stationes, id est, mansiones, in quibus officia fiscalia consistunt. Sic accipe legem 1. *Ne fiscus rem quam vendidit* D *euincat*, & *leg. 2. inf. de solut.* Vbi Accursius legit, stationibus, non rationibus vt vulgo. & *Nou. 91.* Duo fiscalia debita, quod ibi ignorauit Accursius, id est, duarum stationum fiscalium debita. At hanc legem primam Græci ita exponunt. Fiscus in diuersis prouincijs habet rerum suarum procuratores, & dicitur vnaquæque procuratio statio. quod vna statio fiscalis mihi debet, id alteri agenti mecum compensare non possum. Ratio notatur in l. 1. propter confusionem officiorum diuersorum, id est, ne confundantur procurationes, & rationes catholicorum. Nam Græcis semper Cæsaris procuratores dicuntur καθολικοὶ. Alij sunt procuratores speciales, vt procurator metallorum, caducorum. at pro- E uinciales sunt καθολικοὶ, & absolute catholicus est Cæsaris procurator. In *l. pen.* §. *pen. ff. de bonis damnat.* Ita legitur: *Cæsarianis, vel Catholicianis.* Cæsariani sunt officiales siue apparitores procuratoris Cæsaris, Iidem sunt Catholiciani. Itaque illud *vel* est ἑρμηνευτικὸν, & legendũ forte, id est, vt apud Eusebium libro decimo καθολικὸν Africæ interpretari oportet procuratorem Cæsaris in Africa quod latinus interpres male vertit præfectum prætorio Sic in *libro 4. de vita Constantini*, καθολικότητος nomine significatur Cæsaris procuratio. Excipiendus est vnus tantum casus quo non opponitur fisco compensatio, si rei venditæ pretium fiscus petat: id enim omnimodo solui oportet, nec compensatio vllo modo inducitur, *d. l. aufertur* §. *vt debitorib.* & *l. 7. hoc tit.* At si priuatus petat pretium rei venditæ, recte compensatio ei opponitur. Et id tantum proditum est de fisco, vt in eo non inducatur compensatio.

Addendum, aduersus fiscum compensationem non admitti, si tributa. vel stipendia, vel annonas petat, d. §. *vt debitoribus.* Hoc in ciuitatibus etiam receptum est, *l. 3. hoc tit.* Si ciuitas, inquit, petat vectigalia, vel tributa, non admittitur compensatio. Quædam sunt vectigalia fisco debita, *l. omnium, inf. de vectigal.* Quædam sunt debita Reipublicæ, *l. 10 & vlt. eod. tit.* vectigalia, id est, εἰσαγωγικὰ & ἐξαγωγικά. Sic tributa quædam fisco, quædam ciuitatibus inferuntur: Siue igitur fiscus, siue ciuitas petat, non est compensationi locus. Item in causa ciuitatum non admittitur compensatio, si is cum quo agitur nomine ciuitatis, debitor sit ex pecunia quæ seruiat Calendario ciuitatis, vt ait l. 3. id est, quæ fœnori contrahendo destinata sit, cuius pecuniæ erat etiam proprius curator qui dicebatur curator Calendarij l. *vlt. ff. de administrat. rer. ad ciuitat. pert.* Et in *Cod. Theodos. tit. de curat. Calend.* Huius igitur pecuniæ debitor compensationem non habet. Nam eam reddi oprtet sine cunctatione, & statim collocari, ne sit otiosa. Item, non admittitur compensatio, si quis sit ciuitatis debitor ex ea pecunia, quæ seruiat solemnibus impensis ciuitatum, veluti viarum, operum, speculatorum: vel ex ea pecunia, quæ frumento, vel oleo coemendo sit destinata: Cuius quidem pecuniæ erant proprij curatores, qui dicuntur Σιτῶναι & Ἐλαιῶναι *l. vlt. de munerib. & honor. D.* Igitur huius pecuniæ debitor compensationem non habet, vt *l. 3. & l. ideo D. eod. tit. de compensat. id est*, Debitor alimentorum & copiarum, id est, qui ciuitati debet alimenta vel copias, non habet compensationem, *d. l. 3. & l. ob negotium, D. eod.* Alimenta, & annonas vocamus copias, *l. 4. Cod. Theodos. de oper. public.* Cassiodorus in psalmo 31. ait copias victuales parcius dari. Et idem in psal. 77. & 117. *qui iussam copiam*, &c. Igitur debitor copiarum non vtitur compensatione. Item debitor fideicommissi relicti ciuitati non habet compensationem, *d. l. 3. hoc tit.* Si priuato debeatur, habet compensationem, *l. 5. hoc tit.* Et hæc quidem tantum proponuntur in *d. l. 3.* in qua dum ait, *is cuius de ea re negotiatio est*, id est Præses, non Procurator Cæsaris quia hæc l. 3. loquitur de ciuitate, non de fisco: Et iura ciuitatis ad præsidem Prouinciarum, non ad Procuratorem Cæsaris pertinent.

Ad L. II.

L. 2. Ex causa quidem iudicati (si debitum) solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Eum vero, qui iudicati conuenitur, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.

In hac *l. 2.* hoc ostenditur eum qui conuenitur ex iudicato, posse compensare id, quod sibi debetur ex alia causa, vel ex eadem, id est, ex re iudicata. Item notandum generaliter eum, cum quo agitur, posse compensare quod indebitum soluit, cuius condictionem habet, non id, cuius condictionem non habet, vt ex causa iudicati solutum condici non potest, licet iusta non fuerit condemnatio, *l. 1. sup. de condict. indeb.* Ergo id etiam compensari non potest. Hæc est sententia *l. 2.* cui Fulgosius opponit nec respondet, *l. etiam, D. de compensat.* quæ ait, notandum id quod iure ciuili, sed etiam quod natura debetur, venire in compensationem. nunc ita colligatur: naturalia debita veniunt in compensationem. Quod ergo male condemnatus solui, mihi debetur generaliter. Ergo possum id compensare. quod est contra hanc l. 2. propositio (vt respondeamus) est certissima. Assumptio ita

probabitur: Si ego solui ex male iudicato, solui natura A indebitum, quia male iudicatum non parit naturalem obligationem, neque tollit si qua sit, *l. Iulianus, ff. de condict. indeb.* Ergo id ipsum, quod solui, mox natura mihi cœpit debere is, cui solui, argumento legis vlt. *sup. de condict. indeb.* Vbi creditor, cui Stichus, aut Pamphilus debetur vtroque soluto per errorem debitor fieri intelligitur Et ideo quidam ei dabant electionem reddendi quem vellet, quia in disiunctiuis debitoris est electio: eorum tamen sententia non probatur. sic natura debita, & quod tibi solui natura indebitum, id ipsum mihi natura debes. Ita probabiliter assumptio probatur: verum non est admittenda, quia cum solui ex causa male iudicati, solui quidem indebitum natura, iure tamen ciuili debitum, ex re scilicet iudicata. Solutio debiti ciuiliter tantum, vel naturaliter, obligationem naturalem non parit ex parte accipientis: & ideo vt natura debiti soluti non est condictio, ita nec indebiti natura est condictio, si iure ciuili debeatur: at solutio prorsus & omni iure indebiti obligationem naturalem parit ex parte accipientis, ex qua est condictio, quæ dicitur naturalis, & ex bono & æquo, *l. indebiti, & l. hæc condictio, ff. de condict. indeb.* Quod ergo ex causa male iudicati solui, iure ciuili debui, iure naturali non debui: sed neque id tu cui solui mihi nunc natura debes. ergo id condicere non possum condictione indebiti, quia solui debitum, nec compensare, quia quod debitum accepisti, fieri non potest vt natura mihi debeas. Et rursus contra *l. etiam eod. tit.* opponi solet lex *quæcunque, ff. de compensat.* Lex ait, ea, quæ per exceptionem perimi possunt, non venire in compensationem: at ea videntur natura deberi, quæ non eliduntur nisi exceptione. Cur igitur ea in compensationem non veniunt? Lex *quæcunque* negat. Dicamus, duo sunt genera exceptionum. aliæ tollunt naturalem obligationem, vt exceptio pacti, iurisiurandi, doli, Senatusconsulti Velleiani, & non numeratæ pecuniæ. Hæ expungunt naturalem obligationem. quæ his exceptionibus perimuntur, ea si tibi soluero, condicere possum. Ergo & compensare. Mihi autem ea compensari non possunt, quia nec natura ea debeo. Sic est accipienda lex *quæcunque*: & ideo vtitur verbo perimendi. Aliæ sunt exceptiones, quæ non tollunt naturalem obligationem, vt rei iudicatæ: vt si verus debitor absoluatur, non desinit ideo natura debere, quamuis habeat exceptionem rei iudicatæ. Igitur exceptio rei iudicatæ non D tollit obligationem naturalem. Item exceptio inopiæ, ne quis supra vires damnetur. Et exceptio impetrati iniqui iuris, male iudicati, & Senatusconsulti Macedoniani. hæ non tollunt naturale vinculum. Quæ his exceptionibus eliduntur, ea si tibi soluero condicere non possum, quia natura debeo. ergo nec tibi ea postquam solui possum compensare: mihi tamen ea, si nondum solui, compensari possunt, quia a me naturaliter debentur, licet peti non possint. Sic accipienda lex *etiam*, licet peti a me non possunt. Denique pleraque, quæ peti non possunt, compensari possunt, manente naturali obligatione: at quæcunque soluta repeti non possunt, nec compensari possunt, quia ideo non pos- E sunt repeti, quia debita sunt aliquo iure, vel ciuili tantum, vel naturali. Solutio autem debiti reddendi eius obligationem naturalem parere non potest.

Ad L. VI.

L. 6. Neque scriptura, qua cautum est accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: & compensationis æquitatem iure postulas; non enim prius exsolui, quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit, eo magis, quod ea te persequi dicis, quæ a muliere diuortij causa amota quereris.

Coniungenda est hæc *l. 6.* cum *l. 1. inf. rerum amotarum.* Sciendum est apud eundem iudicem sæpe mutuas petitiones institui, conuentiones & reconuentiones, de quibus hæ sunt leges, *l. Lucius, D. Mand. l. 15. de except. rei iudic. l. 34. D. de procurat. l. 1. §. vlt. de extraordin. cognit. l. si idem §. 1. de iurisdict. omn. iudic.* Item *l. 1. §. vlt. D. quæ sentent. sine appellat. rescin.* Nunc finge: vir facto diuortio agit rerum amotarum, mulier vicissim agit ex stipulatu apud eundem iudicem, mutuæ petitiones sunt. fiet compensatio: & ideo si prius constiterit sententia iudicis de eo, quod vir mulieri debet ex stipulatu, vir non cogetur id statim mulieri soluere. Non poterit statim agi iudicati. Nam est exspectandum quoad etiam de rebus amotis pronun- B tietur. Hæc est vis compensationis. Hoc hac l. ostenditur, & *l. 1. §. vlt. quæ sentent. sine appellat. resc.* Vbi nominatim est scriptum, constitutionibus id caueri. Nullæ extant constitutiones præter hanc, quæ ideo intelligenda est. Non obstat quod dicit Accursius, ex constitutione Iustiniani *de rei vxoriæ actione, inf.* vt ob res amotas non sit locus retentioni, vel compensationi, videlicet si dos repetatur: ex ea constitutione res amotæ non veniunt in compensationem. Id non obstat, quia ea constitutio est noua decisio, & si vis trahere ad priores constitutiones, non potest ad hanc trahi, cum non dicatur palam, mulierem egisse de dote, sed ex stipulatu, *l. 1. inf. rer. amot.* Variæ sunt causæ, quibus ex stipulatu agitur.

Ad L. VIII.

C *L. 8. Si propter fructus ex possessione tua perceptos vitricus tuus debitor tibi constitutus est: cum id, quod a matre tua ei legatum est, a te petere cœperit, mutuo debitæ quantitatis apud eum, qui super ea re iudicaturus est, compensationem non immerito obiicies.*

Ex l. 8. notandum est, ei, qui agit ex testamento legati nomine, posse obiici compensationem fructuum ab eo ex agro aduersarij mala fide perceptorum, & consumptorum, & teneri condictione sine causa, *l. 3. sup. de condict. ex causa.* Obiicitur compensatio sine exceptione, quia fit ipso iure: Sed dum obiicitur, ipso iure factam esse compensationem, dicitur, vt filiofamil. præterito testamentum ipso iure nullum esse sine bonorum possessione contra tabulas dicitur.

Ad L. IX.

L. 9. Eius, quod non ei debetur qui conuenitur, sed alij, compensatio fieri non potest.

Si mecum agas, constat me posse compensare quod mihi debes: at quod alii, puta Titio debes, te inuito compensare non possum, etiamsi Titius velit, *l. in rem, D. de compensat.* At si me conuenias quasi Titii procuratorem, hoc casu compensabo quod Titio debes, non quod mihi debes, *l. postquam, D. eod.* Multo minus potero compensare quod Titius mihi debet. Igitur nec quod alij debes, nec quod alius mihi debet, id possum compensare: at si agas vt heres militis ex bonis castrensibus, id duntaxat compensabo quod mihi defunctus debuit ex causa castrensi, non quod ex causa pagana: Nam duplex est hæc hereditas, alia castrensis, alia pagana. Miles potest bona sua separare ex militari priuilegio, *l. si cum militi, D. eod.* Rursus si agas mecum vt procurator fisci in Asia, id compensabo quod Asiana statio mihi debet, non quod alia, *l. 1. hoc tit.* Vel si vt tutor agas, id compensabo quod pupillus mihi debet, non quod tu debes, *l. pen. D. eod. tit.* at si sint duo tutores, vnus rerum vrbanarum, alter prouincialium, & agas vt tutor rerum vrbanarum, id etiam

compenſabo quod mihi pupillus debet ex cauſa A vel contractu prouinciali, *l. inter, D. de administrat. tutor.* Non vt fiſci, ita pupilli diuerſæ ſtationes vel procurationes ſunt. Ipſo iure vna eſt tutela vnius pupilli, licet ſint plures tutores, qui adminiſtrationem rerum pupillarium diuiſerint, quæ per eos, vel curatores fit: & idem de curatoribus, quod de tutoribus dicendum eſt. Et ſimiliter ſi agas vt procurator in rem alienam, non tuo nomine, id ſolum compenſabo quod dominus mihi debet, non quod tu: at ſi agas vt procurator in rem tuam, compenſabo quod tu mihi debes, non quod dominus, argumento legis *ſi quis in rem, D. de procurat.* At ſi agas mecum tuo nomine, quaſi cum tuo debitore, id recte compenſabo quod Titio debes, ſi modo Titius actiones ſuas in rem B meam mihi mandauerit, puta nomine vendito, & ſi eas actiones conteſtatus fuero, *l. in rem, D. eod. tit.* quia litis conteſtatio pro delegatione habetur. Itaque videor compenſare quod mihi debes, non quod Titio. Idem ergo erit, Accurſio auctore, ſi a te partem illius debiti exegero, vel tibi vt ſolueres denunciauero. Nam hæc exactio particularis vel denunciatio pro delegatione habetur, *l. 1. ſup. de obligat. & act.* His addendum, fideiuſſorem recte compenſare quod reo principali debetur, *l. 4. & 5. D. eod. tit.* Item ſocius quod ſocio debetur recte compenſat: ſocius enim eſt ipſe alter, *l. 10. D. de duob. reis conſtit.* quæ lex, dum negat vnum ex duobus reis promittendi, non ſociis poſſe compenſare, quod alteri debet, id tacite in ſociis admittit: & quod ait de non ſociis, ita procedit, ſi inuicem fideiuſ- C ſerint ſuo nomine: quia poteſt fideiuſſor & quod ſibi, & quod reo debetur, compenſare, *l. 11. de duob. reis.* quæ ait, duos reos promittendi non inutiliter inuicem fideiubere. Effectus huiuſmodi mutuæ obligationis duplex eſt: primus, ſi correi ſocii non ſint, & inuicem fideiuſſerint, & vnus ſolidum deinde ſoluerit partim ſuo, partim nomine fideiuſſorio, actionem mandati aduerſus correum habet, quam nec vllam aliam habet, ſi inuicem non fideiuſſerint, quia ſi ſocii non ſint, & inuicem fideiuſſerint, vnus poteſt compenſare quod alteri debetur, quod non licet, ſi inuicem non fideiuſſerint: ob id lex 11. non ait, non inutiliter duos reos promittendi inuicem fideiubere. At videntur duo rei effectu ſemper inuicem fideiubere, quia a quolibet ſolidum ſemper peti poteſt. Ideo in Senatuſconſ. D Velleiano ſi mulier, & Titius duo rei ſint accepti, mulier videtur pro Titio fideiuſſiſſe & ſic interceſſiſſe, quod non valet & reprobatur, *l. vir vxori §. vlt. D. ad Senatuſc. Vell. l. mulierem ſup. ad ſenatuſc. Vell.* At ſane non ſunt vice mutua fideiuſſores, ita vt ſuperioribus ſententiis locus ſit, niſi id ita ſit nominatim cautum, vt inuicem fideiubeant, quæ cautio parit illos duos effectus. Addunt interpretes filiumfamilias recte compenſare quod patri debetur, quod verum non puto, niſi ex eadem cauſa patri debeatur, qua cum filio agitur. Et eſt quod ait *l. 9. in fi. D. eod. tit. de cõpenſ.* quia vnus contractus eſt. Loquitur autem hæc lex de ſocietatis contractu, de quo Paulus tractauit libr. 32. ad edictum, ex quo ſumpta eſt illa lex: tractat etiam initio E legis, & ideo dicit, patri agenti ex contractu habito cum filiofamil. compenſari patri ſolidum, quod ſocio filiusfamil. debet, licet non poſſit peti a patre, niſi pro modo pecuIij. Sic igitur in fine legis ſpecies ponenda eſt: Filiusfamil. contraxit ſocietatem cum Titio. obligatio ſtatim patri adquiritur, qui ideo etiam ſocius videtur. agitur cum filiofamil. pro ſocio in ſolidum, ex eodem contractu debetur patri aliquid, qui ſe ſocietati immiſcuit, quaſi ſibi per filium quæſitæ. id quod patri debetur ex eadem cauſa filius compenſabit, quia vnus eſt contractus, quam rationem Accurſius male ait, malam eſſe.

Ad legem X.

L. 10. Quoniam liberum fundum diſtractum tibi proponis, poſt vero veluti præcedente emptionem obligatione, certum quid ſoluiſſe, ſi debitum a te apud præſidem prouinciæ petatur: compenſationem eius, quod indebite ſoluiſti potes opponere.

NOtandum eſt, ei, qui agit ex vendito, poſſe opponi compenſationem rei pigneratæ, venditæ. Finge, venditor in vendendo prædio dixit, id eſſe liberum omni obligatione: erat tamen pignori Titio obligatum. illud emptor luit. Si emptor conueniatur ex vendito pretii nomine, compenſabit pecuniam, quam Titio ſoluit luendi prædii cauſa. Idem puto eſſe dicendum, ſi venditor prædium non dixerit eſſe liberum, argumento legis *5. inf. de euiction.* ſi modo & id obligatum non dixerit.

Ad l. XI.

L. 11. Si tutores pupillis officio magiſtratus vrgente nominaſtis, ac pro his propter onus primipili pecuniam ſoluiſtis, ſuperſtitioſam geritis ſolicitudinem, ne ab ipſis conuenienti hanc eis imputare minime poſſitis, vel a vobis quicquam amplius exigatur, ſi tantum quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipſorum maiorem quantitatem dediſſe probetur.

SCripta eſt hæc lex 11. ad duumviros, Iulianum, & Paulum magiſtratus municipales. Hi duumuiri pupillo tutorem creauerunt, qua ex cauſa pupillo tenentur actione ſubſidiaria quæ eſt in factum. de qua diximus *l. 1. ſup. quod cum eo, qui in aliena eſt pot. geſt. eſſe dic.* Iidem duumuiri iam ante patrem pupilli eiuſdem primipilum creauerant: qua ex cauſa Reipublicæ tenentur, vt nominatores. Finge, duumuiros ex cauſa primipili a patre geſti ſoluiſſe pecuniam Reipublicæ, quam primipilaris reliquam fecerat: finge, eos conueniri a pupillo actione ſubſidiaria, poſſunt illi quidem in hanc actionem compenſare quod pro pupillo ſoluerunt ex cauſa primipilatus a patre geſti. Nam primipili honos ſequitur filium, & ſi heres patris non ſit. Id dixi *l. 1. ſup. de condict. ex lege.*

Ad legem XII.

L. 12. Inuicem debiti compenſatione habita, ſi quid amplius debeas, ſoluens, vel accipere creditore nolente offerens, & conſignatum deponens, de pignoribus agere potes.

COmpenſatione liberantur pignora, vt ſolutione, videlicet ſi quantum quis debet, tantum ei viciſſim debeatur: at ſi minus ei debeatur, in id quod amplius debet, tenetur, & ad concurrentes quantitates compenſatur, pignora tamen in ſolidum tenentur: Liberabitur autem ipſe, & pignora liberabuntur ſuperflui ſolutione, vel oblatione, & depoſitione: quæ ſolæ non ſufficiunt. Id dixi *l. 10. ſupra de pigneratitia actione.*

Ad legem XIII.

L. 13. Si velut in id debitum quod ſolemnium publicarum penſationum nomine debueras compenſaturo tibi, nihil te petiturum poſtea Mutiano ſcripſiſti: redditis his, quæ venerant in compenſationem, non indebiti ſoluti repetitio, ſed ante debiti competit exactio.

ID notandum eſt, fiſco petenti publica tributa, compenſationem non obiici, *l. 3. ſup.* Nunc finge: fiſcus petit a me tributa. Ego quod viciſſim mihi fiſcus debet, cum

cum initio compensare vellem, postea non compensaui, imo procuratori fisci scripsi me compensationem omissurum. Et solui solidum fisco quod petebat. Quæritur an mihi detur condictio soluti? Minime: Nam ius compensationis hoc casu non habebam. Sed si solui quod compensando potui non soluere, mihi indebiti condictio competit, at si solui quod compensando non potui seruare, mihi non competit condictio indebiti: at mihi dabitur mei crediti petitio. Eadem est sententia *l. qui inuicem, de cond. indeb. D.* Ex qua hæc lex penult. est explicãda. Igitur qui dicit se non petiturum, id est, se non compensaturum, non remittit ideo suum creditum. Compensatio est quasi mutua petitio, proprie tamen non est petitio, quia ipso iure fit, *l. postquam, D. eod. tit.* At qui dicit se non petiturum, id est, non acturum, is remittit creditum suum, & si agat, repelletur exceptione pacti.

AD TITVLVM XXXII.

De Vsuris.



VSuræ, quæ nihil aliud sunt, quam sortis incrementa, vt Isidorus ait, sunt iure ciuili receptæ, non tantum quæ propter moram, sed etiam quæ propter lucrum indicuntur, nec tantum ex conuentione nostra, sed etiam officio iudicis, vel ipso iure, vt in bonæ fidei iudiciis, & legatis & fideicommissis, in quibus vsuræ veniunt ex mora officio iudicis, & in actione iudicati, in qua vsura centesima post diem iudicati venit ipso iure, *inf. de vsur. rei iudic.* Conuentio vel est stipulatio, vel pactum. In actionibus bonæ fidei vsuræ debentur ex pacto facto ex continenti. In actionibus strictis nec debentur ex mora, nec ex pacto, nec lite contestata officio iudicis, vel ipso iure, sed tantum ex stipulatione, vt in mutuo non debentur nisi ex stipulatione, *l. Titius, D. de prescript. verb. l. 3. hoc tit.* & in promutuo, *l. 1. sup. de condict. indeb.* Porro ea stipulatio vsurarum vel in diem moræ concipitur, & hæc pœnam moræ continet, & nonnunquam dicitur pœna, *l. 9. de verbor. obligat.* Vel pure concipitur, & statim vires accipit ex die stipulationis interpositæ. Hæc lucrum continet, quod proprie dicitur fœnus, quod quidem videtur esse locatio, & conductio quædam. Nam pecunia vtenda datur, & accipitur certa mercede. Et ob id Horatius *omnia conductis coemens obsonia nummis*: conductis nummis, id est, fœnori sumptis, & paulo post, vsuras mercedes vocat, quo loco explicat mercedes, vel nummos, id est, vsuram, vel sortem. At locatio non est proprie, quia locatio earum rerum contrahitur, quarum est vsus, nummorum non est vsus, sed abusus, quia vtendo non permanent. Item contracta locatione eadem species redditur, contracto fœnore non item, sed idem genus. Fœnus non est etiam mutuum: Nam vt commodatum mercedem non recipit: Ita mutuum sui natura est gratuitum, quod etiam commodatum dicitur, *l. 1. C. Theod. Quod iussu*, & apud alios multos auctores. Fœnus igitur qualis erit contractus, qualisve conuentio? est stipulatio regulariter, certis casibus pactum, vt in pecunia nautica, in pecunia ciuitatum, & argentariorum. regulariter autem stipulationem exigimus; non tamen scripturam *l. 1, hoc tit.* quæ ait, optimo iure deberi vsuras in stipulationem deductas, licet scripta non sit ea stipulatio, si modo rite, id est, præcedente interrogatione, & responsione sequente probetur facta vsurarum promissio: stipulationem, inquam, exigimus in pecunia tantum, vel auro, vel argento. In aliis rebus, quæ mensura constant, veluti, oleo, vino, frumento, & similibus, etiam pactum sufficit, & ex eo vsuræ debentur, nec est necessaria stipulatio, *l. 12. hoc*

A *tit.* Vt, si creditis decem modiis frumenti, paciscar vt in singulos modios duo sextarii quotannis mihi præstentur. Ex hoc pacto facto ex continenti, erit vsurarum petitio, & hæc pactio vsurarum in his rebus admittitur propter incertum pretium earum rerum, quia plerunque crediti tempore magno constant, solutionis tempore paruo, vel contra. Itaque ratione incerti pretii earum rerum, facilius ex pacto earum rerum debentur vsuræ, quam cæterarum, quarum est certum pretium & immutabile. eademque ratione res illæ quæ mensura constant recipiunt grauiores vsuras, quas non recipit pecunia, *l. 23. inf.* Vbi additamenta vsurarum, id est Græcis πλείονα τόκον, id est, grauiores vsuras. Eædem res eadem ratione recipiunt ἀχρήστως conuentionem supra modum vsurarum. Et generaliter qui modus vsu-

B rarum seruatur cum pecunia creditur, pecuniaque redditur, vel cum frumentum creditur & pecunia redditur, vel contra, cum pecunia creditur, frumentum redditur, *l. 16. hoc tit.* vel etiam cum aurum, argentum, vestis, vel quæ alia species datur, pecunia redditur: quo etiam casu seruatur vulgaris vsurarum modus, *l. 25. infr. eod. tit.* Idem modus non seruatur cum frumentum creditur, frumentumque redditur, quinimo grauior vsura permittitur, quæ excedit vulgarem modum. Ideo lex 23. ait, frumento credito eiusdem duntaxat materiæ admitti vsurarum incrementum, id est ὑπερβολήν. Qua ratione in *Nouella 32. 33. & 34.* Iustinianus agricolæ credita pecunia permittit vsuras trientes, id est, in singulos solidos quotannis singulas siliquas, quæ est vsura triens vt constat ex Nouella Leonis 83. Frumento

C autem agricolæ credito Iustinianus in singulos modios quotannis creditori permittit accipere octauam partem modii, quæ est vsura centesima *Nouell. 130.* Itaque in pecunia permittit trientem tantum, in frumento centesimam. Nam vt in pecunia centesima est vsura, quæ in singulos solidos quotannis reddit tres siliquas, id est, solidi partem octauam, qui constat siliquis 24. Ita in frumento vsura centesima est, quæ in singulos modios quotannis reddit duos sextarios, id est, partem octauam modii, qui capit sextarios sedecim. Ergo vt apparet ex eis Nouell. in frugibus. grauiores vsuræ permittuntur, quam in pecunia, id est, centesima. Et hoc est quod Iustinianus dicit in *l. 26. inf. eod. tit. In specierum fœnori dationibus*, centesimam permitti, &c. id est, τῶν καρπῶν, veluti frumenti, olei. vt recte Græci; Item frugum vsuræ debentur ex pacto, pecuniæ non debentur

D nisi ex stipulatione: ex pacto, licet sit appositum contractui mutui ex continenti, pecuniæ vsuræ creditæ peti non possunt: At si ex pacto soluantur, an possunt repeti? Si vsuræ soluantur ex pacto, non condicentur, quia natura debentur ex pacto, eadem ratione non imputabuntur in sortem, quia non sunt penitus indebitæ cum natura debeantur *l. 3. hoc. tit.* Eadem etiam ratione seruari poterunt vsuræ illæ per retentionem pignoris *l. 4. & 22. hoc tit.* Nam hic est alius effectus naturalis debiti, vt possit naturale debitum seruari per retentionem pignoris. Quod ita procedit, si in illas vsuras quæ pacto debentur pignus sit acceptum. Qua in re alia est ratio sortis, alia vsurarum. ob chirographariam sortem, pignus retineri potest, id est, in quam pignus ac-

E ceptum non est; pignus ex alia causa acceptum potest retineri, *tit. etiam ob chirographariam pecun.* ob chirographariam vsuram pignus retineri non potest, id est, in quam pignus non est acceptum. Chirographaria vsura est, si pignus sit duntaxat in sortem acceptum, necesse est apponi illud duntaxat: Nam si hæc taxatio defuerit, etiam in vsuras tacite pignus datum, & acceptum videtur, vt recte notant Græci *ad l. si necessarias §. vlt. ff. de pignerat. act.* Idem in eodem titulo confirmat *lex solutum §. in sortem.* In quo ita legendum: *si in sortem duntaxat, nec in vsuras pignus obstrictum est.* Nam idem in eo §. continetur, quod in *lege 4. hoc. tit.* Quamobrem

si tempore cōtractus,vt etiam ostendi in l.4. pignore ac- A cepto pactus sim minores vsuras & ex interuallo maiores: pro maioribus vsuris pignoris retentionem non habeo, quia in eas pignus non accepi, sed nec pro minoribus, quia minorum conuentio sublata est posteriori conuentione maiorum,*d. l.* 4. At si in vsuras debitas sine stipulatione, ex pacto scilicet, pignus sit acceptum nominatim, retentionem pignoris habeo. Item si creditori simpliciter pecunia soluatur, eo in continenti non expresso, vtrum in sortem, an in vsuras de quibus conuenit, soluatur: potest creditor hoc casu acceptam pecuniam in vsuras imputare pacto debitas, in quas pignus accepit, *l. 21. hoc tit.* Ergo solutum simpliciter non tantum imputatur in vsuras, quarum est actio, vt debitas ex stipulatu, sed etiam in vsuras, quarum nomine est retentio. non tamen imputatur in vsuras, quarum nec B actio est, nec retentio, veluti in chirographarias vsuras, sed in sortem imputantur, *l. in iis §. pen. ff. de solut.* Quod ait *l. 4. de vsur.* idem esse seruandum in pœna. Adiicit *lex grege §. vlt. ff. de pignor. & l. 22. hoc tit.* Pœna infertur ob moram, si sua die sors soluta non sit. Vsura etiam ob lucrum. Item pœna semel tātum infertur & eius vna est summa: vsura infertur quot Kalendis, & inde nomen Kalendarii, inde fœneratores, μηνιαῖοι ἀπαιτηταὶ, id est, *menstrui exactores*, & menses vsurarum parentes, μῆνες τόκων πατέρες apud Basilium in psal. 104. *Ambrosius in Tobia.* Verum ad eum diem Kalendarum non semper vsuræ soluebantur: constituebantur quidem in eum diem, sed concedebatur interdum dilatio vsque ad Idus sequentes, neque die Kalendarum, in quem erant constitutæ, exigebantur. Sic sæpe inuenies C vsuras solui Idibus, *l. si ex pluribus §. vlt. ff. de solut. Cicero. 1. in Catilinam: proximis idibus centies.* & cæt. Postremo stipulationis pœna est certa. stipulatio vsurarum incerta. de vsura datur condictio incerti, de pœna certi, *l. vbi autem §. penult. ff. de verb. obligation.* Interpretatus sum l. 1. 3. 4. 12. 16. 21. 22. 23. & 25.

Ad legem II.

L. 2. Vsuras emptor, cui possessio rei tradita est, si pretium venditori non obtulerit, quamuis pecuniam obsignatam in depositi causam habuerit, æquitatis ratione præstare cogitur.

LEx secunda huius tituli est de vsuris, quæ ex mora veniunt in actione ex vendito officio iudicis. In hac actione venit principaliter pretium, quanti res væniit, D deinde vsuræ pretii post rei traditionem quasi ex mora soluendi pretii, quæ fit rei reipsa post rem traditam. Nam cum tibi res sit tradita, cur statim pretium non soluis? re ipsa moram facis. item quia æquum est, vt cum ex re iam tradita fructus emptor percipiat, præstet etiam vsuras pretii nondum soluti. ratio fructuum hoc exigit, *l. 5. inf. de act. empt. l. Iulianus, §. ex vendito, ff. eod.* Et aperte Paulus 2. *Sententiarum, tit. ex empto vendito.* At vsuræ cessabunt statim atque emptor pretium obtulerit, & deposuerit: vtrumque exigitur, & sola depositio non sufficit, *l. 2. hoc, tit.* nisi si defuerit cui offerretur pretium: veluti venditore sine successore, vel saltem incerto, defuncto, *l. euictis §. vlt. de vsuris.* Hoc casu sola depositio vsuris emptorem leuabit, cum non sit cui offerat. Sola etiam oblatio non sufficit, vt vsuras inhi- E beat, quod seruatur & in vsuris creditæ pecuniæ, *l. 16. & 19. hoc tit.* Ergo nec sola depositio, nec oblatio satis est. Sola oblatio liberat a periculo, si res oblata casu postea pereat, & ipso iure liberat, seu strictum sit iudicium, seu bonæ fidei, ex sententia Sabini, *l. 105. de verb. obligat. ff.* Item oblatio sola consumit ἀντίχρησιν, *l. 11. hoc tit.* Ἀντίχρησις est multo grauior quam vsura, & ideo facilius soluitur quam vsura. Item oblatio sola liberata collatione publicorum tributorum, *l. 1. inf. de suscept. & arcariis libr.* 10. quod recte Accursius notauit *ad legem* 19. *inf. eod.* item oblatio sola minorum vsurarum a maioribus liberat: vt si sint promissæ minores, & si ad diem non soluerentur, maiores præstarentur: si ad diem minores offeruntur, nec deponantur, hoc satis est, ne maiores currant, *l. 9. hoc tit.* quia non est fauendum vbertati & incremento vsurarum: qua ratione etiam ob vsuras minores non solutas, maiores non infliguntur propter lucrum, id est, ex die contractus, sed propter moram tantum, id est, ex die, quo non sunt præstitæ minores, *l. cum quidam, in princ. ff. de vsur.* Cum tamen ob sortem non solutam grauiores infligantur etiam propter lucrum, id est, ex ipso die contractus, *l. lecta, in fine, ff. de reb. credit. si cert. petat.* Exposui quatuor effectus nudæ oblationis; alias oblatio sola non liberat a sorte, nec vsuris, nec a pœna, nec pignus liberat. Id ostendimus *l. 10. sup. de pign. act.* Quæ autem oblatio sola non efficit, neque etiam depositio sola efficit: at quæ oblatio sola efficit, veluti illa quatuor quæ dicta sunt, eadem multo magis præstabit depositio, & obsignatio. Nunc quærendum circa l. 2. ante traditionem rei venditæ cur pretii vsuræ non currant, cum quæ ratio post traditionem emptorem vsuris subiicit, ea est ratio fructuum, vt diximus, eadem ratio subsit re nondum tradita. Nam fructus rei venditæ pertinent ad emptorem ex die contractus, etiam si res vendita tradita non fuerit, *l. fructus, & l. pen. inf. de act. empt. & vend.* Sed non est hoc temere admittendum: sic enim hoc procedit, si vel pars pretii sit numerata, *Paul. 2. sent. de loc.* Quo casu, id est, parte pretii soluta, pro ea parte fructus pertinent ad emptorem ex die contractus, C *argum. l. vlt. §. vlt. ff. de fun. dot.* Et si totum soluit, ex die contractus solidi omnesque fructus ei debentur: alioquin si nihil soluit, fructus ad emptorem non pertinent, quia compensantur cum vsuris pretii: emptor dum soluit pretium sine vsuris, accipiet etiam rem sine fructibus, qui sunt percepti post contractum, & ita compensat fructus cum vsuris pretii: vt venditore rescindente venditionem ex beneficio ætatis, fructus ex re vendita percepti medio tempore ab emptore, compensantur cum vsuris pretii soluti, & fit tantum restitutio ex vna parte rei, ex altera pretii. fructuum & vsurarum fit compensatio, *Paul. 1. Sent. tit. de minoribus.* Sic etiam si supra dimidium iusti pretii fraus interuenerit, emptor eligere debet, vt vel soluat quod deest iusto pretio cum vsuris medii temporis, vel rem emptam sine fructibus redhibeat. Nam compensabit fructus a se D perceptos cum vsuris pretij, quo venditor vsus est. Hac de re magna est inter interpretes disceptatio in *l. 2. C. de rescind. vend.* Id ita eleganter definitur ab Harmen. ex sententia cuiusdam magistri, & Nouell. quadam Lecapeni *3. Epit. tit. 3.*

L. 5. Aduersus creditorem vsuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutum, vtilis est pacti exceptio: secundum quod tueri causam potestis etiam aduersus defensores ciuitatis maiores petentes ex cautione, si probaueritis semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quæ maiores cauerat, dependisse.

HIc ponitur exemplum taciti pacti. Tacite enim etiam fiunt pacta, *l. 2. 3. & 4. ff. de pact.* Species est: Debitor stipulanti creditori vsuras maiores promisit, minores per aliquot annos præstitit. Hodie ex stipulatu maiores exiguntur: tuebitur se taciti pacti exceptione, quasi videatur creditor tacite conuenisse se minoribus contentū fore, quod confirmat, *l. 8. hoc tit. l. qui semisses ff. eod.* Idq; adiicit *l. 5.* esse dicendum, si reipublicæ maiores promissæ, minores sint præstitæ. Nam ex hac præstatione inducitur tacitum pactum non petendarum maiorum. Quid dicemus e contrario: debitor promisit minores, præstitit maiores satis longo tempore? Aut

errans

errans id fecit, aut sciens: Si errans, quod amplius A præstitit vsurarum nomine, sorti imputabitur, sortem minuet, *l. creditor* §. *vlt. ff. de solut.* Si vero sciens præstitit maiores, tacite videtur pactus de maioribus: Ex præstatione tacitum pactum inducitur: Itaque quas soluit iam vsuras, non condicet, nec sorti imputabit, quia ex tacito pacto debentur: at postea inuitus non præstabit, licet diu eas præstiterit. Diuturna præstatio, vel partis præstatio obligationem non constituit, per actionem, quæ non fuit ab initio. *l. 7. hoc tit. l. si certis, sup. de pact. l. vlt. sup. ne vxor pro mar. l. operis, ff. de oper. libert.* pactum quidem inducit tacitum, sed pactum non est obligatio: Idem præsumptionem obligationis firmissimam inducit, si de ea dubitetur *l. cum de in rem verso, ff. de vsur. l. litibus, de agricol. & censit. lib. 11.* Item obligationem, si qua fuit, confirmat, & corroborat, extinctis exceptionibus, quæ competebant, vt non numeratæ pecuniæ, aut senatusconsulti Macedoniani. *l.* B *2. sup. de senatusc. Maced. l. 4. de non numer. pecun.* Interdum perpetuat obligationem, quæ fuit, vt in causa alimentorum. Nam si quis alimenta legauerit, & non constet an perpetuo, an ad tempus debeantur, si quis ea triennio præstiterit, hoc satis est, vt perpetuo debeantur, *l. 1. ⁊. de fideicommiss.* & adijcitur in hac *l. 5.* idem esse in republica. nihil obstat lex *Imperatores, ff. de pact.* quæ ait administratorem ciuitatis frustra remittere quod reipublicæ debetur: hic etiam nihil remittit, sed ita fore accidit, vt debitor maiorum vsurarum minores semper inferret reipublicæ: qua ex re videtur tacite pactus cum republica etiam de maioribus vsuris non præstandis. In multis iuris articulis eadem est causa C priuatorum, & reipublicæ, vt in hac specie, & in *l. Paulus respondit. ff. quibus mod pignus, vel hypot. sol.*

Ad legem X.

Vsuræ per tempora solutæ non proficiunt reo ad dupli computationem. Tunc enim vltra sortis summam vsuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa vsurarum excedit eam computationem.

EX l. 10. notandum est, vsuras supra duplum non deberi, id est, altero tanto sorte amplius: vt si sors sit 100. & vsuræ nomine soluantur 100. nihil amplius præstabitur vsurarum nomine, quia vsuræ æquauerunt sortem, sed quidquid postea præstabitur, sorti cedet. Igitur in hac specie si debitor ducenta soluerit, liberatur tā D a sorte, quam vsuris. hoc est quod dicitur, vsuras non excedere duplum. *l. si non sortem §. 1. ff. de condict. indeb. l. 4. §. pro operis, de naut. fœn.* Ex quo §. male colligunt quidam idem esse in nautica vsura. Nam in eo §, pœna ob operas serui nauticæ pecuniæ causa secuti deducta est in stipulationem post diem periculi suscepti. Itaque desiit pecunia esse nautica finito periculo: & ob id vsura eius pecuniæ non excedit duplum, aut centesimam. At ipsa vsura nautica excedebat duplum & centesimam. Idem igitur non fuit in nautica vsura, idem tamen fuit in pœna, quæ solet inferri semel vice vsurarum, hæc etiam non potest excedere duplum. *l. Iulian, §. idem Papin. de action. empti. l. pecuniæ, ff. eod. tit. l. 15.* E *hic.* Imo & supra duplum vsura ipso iure non potest seruari per retentionem pignoris, *l. pen. hic.* Idem confirmat *l. pretij, inf. Mand. l. 4. §. nec pign. ff. de naut. fœn. & Nouel. 121. & 138. Iustin.* Ex eis Nouellis vsuræ solutæ per minutas partes diuersis temporibus, vt singulis Calendis, coaceruantur & in duplum computantur: quod duplum excedit, sorti cedit. Itaque iure nostro vsurarum ratio valde coercetur, nec tam est laxa quam plerisq; videtur. Ideo ex eis Nouell. corrigitur *l. 10.* quæ ostendit vsuram non excedere duplum: vt cum sors est 100. & vna vice pro vsura soluuntur centum, iam amplius vsuræ nullæ currunt: vel si sors sit centum, & pro vsuris soluantur 150. centum finient vsuras, & 50. sorti imputabuntur. verum si vsuræ per partes soluerentur, vt si singulis Calendis tres aurei in centenos, vsurarum ratio poterat duplum excedere, nec coaceruabantur hac l. 10. quæ abrogatur illis Nouellis, & vsuræ per tempora solutæ proficiunt reo. Explicuimus constit. 2. 5. 6. 7. 8. 10. 15. & penult.

Ad legem XIII.

Lex 13. In bonæ fidei iudiciis (quale est negotiorum [etiam] gestorum) vsurarum rationem haberi certum est. sed si finitum est iudicium sententia: quamuis minoris condemnatio facta est non adiectis vsuris, nec prouocatio secuta est: finita retractanda non sunt: nec eius temporis, quod post rem iudicatam fluxerit, vsuræ vllo iure postulantur, nisi ex causis iudicati.

HÆc l. 13. de vsuris, quæ ex mora, vel ex litis contestatione veniunt in actione negotiorum gestorum. In hac actione vsuræ veniunt iudicis arbitrio, non ipso iure: & ideo si iudex in condemnatione rationem earum non habuerit, nulla est petitio, *l. 4. inf. depos.* Cæterum post diem iudicati faciendi, id est, post quatuor menses a condemnatione ipso iure incipit currere vsura centesima, *l. 2. inf. de vsur. rei iudic.* anterioris temporis nullæ possunt peti vsuræ, quia non veniunt nisi iudicis officio, quo functus est dicta sententia, *l. index, ff. de re iudic.* Officium, seu arbitrium iudicis semper actioni seruit. vbi igitur non est actio, vel quæ fuit actio sententia finita est, amplius officio iudicis vsuræ seruari non possunt: Nec poterit quis tentare in contrarium ex *l. negotiorum, ff. de appellat. & l. vlt. de re iudic.* peti posse vsuras, quarum in iudicio bonæ fidei rationem iudex negotiorum gestorum non habuit. Species est. Negotiorum gestor condemnatus bona fide appellauit, id est, non morandi causa, sed diu litem traxit: deinde pronunciatum est, iniuste esse appellatum. Quæritur, quia tardius paulo iudicatum est, an vsuræ eius pecuniæ in condemnationem deductæ medii temporis peti possint. Lex ait, *dandam vtilem actionem*, qua videntur peti vsuræ, quarum iudex rationem non habuit. Hoc est negandum, quia reus fuit condemnatus in ea specie in sortem & vsuras, & nisi appellasset ab actione iudicati, petitæ ab eo fuissent vsuræ præteriti temporis vsque ad sententiam actione iudicati, & vsuræ eius temporis, quod fuit post diem faciendi iudicati, non vsuræ medii temporis. Nam illud medium tempus, quod est inter sententiam & diem iudicato faciendo præstitutum, id est, tempus illud induciarum, quo actio iudicati suspenditur immune est ab vsuris. *l. vlt. §. penult. & vlt. de vsur. rei indic. l. 3. §. 1. ff. de vsur.* maxime si mora cœperit a litis contestatione, non ante. Verum in ea specie reus appellauit, & quidem bona fide, sed diu litem traxit: deinde iniustam esse appellationem simpliciter est pronunciatum. Iudex appellationis potuit eum condemnare in vsuras medii temporis inter sententiam & appellationem. *l. tutor. ff. de vsur.* At iudex hoc prætermisit, & simpliciter pronunciauit, male appellatum esse. quæritur an vsuræ medii temporis quod est inter primam & secundam sententiam peti possint. dicit peti posse vtili actione iudicati, quia fuit condemnatus in vsuras prima sententia, quæ trahuntur etiam ad vsuras præteriti temporis vsque ad posteriorem sententiam, quasi tunc reus condemnatus videatur a priore iudice, cuius sententia confirmatur. Et ob id dicitur dari vtilis actio, quia videtur condemnari: at si prius in vsuras non sit condemnatus, non arbitror vllam esse rationem, qua debeat medii temporis vsuras præstare. Condemnatum fuisse in vsuras ea lex non dicit. At quæ solent fieri, ea facile supplemus, nisi quid aperte in contrarium eat. Item illa

quæstio intervsurii, quæ est in ea lege, indicio est, alias vsuras fuisse in condemnationem deductas, & verbum principalis pecuniæ hoc planum facit. Alia igitur fuit accessoria. præterea in ea l. negotiorum gestori tutor coniungitur, inter quos magna est hac in re differentia. Nam in actione negotiorum gestorum vsuræ veniunt arbitrio iudicis: In actione tutelæ veniunt ipso iure fauore pupillorum *l. 1. §. vlt. ff. de vsur.* Itaque in ea specie non est dubium de tutore non debuisse vsuras. Vt igitur ei recte sit coniunctus gestor, idem ponendum est de gestore, debuisse eum vsuras ex sententia: De vsuris, quæ veniunt in actionem negotiorum gestorum est *lex 24. hoc tit.* quæ ostendit pecuniæ administratæ vsuras in eam actionem venire; & veniunt statim, ex quo gestor pecuniam otiosam habuit, quasi mora reipsa commissa sine interpellatione. Nam hoc gestori culpæ vertitur, si pecuniam fœnori non dederit, cum scilicet dominus solitus esset fœnerari; alioqui non est gestor in culpa, *l. qui semisses §. vlt. de vsur.* nam a gestore exactissima diligentia exigitur, vt a tutore.

Ad Leg. XIII.

L. 14. Si ea pactione vxor tua mutuam pecuniam dedit, vt vice vsurarum domum inhabitaret, pactoque ita, vt conuenit vsa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quæstionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam vsurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim vberiore sorte potuerit contrahi locatio, non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

HÆc lex 14. est de ἀντιχρήσει, de qua est etiam l. 11 & 17. Ἀντίχρησις est conuentio quæ ita fit, vt fructus rei pignoratæ creditor retineat vsurarum vice, vel vt domum pignoratam gratis inhabitet, & vt ea vtatur vsurarum loco. Ex ea conuentione creditor retinet omnes fructus pignoris, nec in sortem hi imputantur, etiamsi excedant legitimum modum vsurarum *l. 17. hoc tit.* Qui modus datus est vsuris, idem non est datus ἀντιχρήσει. Vsuræ constituuntur stipulatione, ἀντίχρησις pacto; est enim pactum pignoris. Vsuræ non perimuntur sola sortis oblatione sine depositione. ἀντίχρησις perimitur oblatione sola, *l. 11. hoc tit.* ab agricola vsuras stipulari licet: ἀντίχρησιν non item, *Nouell. 32. & 33.* Denique ἀντίχρησις non est vsura, sed quasi vsuræ vice: & ob id hæ tres leges ponuntur sub hoc titulo de vsuris, cum sint tamen de ἀντιχρήσει. Et Harmenopulus lib. 3. titul. 5. ponit hanc l. 14. sub titulo περὶ ἀντιχρήσεως. Species est. Dedi tibi pecuniam mutuam, & accepi tuas ædes pignori ea lege, vt eas inhabitarem vsurarum vice, nulla mercede habitationis præstita, quæ lex ἀντίχρησις dicitur: mihi permissum est, vt eas inhabitarem, non vt locarem, possum tamen etiam locare, quia sum conductori similis. Constat autem conductorem, etiamsi id ei non sit permissum, posse alteri locare, *l. 6. inf. de locat. & cond.* Nunc si id fecero, quod mihi nominatim non est permissum, id est, si locauero ædes pignori obligatas, & ex mercede plus redegero, quam ferat legitimus modus vsurarum, quod amplius erit, sorti imputabo; vt hæc lex significat. Et Ioannes sensit idem, quod & Harmenopulus tradidit. Verum si vt conuentum fuit, domum inhabitauero, licet ea habitatio pluris æstimetur, quam legitimus modus vsurarum ferat, tamen conuentio seruabitur, atque adeo cedet habitatio lucro creditoris, & videbitur ea domus mihi potius conducta vilius, quam illegitima vsura contracta. Similiter si ager pignori tradatur nominatim ea lege, vt creditor fructus retineat vsurarum vice, conuentio seruabitur, etiamsi fructus excedant modum legitimum vsurarum: at si nihil dicatur de fructibus, nec de vsuris, sed ager simpliciter pignori tradatur, id agitur vt fructus percipiantur, quinimo culpatur creditor si eos non percipiat; & alias tenetur de percipiendis: & hoc etiam casu, quo nihil dictum est de vsuris, tacite videtur contracta ἀντίχρησις. Itaque creditor fructus retinebit vsurarum vice, non tamen supra legitimum modum vsurarum. Tacita ἀντίχρησις seruat modum vsurarum legitimum, expressa non item. *l. cum debitor, D. quibus ex caussis pign. vel hyp.* In qua l. videtur apponi exemplum tacitæ ἀντιχρήσεως, quod titulus ipse indicat, qui est de tacito pignore conceptus. Debitor vtitur mea pecunia gratuito, quia ab eo nullas sum pactus aut stipulatus vsuras: cuius beneficii compensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur vt fructus non tantum percipiam, sed & retineam vsurarum vice, quod fiet tantum iuxta modum legitimum quasi tacito consensu. Quod si ea pecunia fuisset fœneratitia, non videretur etiam tacite contracta ἀντίχρησις, sed tradito agro debet fructus creditor percipere: Et nisi fructus perceperit, culpatur, id est, imputat perceptos & percipiendos vsuris primum, deinde sorti, *l. 2. inf. de partu pignoris.* Gratuita pecunia est, non tantum ea, de qua conuenit vt gratuita esset, sed etiam ea, de qua hoc non conuenit, si de vsuris nihil conuenerit. Sunt qui addant negationem ex l. 4. & 12. huius tit. & male colligunt fructus pignoris non posse retineri, nisi de eo pactum interuenerit; cum illæ leges non loquantur de fructibus pignoris, sed de re ipsa; cuius retentione seruo vsuras debitas pacto, vel stipulatione, de fructibus nihil; sed retentio etiam fructuum & tacita ἀντίχρησις inducitur, quæ tamen coercetur modo legitimo.

Ad. legem XVIII.

L. 18. Indebitas vsuras, etiamsi ante sortem solutæ non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint, sed post sortem redditam creditori fuerint datæ, exclusa [veteris] iuris varietate, repeti posse, perpensa ratione firmatum est.

NOtandum ex hac l. vsuras nec ciuiliter, nec naturaliter debitas & solutas in sortem nondum solutam imputari, & ideo non repeti, *l. si non sortem, in princip. ff. de condict. indeb.* Quod principium Accursius non intellexit, quia legit, *sorti debitas*, cum sit legendum, vt in Florentinis, *sortis debitæ*, id est, nondum solutæ, non vt in aliis libris. At iam soluta sorte, si postea vsuræ indebitæ sint solutæ, repetitio competit, & hoc ostendit *l. 18. Paulus 2. sentent. titul. de vsuris.* At ait lex 18. *Exclusa iuris varietate.* Nam veteres leges hac in re inter se pugnabant. omnes admittebant imputationem vsurarum indebite solutarum nondum sorte soluta: aliæ repetitionem admittebant, aliæ non admittebant: & quæ non admittebant, non carebant ratione. Nam vsuræ, etiamsi indebitæ sint, tamen ex iusta causa soluuntur, vt ob moram, quam ob causam etiam hodie pœnæ depensæ indebitæ, condictio non est, *l. pœnæ, ff. de condict. indeb.* vt si ad diem sors non solueretur, si non sit de pœna conuentum, & tamen nihilominus debitor per errorem pœnam ob moram soluerit, illius pœnæ non erit condictio, vsuræ erit condictio. Et hæc est differentia inter pœnam & vsuram summe notanda.

Ad L. XX.

Lex 20. Constitutionibus sacris, quæ vltra certum modum vsuras fœnebris pecuniæ exigi prohibent, mandatoribus etiam vel fideiussoribus subuentum est: quibus quasi mandator vel fideiussor conuentus vti potes.

IN hac l. 20. hoc ostenditur, modum vsuris præscriptũ non tantum pertinere ad reos principales, ne supra eum modum ab eis exigantur vsuræ: sed etiam ad mandatores, & fideiussores eorum, qua de re non temere dubitabatur. Nam plerisque in caussis iure veteri se-

uerius agebatur cum mandatore, vel fideiuſſore, quam cum reo principali. Reo iudicato dabantur induciæ ex iure veteri; mandatori, & fideiuſſori iudicato non dabantur. Id abrogatur tamen *l. vlt. §. vlt. inf. de vſur. rei iudicatæ.* Vnus hodie eſt vſurarum modus; olim ſimplex centeſima fuit legitimæ vſuræ finis, ſicut dixi initio *l. 8. ſup. ſi cert. petat. de reb. credit.* In ſenatoribus fuit ſemis; non licuit eis niſi ſemiſſem accipere *l. 4. eod. C. Theod.* Loquor de pecunia. Nam fructuum vſura permiſſa fuit quadruplex centeſima, *l. 1. C. Theod. eod.* Nautica vſura certum modum non habuit: quin & ſupra duplum exigi potuit, & in pactionem, vel ſtipulationem deduci, vt dixi in l. 10. Hodie autem, vt intelligatur modus legitimus vſurarum, explicanda eſt l. 26. cuius initium non eſt de modo vſurarum, ſed hoc tantum proponitur: vſurarum vel fructuum petitionem tolli actione perſonali ſublata 30. annis, vel actione hypothecaria ſublata 40. annis. Nam & ob vſuras hypotheca retineri poteſt. Si perſonalis actio perierit, hypotheca nondum perierit, poteſt retineri pro vſuris, ſed vtraque ſublata actione, ſoluuntur vſuræ: at ſublata actione perſonali, non ſemper tollitur hypothecaria, *l. debitor ff. ad ſenatuſc. Trebell. l. 1. & 2. inf. de luit. pign.* Idem non ſeruatur in redditùum annua præſtatione. Id dixi in *l. 18. ſup. de fide inſtrum.* Deinde Iuſtinianus *in d. l. 26.* ponit modum vſurarum, & primum in illuſtribus, & iis, qui ſupra eos ſunt, puta patriciis & conſulibus definit vſuras trientes vt iis contenti ſint. in iis, qui ergaſteriis, id eſt, menſis argentariis præſunt, & in negotiatoribus eorum præſcribit beſſes vſuras: quod etiam declarat in Nouella 136. Et in edicto nono id cauet: & in ea Nouella adiicit, eis vſuras beſſes deberi, etiamſi eum modum argentarii vſuris non dixerint: vt ſi ſimpliciter conuenerit vſuras præſtari, debebuntur beſſes. Id argentariis indultum eſt, ſicut illud, vt ex pacto vſuras petant: imo & olim quaſi ex tacito pacto vſuras petebant, etiamſi nominatim pactio non interueniſſet, tacite eas paciſci videbantur, quia illorum vitæ hoc eſt inſtitutum vt pecunias fœnore dent, vt indicat ea Nouella. & ideo ſemper intelligebatur tacita pactio de vſuris contracta. In aliis igitur idem non obtinebit, *l. quod in ſtipulatione ff. de vſur.* Si vſuras ſtipuler modo non adiecto, nulla eſt ſtipulatio, quia id tantum datum eſt argentariis. Adiicit Iuſtinianus vt fructuum & pecuniæ nauticæ ſit vſura centeſima, eſt & rei iudicatæ, in aliis autem perſonis, & cauſis præſcribit vſuras ſemiſſes, quæ etiam in fiſco ſeruantur. Nam fiſcales vſuræ ſunt ſemiſſes, & priuatorum, *l. vlt. inf. de fiſcal. vſur. lib. 10. l. 1. inf. de iis, quæ vt indign. aufer.* Vbi loquitur de fiſco, & dicit deberi ſemiſſes. Quod videtur Tribonianus addidiſſe, *vt & in l. cum quidam §. ſi debitores, ff. de vſur.* Pupillares vſuræ etiam ſunt fiſcales, id eſt, ſemiſſes, niſi caſibus certis, quibus ſunt centeſimæ, qui caſus notantur in *l. qui ſine, ff. de negot. geſt. l. tutor qui repertorium ff. de adminiſtrat. tutor.* Illud ſuperioribus addendum: ab Eccleſiis non exigi, vel Eccleſias non præſtare niſi quadrantes creditoribus ex Nouel. 7. Ab agricolis non exigunt creditores niſi trientes, quales quales ſint agricolæ, etiamſi ſint argentarii, *Nouella 32.* Sciendum eſt etiam hunc modum eſſe vſuris præſcriptum, non iis tantum quæ veniunt ex ſtipulatione, ſed etiam iis, quæ ſine ſtipulatione veniunt in bonæ fidei actionibus & iudiciis officio iudicis, ex æquo & bono, non obſeruato more regionis. Nam olim non fuit certus modus vſuris præſcriptus & præfinitus, quæ veniunt ex mora officio iudicis, ſed præſtabantur arbitrio iudicis pro more regionum, id eſt, vti fœnus ſolebat in iis regionibus exerceri. idque ita ſcriptum eſt in multis Pandectarum locis. Sed ex conſtitutione Iuſtiniani hic mos regionis non ſeruabitur, ſi modum excedat vſurarum legitimum, idque eſt additum ad *l. 1. ff. de vſur. l. idemque §. ſed etſi pecuniam, ff: Cod.* *mand.* Itaque notandum, moribus non poſſe huic modo legitimo vſuris ab hac conſtitutione impoſito derogari. At quid fiet, ſi quis creditor hunc modum exceſſerit vſurarum legitimum? quæ eius erit pœna? nulla fere niſi infamiæ. infamia enim notatur qui exercet fœnus ſupra modum, *l. improbum, ſup. ex quib. cauſ. infa. irrog.* At ſortem non amittet niſi pro rata eius, quod exegit ſupra modum, Nam id minuit ſortem. Olim tenebatur in quadruplum, *l. 2. C. Theodoſ. de vſur.* Aſcon. Pedian. *in Diuin.* Adiicitur in hac conſtitutione, ne creditores ex ſorte, quã credunt, aliquid detrahant vel deducant ſiliquarum vel Sportularũ nomine, κερατ.ων ἢ σπ ων. Creditores hæc nomina prætexentes, ex ſorte aliquid deducebant & retinebant aliquid dum numerabant, & nihilominus debitorem in integram ſortem ſibi obligabant, & in eius integræ ſortis vſuras. Id tollitur hac lege, Ex qua non contrahetur obligatio, niſi quatenus datum erit, *l. ſi tibi, in princip. ff. de pact.* Igitur ſi ex 100. retinuerit quinque ſportulæ nomine, vel ſiliquatici nomine nõ debebuntur niſi 95. nec vſuræ niſi pro ea ſorte debebuntur. Id ad extremum exigitur in hac l. ne quis per interpoſitam perſonam ſupra modum vſuras ſtipuletur, vt puta ne illuſtris quidem per argentarium ſibi adquirat beſſes, quas argentarius ſibi poteſt adquirere, non illuſtris per eum, vel ſi ſuppoſuerit argentarium, & de eo conſtiterit, non feret niſi trientes. Et vt liqueat, hac de re deferetur iuſiurandum ſtipulatori, vt purget ſe iureiurando, an alteri ſcilicet operam accommodauerit. Hic eſt modus vſurarum a Iuſtiniano præſcriptus, poſt quem Baſilius Imperator vſuras omnino ſuſtulit, & ne nummum quidem vſurarum nomine dari voluit, *Nouell. qua exſtat apud Harmenopulum lib. 3. tit. 7.* quæ ibi corrupte dicitur eſſe Leonis, cum ſit Baſilij patris Leonis, vel Baſilij & Leonis. Sed poſtea Leo ſolus reſtituit vſuras trientes omnibus tantum, vſu rerum id exigente. Nam vix ſine his poteſt ſtare Reſpublica. Reſpexit Baſilius ad ius diuinum, Leo ad neceſſitatem. Eſt eius Nouel. 83. hæc ratio. Sed videndum quæ ſit vſura centeſima, quod veteres non intellexerunt. definitio centeſimæ variauit bis aut ter. Prima fuit, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos .i. in ſingulos ſolidos ſiue aureos quotannis tres ſiliquas: Et ſecundũ hanc definitionẽ vſurarum, vnciaria ea eſt, quæ in centenos aureos reddit quotannis vnum: ſextans vſura, quæ reddit duos: quadrans quæ reddit tres: triens quæ reddit quatuor: quincunx, quæ quinq; ſemis, quę ſex: ſeptunx, quæ reddit ſeptem: bes quæ octo: dodrans quæ nouem. dextans quæ decẽ in centenos quotannis reddit: & qui hanc exigunt vſurã dicuntur δεκατολόγοι a Baſilio in Pſalmũ 14. id eſt, qui quotannis exigunt decimam partem ſortis. Male quidã in eo auctore interpretantur, qui ſingulis menſibus exigunt decimã partẽ ſortis, hi ſunt ἑκατοστολόγοι. Sequitur deunx vſura, quæ reddit vndecim. Summa vſura eſt as vſurarum ſiue centeſima, quæ reddit duodecim. Deinde definitio centeſimæ hæc obtinuit, quæ in centenos reddit quotannis duodenos ſemis, vel quæ in ſingulos ſolidos quotannis reddit tres ſiliquas nulla minus. *Nou. 130.* Et breuiter Græci 53. Βασιλικῶν tit. 5. κεράτεια τρία τῷ νομίσματι, id eſt, tres ſiliquas in ſingulos ſolidos, & ſecundũ eam definitionem triens vſura eſt, quæ quotannis in centenos aureos reddit quatuor ſolidos, & ſiliquas, vel in ſingulos ſolidos vnam ſiliquam, *Nou. Leonis 83. Nouella Iuſtiniani 32. Interpretes C. Theodoſ. l. 1. de vſuris.* Quadrans ſecundum hanc definitionem erit vſura, quæ reddit in centenos quotannis tres ſolidos, & tres ſiliquas: ſemis, quæ reddit ſex ſolidos, & ſex ſiliquas. Bes vſura erit, quæ in centenos quotannis octo ſolidos, & octo ſiliquas reddit, vel in ſingulos ſolidos duas ſiliquas, & ſic conſequenter de alijs. Poſtrema definitio eſt: vſura cẽteſima eſt, quæ in centenos quotannis reddit ſedecim ſemis & ſiliquas quatuor. Nam libra auri cœpit æſtimari aureis 72. *l. 5. infra, de ſuſcept. & arcar.* Id

Q

libram autem auri vsura centesima hodie reddit duodecim aureos, quotannis auctore Harmen. *lib.3.tit.7.* Itaq; in centenos reddit sedecim semis, & siliquas quatuor. Id confirmat Zonaras in Synodi Nicenæ Can. 17. in hanc sententiam. *Vt*, inquit, *nunc libræ sunt solidorum septuaginta duorũ, ita olim fuere centenariæ, & centum solidorum vsura duodecim, quæ & ob id dicitur centesima, quod de sorte centum exigerentur.* rectissime: Nam vsura triens dicitur, quia est centesimæ triens; quadrans centesimæ quadrans. Igitur secundum hanc definitionem, quadrantes vsuræ hodie erunt, quæ olim trientes dicebantur, id est, quatuor solidi in singulas libras, & excurrẽtes quædam siliquæ. In eo autem canone 17. idem Zonaras vsuras ἡμιολίας, de quibus eo canone agitur, videtur accipere pro semissib. vsuris, sed male. Videntur potius accipiendæ pro bessibus, quę olim erant legitimæ, aut moderatę: sed tamen etiam clericis illis vsuris interdicitur. Bes vsura ad centesimam habet rationem sexcuplam .i. octo ad duodecim: Semis autem ad centesimam habet rationẽ duplam, non ὁμομερὴς ἡμιολίυ. Ergo semis non est ἡμιόλιος λόγος. Male quidam ἡμιολίας accipiunt pro sesquicentesimis vsuris, id est, cum in centenos solidos redduntur centum & octo secundum primam definitionem, vel 18. solidi, & 18. siliquæ iuxta secundam definitionẽ, vel secundum tertiã definitionem, cum 24. solidi redduntur semis & 8. siliquæ in centenos quotannis, quæ vsuræ cẽtesimis sexcuplo maiores sunt. At in eo canone vsuræ ἡμιολίαι dicuntur quasi leuiores, hoc sensu, vt neq; centesimas, neque ἡμιολίας, id est, leuiores vsuras clerici accipiant, & sane sesquicentesimæ non sunt leuiores. Nũc dicamus de vsuris vsurarũ, & hoc pertinet ad l. vlt. huius titul. Certum est, vsuras vsurarum exigi non posse, *l. si non sortem* §. *1. ff. de condict. indeb. l. placuit, ff. de vsur.* Exigebantur tamen ante constitutionẽ Iustiniani vsuræ vsurarũ redactarum in sortem, puta, stipulatione vsurarum post annos aliquot transfusa in stipulationem eiusdem summæ, quasi sortis debitæ. Quod Iustinianus tollit, *l. vlt. hoc tit.* Item exigebantur vsuræ vsurarum in condemnationem deductarum, post tempora iudicati. *l. 1. Cod. Theo. de vsur. rei iud.* Hoc etiam merito tollit Iustinianus *l.3. C. de vsur. rei iud.* Igitur penitus improbatur ἀνατοκισμὸς, id est, nouatio vsurarum, quæ fit vel stipulatione, vel iudicato. Sic etiam pœnæ vsura exigi non potest, cum pœnæ sit vsurarum vice, & cum vsura sit pœnæ vice, igitur pœnæ vsura non exigitur, mulctæ tamen vsura exigitur, si non soluatur intra tempora iudicati, *l. 1. inf. de fiscalib. vsur. l. vlt. ff. de magistrat. conueniend.* Quæritur de fructibus, an fructuum vsuræ peti possint, vel an veniant in iudicium vsurarum. Certum est fructuum creditorum vsuras peti posse, quod supra demonstratum est. Sed de iis non quæritur. Nam quæritur de fructibus, qui quasi accessiones in iudiciis veniunt, quæritur an ex iis vsuræ dentur. Fructus autem in iudicium veniunt aut officio iudicis, aut iure actionis: Officio iudicis, si sint percepti post litem, quia hi non sunt petiti cum nondum essent percepti. Percepti ante litem veniunt actionis iure, & petuntur non quasi accessio, sed quasi sors, quasi comprehensi sint actione. Nunc sic dico, fructuum qui veniunt officio iudicis, vt si sint percepti post litem, vsuræ etiam officio iudicis non veniunt, ne sit accessionis accessio, ne officium officio subseruiat: officium iudicis actioni seruit, non officio, vel officii parti, *l. heres, in fine de petit. hered. ff. l. neque in princip. ff. de vsur.* Fructuum autem, qui veniunt actionis iure, vt si sint percepti ante litem, vsuræ etiam veniunt officio iudicis in actionibus bonæ fidei, *d. l. heredi*, non in actionibus strictis, *d. l. neque*, in fine. Nã in strictis iudiciis vsuræ nunquam veniunt officio iudicis. Verum a iudiciis bonæ fidei excipitur vnus casus constitutione Seueri benigne receptus, *l. eum qui ff. de his quæ vt indign. aufer.* Quo casu fructuum ante litem perceptorum vsuræ non veniunt in petitionem hereditatis, videlicet si fiscus petat hereditatem ex causa taciti fideicommissi, recipiet hereditatem, & fructus, vel fructuum pretia, non vsuras: quia benigne hic casus exceptus est constitutione Seueri. Nec huic sententiæ obstat *lex cum quidam* §. *in tacito, ff. de vsuris:* Vbi fiscus petit hereditatem ex tacito fideicommisso, & tamen aufert vsuras: sed ille §. non dicit fiscum auferre vsuras fructuum, sed vsuras perceptas a debitoribus hereditariis, & ita ille §. nihil obstat rescripto Seueri: Et est definitio quæstionis huius. Concludamus sic, Iustinianus valde coercuit rationem vsurarum, quæ grauiores erant legibus antiquis, leuiores eas fecit *d. l. eos.* Item nouatione facta vsuræ redigebantur in sortem, & eius sortis rursus vsuræ in stipulationem deducebantur & sic vsura vsuram gignebat. Hoc sustulit Iustinianus omnimodo. Ambrosius vsurarum vsuras vocat tocoglyphia, & D. Basilius li. de Tobia, αἰσχρὸν κέρδος. Idem Ambrosius ait, *sors autem fœnoris cum fuerit crescentibus exæquata centesimis, & vetustatem sui renouat, & partus solitos adunatione multiplicat.* Ex quo loco intelligitur, creditores in fraudem legum vsurarum vsuras a debitoribus suis exigere supra duplum, quod vetant leges, vsuras nouatione facta quasi sortem factas in stipulationem deduci, & rursus alias vsuras ex vsuris stipulari. Id etiam sustulit Iustinianus. Item vsuræ per partes solutæ sortem excedere poterant l. 10. hoc tit. Et ideo vtile erat in calendas vsuras stipulari, & singulis calendis diuersis pensionibus eas exigebant. Id quoque sustulit Iustinianus, & ita cohibuit rationem vsurarum. maxime vero de hoc duplo puto intelligendum quod de Augusto dicit Suetonius: Iis, qui in duplum cauere potuissent, Augustum pecuniam dedisse gratuitam ad certum tempus. Item Sidonius Apollinaris 3. *Epist. centesimam*, & cæt.

AD TITVLVM XXXIII.

De Nautico fœnore.



Sura nautica olim non habuit modum, hodie est centesima ex constitutione Iustiniani: Item poterat exigi supra duplum, hodie non potest, quod ita est existimandum, etiamsi non sit nominatim definitum, quia quæ taxationem habent certam, & hunc dupli finem habent. Nautica vsura, siue fœnus nauticum hodie taxationem habet certam, quia non potest excedere centesimam. Ergo & hunc finem habet. & in l. penult. tit. sup. generaliter sic definitur a Iustiniano, vt in actionibus bonæ fidei, & aliis omnibus casibus, vsuræ non exigantur vltra duplum. Ergo nec nauticæ, quia & hoc etiam ad argentarios porrigitur, *Iustiniani edicto.* Igitur nauticæ, & terrestris pecuniæ idem est finis, idem exitus, taxatio diuersa: Nam vsura nautica est grauior, puta, centesima, quia eius pecuniæ periculum ad creditorem spectat ex conuentione, periculo discusso, vel etiam non suscepto, non currit centesima, nec potest peti, sed communis vsura tantum. Et id etiam ostenditur *l. 1. 2. & 4. hoc tit. l. fœnerator, & l. penult. ff. eodem.* Discusso periculo pecunia terrestris censeri incipit, cuius periculum debitor suscepit. Ideo animaduerti *in l. Rhodia*, terrestrem pecuniam appellari carentẽ periculo creditoris, qua cõditione lex Rhodia vetat pecuniã in naui reddi. eo tamẽ loco legis Rhodiæ, is, qui curauit eam legem excudi, pro ἐγγαῖα legit ἐγγύια, quod mendum etiam est apud Pollucẽ *lib. 8.* περὶ δανεισμάτος. Periculũ autẽ nauticæ pecuniæ ad creditorem pertinet ex conuentione in solidum, vt naufragio facto creditori pecunia non reddatur. Interdum pro parte tantum ad eum periculũ pertinet, vt cum ad tempus pecuniæ societas contrahitur, quod negotiũ hodie est frequens, & dicitur in ea lege Rhodia c. 17. χρεωκοινωνία.

χοινωνία, videlicet cum pecunia ita datur, vt quidquid lucri, vel damni fecerit debitor per biennium ex ea pecunia, id cõmune sit. post bienniũ soluitur ea societas, tum periculũ eius pecuniæ pertinet ad debitorẽ in solidum; & redditur tota cum parte lucri. si quid ex ea lucratus sit debitor vel redditur tantum pars sortis, habita damni computatione, si quid fecerit debitor. non succedente fortuna. Ita recte describitur hoc genus negotii in *ca. 17. legis Rhodiæ*. At in nautica pecunia ex eiusmodi conuentione creditor pecuniam periculo suo saluam fore recepit, quoad nauis ad portum appulerit. Dubitatur an ex hac conuentione, creditor se cuilibet periculo subijciat? Constat naufragii, & incendii periculum ad eum pertinere, & piratarum vim, siue hostium, & impressionem metus, & si quid præterea imprudentibus contigerit: at si culpa debitoris interuenerit, periculum pertinebit ad debitorem: vt si illicitas merces in nauem intulerit debitor, & fiscus nauem, & merces vindicauerit, quod fit iure, *l. cotem 11. §. dominus, D. de publicanis.* Cui §. derogatur aliqua ex parte *Nou. Leonis 83.* Hoc vero casu periculum pertinebit ad debitorem. Et hoc proponitur in *l. 3. hoc tit.* In cuius specie debitor non tantum imposuerat illicitas merces, sed etiam locum nauigij, id est, nauigationis non obseruauerat, de quo conuentum fuerat; quod sufficiebat, ne periculum rediret ad creditorem. Nam si non obseruato loco dicto nauigationi debitor nauem alio auerterit, & forte piratæ nauem deprædati sint, periculum agnoscet debitor, quoniam periere merces eius culpa: quo modo etiam vt continetur eadem lege Rhodia, si nauicularius præter voluntatem vectorum in portum aut locum latronibus infestum nauem deduxerit, omne damnum præstabit vectoribus. Idem & in debitore erit, si naufragium culpa eius contigerit. Nam periculum omne agnoscet. Item si in nauem vetustam, & cariosam merces grauis ponderis intulerit, & imposuerit, & perierit nauis, periculum agnoscet, non creditor, qui ex hac l. 3. non agnoscit nisi damna fatalia, non quæ contingunt ex culpa debitoris.

AD TITVLVM XXXIV.

Depositi vel contra.



His tituli verbis significatur, duplicem esse actionem depositi, directam scilicet, & contrariam, de quarum ratione satis diximus supra *in tit.* de pignerat. actione. Depositum autem, quod & receptum, & commendatum dicitur *l. 24. D. depos.* & l. 186. de verb. sig. definimus, quod quis sine mercede custodiendum recepit. recte sine mercede: nam si merces interuenerit, locatio est, non depositum: Pretium tamen depositionis potest interuenire, nec erit locatio, sed depositum. *l. 2. generaliter, vi bono. raptorum.* Quod quidem pretium etiam merces improprie dicitur. *l. si vt certo, §. nunc videndum, ff. commodati.* Dico improprie, quia pretij verbo intelligitur, quod depositario datur remunerãdi beneficij causa. Dicunt Græci τάξιν ἀνθώρων. Sic mandatum pretium non recipit. præmium, remuneratione, honorarium vel salarium recipit. vt procuratores quandoque sunt salariarij: ita & depositarii. Commodatum quoque quod constat etiam esse gratuitum non est dubium recipere posse ἀντίδωρον, vt & precarium: dotem constat etiam recipere ἀντίφερνα, id est, donationem propter nuptias. In definitione vsi sumus verbo recipiendi, quo vtitur *l. 1. §. si te rogauero. & seq. ff. depositi.* Deponit dominus, vel possessor, recipit depositarius. Vnde quod nauta, caupo, stabularius seruandum recipit, id est depositum & est cum eo actio depositi. Est etiam præter depositũ propria actio de recepto in factũ, ex titulo nautæ,

A tulo nautæ, caupones, stabularii, quæ quidem actio est stricta, depositi est bonæ fidei tam directa, quam contraria, sicut & negotiorum gestorum. *l. & in contraria. ff. de vsuris.* In actionem de recepto venit culpa leuissima, non casus fortuitus. In deposito solus dolus venit, vel culpa dolo proxima, nisi aliud conuenerit, vel nisi interuenerit præmium depositionis, *l. 3. §. ex hoc edicto, ff. nautæ caupon. stabul. l. 1. hoc tit. l. 2. §. & generaliter, D. vi bonorum rapt.* Item surrepta, & furto ablata re, quam nauta, vel caupo, vel stabularius seruandam receperat, nautæ, vel cauponi, vel stabulario datur actio furti, quia eius periculo furtum cedit. Furtum enim non annumeratur casibus fortuitis, latrocinium annumeratur. quæ duo manifeste separantur in l. 52. §. *damna D. pro socio.* hoc ostendi in *l. 4. ff. nautæ caupon. stabul.* alias
B re deposita surrepta, depositario non datur actio furti, quia nihil eius interest, cum eius periculo res surrepta non sit. igitur re furto ablata non agit furti, cum eius dolo furtum factum non est: rapta tamen re deposita, depositario datur actio vi bonorum raptorum, etiamsi nihil eius intersit, *vt in d. §. & generaliter*, qui quidem §. Florentiæ est male punctis distinctus. Igitur actio vi bonorum raptorum grauior est actione furti. Ideo Græci dicunt ἀναιδεστέρα, quia etiam ei datur hæc actio vi bono. rapt. cuius nihil interest, vel parum. Nam & rapina crimen publicum parit. lege Iulia de vi, furtum crimen publicum non parit, sed extraordinarium, *l. vlt. de public. iudic. & l. vlt. de furtis.* & hæc sufficient de differentia actionum recepti & depositi. Commendatitia actio nulla est propria, sed idem est, eodemque iu-
C re penitus commendatum, & depositum vtuntur, quod diximus supra, titulo de commodato, vno nomine, puta commendati, significatur totum depositarii fidei committi, id est, commendari, altero significatur rem valde poni apud depositarium. Nam articulus, de, auget, vt ait *l. 1. Depositi.* Quo sensu Festus ait latinos dicere dedere, id est, valde dare, & deperire, deamare, despernere, deorare, id est, valde orare, depolire. Eodem sensu dicimus pignus deponi, vel pignus depositum, vt ostendimus *titulo de pigneratitia act.* Igitur aliud est depositum pignoris, aliud depositum custodiæ, vtrumque est valde positum. Ex genere custodiæ est sequestratio, quæ sic proprio nomine nuncupatur, de qua est *l. 5. & 7. hoc titulo.* quæ ostendunt cum sequestro esse depositi actionem, id est sequestrem esse
D depositarium, Itaque sequestratio est lex quædam depositi, vt ἀντίχρησις est lex pignoris, quam Galli dicunt *mortgage*, & in diem addictio, vel commissoria est lex venditionis. Leges contractum transformant ipsos contractus: quo fit, vt sæpe ille propriis nominibus nuncupentur, quæ frequentiores sunt: vt fiducia, addictio in diem, sequestratio, ἀντίχρησις, quæ leges sunt tantum non contractus proprii. Nunc notandum est, cum actione depositi concurrere etiam actionem ad exhibendum, & rei vindicationem, *l. 1. hoc tit.* Idem censeo dicendum de commodato & pignore. interdum etiam cum actione depositi concurrit condictio, & actio furti: Vt si depositarius inuito domino rem depositam in suos vsus conuerterit, domino hoc casu datur actio
E depositi, vel condictio, vel pœnalis furti actio, *l. 3. hoc tit. l. si quis inficiatus, §. 1. & l. si sacculum. ff. depos.* Et hoc casu depositarius tenetur condictione furtiua, & condemnatur in id quod interest, etiamsi res deposita perierit casu fortuito, idque sine distinctione, seu fuerit interitura apud actorẽ, seu non: qua tamen distinctione vtemur, si dominus agat depositi secundũ Sabinianos. Itaque est grauior hac in re condictio, *l. si plures, §. vlt. ff. depos.* Proculiani distinctionem reiiciebant in omnibus actionibus re perempta post moram, siue post litem contestatam. Sed obtinuit Sabini sententia, præterquam in condictione furtiua; quæ hanc distinctionem non recipit. repetendum est quod diximus actio-

nem depositi esse, bonæ fidei, & dicendum ob id A
in ea actione, vsuras venire ex mora. *l. 2. & 3. hoc tit.* Idque officio iudicis, non ipso iure *l. 4. hoc tit.* Ideo si iudex actione depositi depositarium damnauerit in æstimationem litis, non in vsuras, nulla vsurarum est petitio postea, quia non veniunt actionis iure, sed tantum officio iudicis, cui officio præstando iudex non est obstrictus; & si rursus agatur depositi, quasi minus actor tulerit prima actione depositi, reo condemnato dabitur exceptio rei iudicatæ *l. 4. hoc tit.* Id pugnat cum *l. euidenter, ff. de except. rei iudic.* quæ ait non proficere exceptionem rei iudicatæ condemnato: Sed dicẽdum est, id non verum esse generaliter. Nam constat, condemnato proficere exceptionem rei iudicatæ, ne sæpius condemnetur eadem de re *l. 7. §. plane, ff. de except. rei iudic.* non tamen si deficiat actio iudicati. Nã tunc iterari actio B
potest sine metu exceptionis rei iudicatæ, vt in hac specie: Si egi vindicatione rei cum Titio, & Titius putās se possidere, per errorem rem defenderit & condemnatus fuerit, hoc casu iudicati nullus effectus esse potest, quia nec litis contestatæ tẽpore, nec rei iudicatæ, rẽ possedit quod exigitur *l. fin autem, §. 1. ff. de rei vindic.* & errauit, nec liti se obtulit sciens, alioqui teneretur, etiamsi non possideat. Itaque iudicati actio non est, iudicati effectus nullus est, licet post rem iudicatam rem possidere cœperit. Nam res iudicata non extenditur ad id tempus: At iterabitur actio hoc casu: & si opponatur exceptio rei iudicatæ, vel non iterandæ actionis, replicabitur non esse actionem iudicati. *l. 9. §. penult. ff. de except. rei iudic.* Item, non proficit hæc exceptio rei iudicatæ ei qui egit, & victus est, si postea eadem actione cũ eo agat aduersarius, C
de cuius iure pronuntiatum nihil est. *l. si inter me, & te, ff. eod. tit.* Species est: Egi tecum petitione hereditatis, contra me iudicatũ est, hereditatem meã non esse, de tuo iure non est pronuntiatum, scilicet tuam esse hereditatẽ, vel non. Ideo si ego ex ea hereditate aliquid possideam, potes eadem actione vti aduersus me, nec mihi hoc casu proficiet exceptio rei iudicatæ, & in hanc speciem subiicitur *l. euidenter, ff. de except. rei iudic.* quæ diximus cõplectuntur varias leges huius tituli. Nunc nobis explicandi sunt duo Pandectarum loci sub hoc tit. hactenus non animaduersi. In vno loco est vestigium iuris antiqui, *l. Lucius 2. ff. Depos.* Vestigium, puta, senatusc. Claudiani, quod Iustinianus sustulit. Ex quo senatusc. mulier ingenua, quæ coniungit se seruo alieno, serua fit eiusdem domini, si denuntiante domino a consuetudine serui se non abstinuerit. *Vlp. in fragment. tit. 11. Paulus* D
4. sent. tit. 10. Tertull. 2. ad vxorem. Et eius exemplo (quod non est sublatum) hodie post denuntiationem, monetaria fit quæ se coniungit monetario. Item gynæciaria fit, id est, textrinæ sacræ obsequio obligatur, & conditioni, quæ denuntiante fisco non recedit a consuetudine gynæciarii, *l. 3. & 7. C. de mulier. quæ se propr.* Nunc *in d. l. Lucius* ponitur pater filiã ingenuã coniunxisse seruo alieno, & dotẽ dedisse. Lex ait, dote: at nec matrimonium est, nec dos: Ideoque etiam in cautione datæ pecuniæ quasi dotalis, scriptum est, pecuniam depositam, non dotem datam: postea pater decessit, nulla denuntiatione a domino serui facta, id est, filia nondum redacta in seruitutem ex senatusc. Claudiano, mox etiam seruus decessit. Lex ait filiæ heredi patris sui aduersus dominum mariti sui dari actionem depositi E
de peculio. In altero loco Pandectarum ostenditur quid proprie contineatur cistæ appellatione. *l. 1. §. si cista, depositi, ff.* Si aurum, vel argentum depositum sit & petatur, actor debet dicere speciem, puta scyphum, pateram, item materiam & pondus, vt in §. præcedenti. Similiter, si cista sit deposita, & depositario sint ostensæ res, quæ in ea cista erant, adiiciendæ etiam sunt in actione depositi species vestis, nec tantum ista cista est petenda. Sic recte Florent scriptum est, vulgo pessime. Nam cistæ vocabulum est græcum & latinum: est autem cista vas in quo reconduntur vestes. Pollux *lib. 7. & 10.* ait esse vasa ad vestium depositionem. Cista pro vase vestiario accipitur.

Ad L. VII.

Desiderium tuum cum rationibus iuris non congruit. Nam si custodiam pecuniæ suscepisti, quam aliis a te mutuo datam, conscriptum instrumentum, quo hanc tibi reddi profiteris, arguit: solutionem eius competentem improbe recusas.

HÆc proponitur species: Depositarius pecuniam depositam Titio mutuam dedit. Postulat vt cum Titio agatur, non secum. Cum Titio agi potest rei vindicatione, si nummi exstent, vel actione ad exhibendum, si mala fide sint consumpti, argumento *l. rogasti, in fine, de reb. cred. si cert. pet.* Imo & cum Titio agi potest vtili condictione a domino pecuniæ, si depositarius soluendo non sit, vt dixi in *l. 2. sup. si certum petatur.* vel etiam agi potest directa condictione ex cessione depositarii. Nam depositarius potest cedere condictionem ex consumptione, vel stipulatione, si eam sibi reddi stipulatus fuerit. Igitur cum Titio varie agi potest: Sed tamen non ideo dominus cogetur cum Titio varie agi potest: Sed tamen non ideo dominus cogetur cum Titio agere apud quem deposuit: sed eliget depositarium omisso Titio, & hoc ait. *l. 8.* Si depositarius pecuniam depositam, suo nomine vel alterius mutuam dederit, non si deponentis. verum & si nomine deponentis mutuam dederit, depositarius, quamuis eo casu domino adquiratur directa condictio, ei etiam hoc casu licebit depositarium eligere, nomine improbato *l. 4. sup. si cert. pet.* Lex 8. est de depositario, qui pecuniam mutuã dedit. Lex septima de depositario, qui pecuniam depositam apud alium deposuit & in vtroque idem ius. Et sic recte Harmenopulus *lib. 3. tit. 9.* interpretatur *l. 7.* Ex quo recte probatur, a libris veteribus in l. 7. recte abesse verbum mutuo. Est similis species in *l. 16. D. depos.* In eadem l. 7. male scribitur, conscriptum instrumentum quo hanc tibi reddi profiteris, &c. Nam profitemur quidem nos redituros pecuniam, At non profitemur nobis reddi nemo ex latinis sic vnquam loquutus est. ita igitur legendum est, instrumentum, quo hanc tibi reddi conscriptum confiteris: quibus verbis significatur depositarium profiteri pecuniam a se apud alium depositam in cautionem depositarij. At, vt lex ait, & si constet de secundo deposito, ex illa cautione tamen dominus, secundo depositario omisso, eligit primum cum quo ipse contraxit.

Ad L. IX.

Cum hereditas personam domini sustineat: ab hereditario seruo, priusquam patri vestro successeritis, res commodatas secundum bonam fidem ab eius, qui suscepit successoribus apud rectorem prouinciæ petere potestis.

NOtandum est actionem depositi dari heredibus, non tantum si defunctus deposuerit, sed & si seruus hereditarius. Seruus hereditarius dicitur semper ante aditam hereditatem iacente adhuc ea. Vt igitur domino viuo per seruum acquiritur actio, si quid deposuerit ex re domini, vel peculiari, ita & mortuo iacente hereditate: quia non intelligitur esse sine domino, cum hereditas iacens personam dominæ sustineat, ita enim habent veteres, dominæ, non domini, quod confirmat. *l. nõ minus, de heredib. instituend. ff. l. deniq; §. quæsitũ, quod vi aut clam.* Ibi enim vbique est scriptum, dominæ, non domini, *vt l. 15. ff. ad legem Aquiliam.* Sicque legũt Græci; ita si seruus hereditarius quid deposuerit, hereditati per eum acquiritur actio depositi, & per hereditatẽ acquiritur heredi adita hereditate. Sunt tamen quidam casus

casus, quibus hereditas vice dominæ non fungitur, in quibus personam ipsam exigimus, quæ faciat aliquid nec fictione sumus contenti: vt si seruo hereditario interim sit delata hereditas, eam interim non potest adire, quia non est qui iubeat. Item vsusfructus per seruum hereditarium hereditati adquiri non potest, quia vsusfructus non consistit sine persona quæ fructus capere possit. vsusfructus ius est hominis. hæc ostendi in *l. vsusfructus, ff. de stipulat. seruorum l. hereditas 2. de acquir. rer. domin. l. 1. §. dies, ff. quando dies vsusfru. leg. ced.* Præterea hereditas iacens rerum hereditariarum possessionem non habet. Ergo interim possessio vacat, & ob id rei hereditariæ furtum non fit, quia nemo possidet; possessio factum, & animum hominis desiderat. Ideo & rerum possessionem seruus hereditarius interim hereditati non adquirit, quia non adquirit seruus absenti domino, except. causa peculiari, ex qua etiam possessionem adquirit hereditati, vt domino ignoranti, vel furioso. *l. qui a seruo, in fine, de act. empt. l. vlt. de captiu. & postlimin. reuers. l. peregre, §. quæsitum. l. si seruo ff. de adquir. possess.* At exceptis his tribus casibus hereditas iacens vicem dominæ sustinet, nec serui hereditarii videntur esse sine domino.

Ad L. decimam.

Qui depositum non restituit, suo nomine conuentus & condemnatus, ad eius restitutionem cum infamiæ periculo vrgetur.

NOta actionem depositi directam, non contrariam esse famosam, & si quis damnetur actione depositi suo nomine, lite in eum initio contestata, non si damnetur procuratorio nomine, vel hereditario. item si damnetur, non si paciscatur de deposito, *l. 1. & l. in actionibus, de his, qui not. infam.* Quærunt interpretes, cur actio commodati non sit famosa, cur actio item creditæ pecuniæ, cur pigneratitia, quæ est de deposito pignore, depositi est famosa, Ratio hæc est: Qui rem deponit, commendat, & committit rem suam fidei depositarii, *l. 1. in princ. ff. depos.* sicut mandator committit se fidei procuratoris, socius fidei socii, pupillus fidei tutoris: & ob id etiam mandati actio est famosa, & actio pro socio, & tutelæ, vindicandæ perfidiæ causa, *l. furti in fine, de his, qui not. infam. ff.* Cum crescit in deposito perfidia, crescit etiam actio, perfidia crescit, si quis tumultus, vel incendii, vel naufragii causa, exigente necessitate abnegat depositum, & non reddit: Ideo hoc casu non tantum est actio famosa, sed etiam pœnalis in duplum, *l. 1. §. hæc autem, ff. depos.* Crescit, inquit, perfidiæ crimen hoc casu, & publica vtilitas: eadem quoque ratione actio fiduciæ olim erat famosa. Cicero pro Rosc. Comœdo .i. actio pignoris commissi lege commissoria, quæ hodie est sublata in pignore, nec ideo fiducia est in vsu. At qui commodat, aut mutuum dat, aut pignus ponit, non confugit ad fidem alienam, id est, non dicitur commendare aut committere quicquam alteri. perfidia quidem est si quis commodatum non reddat, vel mutuum, vel pignus: at maior est perfidia, vt ait Arist. Problemat. 29. μεῖζόν τι ἀδίκημα, si quis depositum non reddat, vel socium, vel mandatorem, vel pupillum fallat: Ideo ex cõtractibus sunt actiones famosæ, & pœnales crescente perfidia; ex illis vero nec sunt famosæ, nec pœnales. Addendum hoc esse proprium actioni depositi, vt ei non opponatur compensatio, quod fusius diximus in *tit. de commod. & in tit. de compensat.* De hoc est *l. penult. hoc tit.* Depositum debet reddi petenti quamcelerrime: Et sicut debitor pecuniæ frumentariæ ideo non vtitur compensatione, ne tam necessaria pecunia moram accipiat, *l. 2. §. frumentariæ, de administ. rerum ad ciuit. pertin.* Ita depositum, quod tuæ fidei commisi, te fidelem putans, nullam moram redditionis recipit. Ideo in actione depositi cõpensationi locus non est, etiamsi depositarius velit compensare id quod sibi debetur ex alia causa depositi, vt quia ipse vicissim aliquid deposuit apud eum a quo depositum recepit. *Ex l. penult. huius tit.* puto etiam secundum Ioannem, depositarium non posse compensare id, quod contraria actione depositi potest consequi, quia lex ait generaliter, actionem depositi non recipere compensationem, deductionem, aut retentionem, exceptionem doli. Igitur reddere debet statim depositum, tum agere contraria actione depositi. puto tamen secundum Accursium admittendam esse dominii allegationem, si depositarius dicat se esse dominum rei depositæ, & de eo constet, quia cum ita est, non videtur contractum depositum, *l. qui rem, & l. bona fides §. vlt. ff. depos.* Additur in *l. pen. huius tituli*, restitutionem depositi moram non accipere ex testatione, vel testata denuntiatione alterius, vt si creditor meus denuntiauerit depositario, ne mihi rem meam restituat donec ei satisfactum sit. quæ denuntiatio est efficax, nec potest contemni sine periculo denuntiati: & ea etiam vsus est plerisque in locis. quod confirmat *l. vlt. de lege commiss.* Et sane si depositario id sit denuntiatum, ne rem restituat domino, nihilominus rem quidem statim petenti restituet, sed non sine cautione. Nam dominus ei cauere debet cũ satisdatione a se depositarium defensum iri aduersus denuntiationem creditoris, quod non abrogatur Nouella 88. quæ in tribus casibus indicit pœnam denuntiatoribus, non autem improbat omnes denuntiationes siue interdictiones. Primus est, si quis denuntiauerit depositario, ne depositum domino reddat, illa denuntiatio est efficax. Ea enim fit vt depositarius rem depositam retineat, vel cautionem exigat, id est, vt eam non reddat sine cautione. At punitur denuntiator. Nam ex tempore denuntiationis, pecuniæ depositæ periculum ad eum pertinet. Item ex eo tempore præstat vsuras trientes rei depositæ. Eodem modo punitur, qui denuntiat inquilino, ne mercedem locationis soluat, vel qui denuntiat erogatori annonæ publicæ, ne panes ciuiles eroget Titio. His tribus casibus coercentur denuntiatores, sed non ideo hæc denuntiatio effectu caret.

Ad L. vltimam.

Superuacuam veterum differentiam emedio tollentes: si quis certum pondus auri vel argenti confecti, vel in massa constituti deposuerit, & plures scripserit heredes, & vnus ex his contingentem sibi portionem a depositario acceperit, alter supersederit, vel alias fortuito casu impeditus hoc facere non potuerit, & postea depositarius in aduersam inciderit fortunam, vel sine dolo depositum perdiderit: sancimus, non esse coheredi eius licentiam venire contra eum coheredem suum & ex eius parte auellere, quod ipse ex sua parte consequi minime potuit: quasi eo, quod coheres accepit communi constituto: cum si certæ pecuniæ depositæ fuerint, & suam partem vnus ex heredibus acceperit, nemini in dubium veniat, bene eum accepisse partem suam, & non debere aliam partem attingere. Nobis etenim non videtur esse homo obnoxius, neque in massa, neque in specie, neque in pecunia numerata, qui suam partem suscepit: ne industria pœnas desidiæ soluat. si enim & alius heres tempora opportuna, quemadmodum coheres eius obseruasset: & suam vterque reciperet, & sequentibus altercationibus minime locus relinqueretur.

QVi pecuniam deposuit, decessit multis heredibus relictis. Certum est vnum posse agere pro parte depositi, & ei pro parte posse reddi depositum, *l. 1. §. si pecunia, ff. depositi.* Idem est, si auri facti vel infecti certum pondus depositum sit, vt cauetur *l. vlt.* Nam vnus heres exiget partem auri. quid fiet si postea reliqua pars, sed apud depositarium, perierit sine dolo deposi-

tarij: Perit alteri heredi, quia perit sine dolo deposita- A rij, & ille coheres qui sibi vigilauit, id est, qui maturius suam partem exegit, nihil alteri præstabit, qui sero exegit. Non enim pro illius parte exegit; neque vero etiam plus sua parte, sed sibi vigilauit, & prospexit. Ius autem ciuile vigilantibus scriptum est, *l. pupillus*, in fine, *D. quæ in fraud. creditor.* Idem dicemus si duo coheredes fuerint sub curatoribus, & curatores eorum inter se pecunias hereditarias, & omne patrimonium diuiserint, & vnus partem suam sit consecutus, alter minus, non recte facta diuisione. Is qui consecutus est minus, non sarciet hoc damnum ex parte, quam alter est consecutus, ideo non tenetur alteri quicquam præstare, *l. Lucius*, *ff. famil. erc. isc.* Nec obstat *lex item Labeo, eod. tit.* Species est: Duo sunt coheredes, vnus thesaurum effodit hereditarium, quem alter ignorabat. tene- B tur alteri familiæ ercíscundæ, etiamsi thesaurum cum extraneo indice forte & conscio partitus sit, id est, si tantum suam partem perceperit, & reliquam extraneo conscio, vel indici reliquerit. Igitur in hac specie coheres coheredi tenetur, etiamsi partem suam tantum receperit. Dicendum igitur est, eum teneri, quia cum ab initio totum habuisset, postea dolo malo partitus est cum extraneo in fraudem coheredis. Inter socios idem non obseruatur. Nam si tres sint socii, primus, secundus, tertius, & primus debeat reliquis ingentem pecuniam, alij nihil debeant, & secundus sit consecutus suam partem, tertius non sit consecutus, quia postea primus factus est non soluendo: hoc casu pars quam extorsit secundus, est contribuenda tertio. hoc inter socios seruatur, quia iniquum est, vt ex eadem societate C alter plus habeat, alter minus, *l. verum*, §. *si cum tres*, *pro socio.* Non obstat *lex si Titius, eodem*, quia ibi extraneus, qui habuit aliam partem, fuit soluendo, & ideo socius ab eo eam recuperare potest. Denique hac in re differentia est inter socios, & coheredes, vel inter societatem voluntariam, & societatem hereditariam.

AD TITVLVM XXXV.

Mandati, vel contra & tit. 36. si seruus extero se emi mandauerit.



His etiam verbis, mandati vel contra, significatur duplicem esse actionem, contrariam, quæ datur procuratori siue mandatario, & directam, quæ datur mandatori. Vtraque est bonæ fidei, directa sola famosa est. In vtramq; veniunt vsuræ ex mora, & arbitrio iudicis. Lex I. pertinet ad actionem mandati contrariam, & ostendit, pecuniam, quam de suo impendit bona fide in rem alienam procurator exequendi mandati gratia, vel quam ab aliis mutuã accepit, eam cum vsuris arbitrio iudicis eum consequi contraria actione mandati, *l. si vero remunerandi* §. *si mandauerit*, *ff. eod. tit.* Additur in *l.* I. salarium a procuratore actione contraria mandati non peti. Nullo casu petitur salarium actione proposita: Sed quomodo debeat peti cognitio est præsidis. Et ait *l. salariũ* E *D. eod.* extra ordinem a præside peti, quod idem est: omnis cognitio præsidis, vel prætoris est extraordinaria. Nam ordo hic est vt non ipse prætor aut præses cognoscat, sed det actionem, & iudicem. Ergo petetur salarium, vel honorarium siue ἀντίδωρον extra ordinem, non ordinaria actione. At *d. l. si vero remuner.* ait esse actionem mandati, si interuenerit honor, id est, honorarium. Quod ita cum Accursio est accipiendum, vt etiam si salarium interuenerit non minus mãdatum contrahatur, non vt illud salarium petatur actione mandati: si interuenerit merces non erit actio mandati, sed locati, si ho-

A nor, erit mandati. Aliud enim est honor, aliud merces. Græci salarium ὀψώνιον interpretantur. Gregorius Naziãzenus contra Iulianum Imp. indicat ὀψώνιον significare omne stipendium. Mãdatum igitur recipit salarium, nõ mercedẽ. Verum ita demum potest salarium a procuratore peti extra ordinẽ, si dominus siue mandator id cõstituerit & taxauerit .i. si de certo salarii modo conuentũ fuerit. Incerti salari. persecutio non est. *l. 17.* §. *hoc ipso tit.* quæ sententia sumpta est, & deprompta ex Papiniano in *l. qui mutuam* §. *salarium*, *ff. eod. tit.* Id summopere cauendum est in hac actione, ne sub specie constituendi salarii euentũ litis procurator contra bonos mores redimat. Salariũ procuratori cõstitui potest, & nihilominus actio erit mandati: Sed non debet color quæri redemptioni litis; redimitur lis, si procurator ad litẽ paciscatur, vt si vicerit, victoriæ partẽ tertiam aut quartã ferat, quæ pactio turpis est, nec potest defendi specie salarii. Nam hoc genere non continetur salariũ, interposita pactione partis litis, & futuræ victoriæ, *d. l. salariũ ff. Mand. l. litẽ sup. de procur. l. sumpt. ff. de pactis*, *l. 20.* §. *hoc ipso tit.* quæ lex 20. ait, frustra peti partẽ litis, quam redemptor litis sibi dari pactus est: quinetiã si hæc pactio interuenerit ea l. significat sumptus in litem factos non posse peti actione mandati, vel negotiorũ gestorũ. humanius tamen est ei dari actionẽ negotiorũ gestorũ, si quid in litẽ vtiliter impenderit. Quod autẽ procuratoribus interdicitur, & idem quoq; aduocatis, ne lites alienas redimant, *l. 1.* §. *si cui cautum ff. de extraord. cognit.* alioqui eis interdicitur aduocationib. vel foro. *l. 5. sup. de postul. d. l. si vero remun.* §. *vlt. ff. eod. tit.* De huiusmodi redemptoribus est *lex penult. & vlt. eod.* Lex penult. est iustissima constitutio aduersus litiũ redẽptores. Cõstat actiones donari posse, & ex hac causa cedi, facto procuratore in rẽ suã. Vulgo etiam dicitur, actiones & nomina vendi posse, & cedi ex hac causa, quod valde restringit l. pen. Constat etiã cedi posse actiones procuratori constituto in rem alienã, ea lege, vt procurator, quod ex lite consecutus fuerit, totũ bona fide domino restituat: at non possunt cedi actiones procuratori sub pactione dimidiæ tertiæ, vel quartæ partis, id est, vt procurator in partem victoriæ veniat. Nam est hoc redimere litem, & de futuro euentu pacisci & de victoria: Emi etiam non possunt actiones paruo pretio. Nam & hoc etiam accedit ad redemptionẽ litis. Hic enim emptor qui emit vno nummo vel alio quouis paruo pretio, tacite id agit, vt quod supra pre- D tium ex lite consecutus fuerit, sibi habeat, & ita ferat partẽ futuri emolumenti: & hoc ita simpliciter tradiderunt interpretes de eo qui emit paruo pretio: sed generaliter dicendum est, actionẽ nullo modo emi posse, neque magno neque paruo pretio ex euentu litis emptori spe proposita vindictæ, dum scilicet emit actionem vt alium vexet, in quem sibi redemit actionem, Hic etiam habetur pro redemptore litis, & recte Harmenopulus dicit redemptorem litis vocari ἐργολαβόιτα, & eum esse, qui pecuniam dedit, vt sibi actio cederetur. Inde generaliter constituitur in *l. penult.* vt ne quis mandata, vel cessa sibi actione plus consequatur, quam mandatori præstiterit & soluerit: exempli gratia, si quis actionem ex stipulatu creditæ pecuniæ emerit centum, a debitore non recipiet nisi 100. etiam si plus debeat, sed præter illa 100. recipiet etiam vsuras debitas pro modo quantitatis, *l. penult.* Nec pugnat *l. vlt.* vt putat Accursius, quia quod ait *l. vlt.* nihil amplius emptorem actionis percepturũ a debitore, quam quod præstiterit, loquitur de sorte, nec vsurarum accessionem excludit. Dices, cuius erit in hac specie quod plus est in debito? an eius quod plus fuerit dabitur petitio priori creditori? Minime: in quo etiam fallitur interpres. Nam abdicauit se actione, sed id cedet lucro debitoris, idque ita definit aperte *l. vlt.* Non idem dicemus vt ostendi in l. penult. in cessionibus, quæ fiunt inter coheredes, vel collegatarios diuisionis causa, cuius quidem causa

alteri cedit actionem. Non idem etiam dicemus in cessione, quæ fit creditori solutionis vice. Nam nomen potest creditori in solutum dari, & ceditur ex ea causa. Non idem dicemus in cessione, quæ fit possessori rei alienæ, eius possessionis tuendæ & minuendæ causa: Vt si quis possessori rei alienæ cedat ius emphiteuticum, quod in ea habet. Hæ omnes cessiones valent in solidum, cum fiant iusta ratione, diuisionis puta, vel iusta ratione solutionis, vel possessionis tuendæ. Et his cessionibus ex æquo respondere non debet quod vice mutua est præstitum: vt si debeo tibi centum, nec numerauero pecuniam, sed dedero tibi in solutum aliud nomen, quod est, 120, tu ex cessione petes 100. viginti: at empti nominis nulla est ratio, nisi vindictæ, & negotij exhibendi cupiditas, cui non est fauendum. Ideo hæ cessiones factæ ex causa emptionis stricte accipiuntur, & non valent supra modum pretij soluti. Hæc est noua constitutio Anastasij. Nam ante eam hæ etiam cessiones valebant supra modum pretij soluti. At vt eadem const. declarat., aliud dicendum in donatione, si donetur actio, & ceditur ex ea causa, hæc liberalitas non est coercenda. cum nihil fraudis in se habeat. igitur hæc cessio & donatio, quæ manat a liberalitate, valet in solidum: quod tamen ita procedit vt explicat l. vlt. si non fuerit imaginaria donatio, ne per simulationem donationis tacite lis redimatur. Item, si quis partem actionis emat, partem quasi donatam accipiat, videtur improbæ redemptioni & partitioni color quæsitus: & ideo hoc etiam casu cessio non valet supra modum præstiti pretij. Denique lex vlt. confirmat Anastasij constitutionem, eamque laudat appellans iustissimam, & ne quid in fraudem eius fiat respicit.

Ad legem II.

Cum ex causa fideiussionis pecuniam patrem tuum exsoluisse proponas, habes mandati actionem: qua non solum pecuniam, sed etiam pignora in obligationem deducta, potes consequi.

HÆc l. est etiam de contraria actione mandati. species est: Mandaui tibi vt pro me fideiuberes, fideiussisti & conuentus soluisti, habes actionem mandati contrariam in sortem, quam pro me soluisti, & in vsuras habes etiam actionem hypothecariam, si quæ pignora in eam rem obligata fuerint, id est, si pignoribus tibi cauerim, vt pro me fideiuberes. sic accipe l. 2. ex l. 8. hoc ipso tit. quæ eandem speciem habet. Sed in l. 2. deest verbum Eam, in eam obligationem deducta, mandati scilicet. videtur quidem prima specie l. 2. hoc significare, contraria actione mandati peti a fideiussore non tantum sortem solutam, sed etiam pignora, quod est falsum: Sed sunt actiones diuidendæ, & dicendum, sortem peti actione mandati, pignora hypothecaria. & ita quarto loco interpretatur Accursius. Lex 8. eandem speciem ponit cum l. 2. Quæ pertinent ad illam dixi in l. 4. supra, quod cum eo, qui in alien. est potest. &c.

Ad legem III.

L. Si pater tuus tibi sui iuris constituto actionem aduersus debitores suos mandauit: potuit & ipse præsens aduersus eos re integra experiri. Si quid ita ab eo apud iudicem actum est, rescindi nulla ratio patitur.

IN l. 3. hæc quæst. proponitur, an is, qui mandauit actionem alteri, ea experiri possit? Et respondetur posse, & hoc genere mandatum reuocari. Mandatum finitur reuocatione, seu voluntate mandatoris, vult finiri mandatum, dum agit ipse, idque si reuocetur re integra, vt dixi l. 1. supra, de obligat. & actionib. Item finitur mandatum voluntate mandatarij, seu renuntiatione. l. si mandauero, 2. §. vlt. D. mandati. Item finitur morte mandatoris, si mors contingat re integra, l. 15. hoc tit. Mandatum iurisdictionis finitur similiter morte magistratus, & ita quodlibet mandatum finitur morte, vel voluntate, seu renuntiatione & mandatoris & mandatarij. l. 5. D. de iurisd. Excipitur hic casus, si mandata sit actio ex causa venditionis, vel donationis, & mandator non decesserit sine herede. Nam durat etiam post mortem mandatoris, maxime, si reliquerit heredes. Id dixi dict. l. 1. de oblig. & action. sup. Finitur mandatum morte mandatarij, nec heredes eius id explere coguntur, l. si quis alicui §. morte, ff. eodem. Excepto illo casu est etiam alius quo mandatum non finitur morte mandatoris, puta, si mandator mandatum contulerit in mortem suam: vt si mandauerit sibi post mortem fieri monumentum, vel solui, l. si vero non remunerandi, §. vlt. ff. eodem tit. Obstat lex vltima, de solutionib. nisi dicamus verba huius legis esse transposita. Illud quoque sciendũ est, mandatum finiri morte, actionem mandati non finiri l. inter causas, & l. si præcedenti. D. eodem tit. Idem est in societate, & venditione, finita societate non finitur actio pro socio, finita venditione non finitur actio ex empto vendito, l. 4. D. de lege commissoria.

Ad l. IV.

Etiamsi contrariam sententiam reportauerunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt: si tamen nihil culpa tua factum est. sumptus quos in litem probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes.

HÆc l. ostendit, sumptus in litem factos a procuratore probabili ratione repeti actione mandati contraria, etiamsi procurator non vicerit, dummodo culpa & dolo careat, l. qui mutuam §. vlt. D. eodem tit. l. 16. hic, infra Procurator debet præstare dolum, & culpam etiam leuissimam l. 13. hoc tit. Ad id etiam pertinet l. 9. & 11. & l. 21. hic. dum ait, aliena negotia esse gerenda exacta opera, id est, diligentia. Et ob id actionem mandati directam esse famosam, & quemlibet in re sua posse esse negligentem, in aliena non erit impune negligens; & cum ob dolum mandati agitur cum procuratore, dicitur agi de dolo. Nam omnes actiones bonæ fidei sunt de dolo, & dolum vindicant, & quædam etiam culpam continent, vt hæc mandati. depositi actio non vindicat culpam: Et ita dicitur agi de dolo, cum tamen sit actio mandati, l. 1. sup. de dolo, quæ lex poni debuit sub hoc titulo Nam ait fidei ruptæ gratia de dolo agendum procuratoris, id est, mandatarij. Fidei autem mandati rupta, est actio mandati, quanti interest, l. 16. hoc tit. Et in specie d. legis 1. nominatim, scriptum est, esse actionem mandati, Id etiam pertinet ad fidem seu officium procuratoris quod quidem exactum esse debet, vt diligenter leges & finem mandati obseruet. l. 12. hoc tit. At quod exegimus a procuratore, addendum id etiam exigi a gestore negotiorum, qui etiam leuissimam culpam præstat §. 1. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. nasc. l. si mater, sup. de vsur. Ait ea lex omnem diligentiam. lex 13. huius tituli, quæ loquitur de procuratore, ait omnem culpam Vtrumque idem potest. Ergo in vtroque reprehendemus etiam leuissimam culpam. Hic gestor negotiorum sæpe procurator etiam dicitur in libris nostris, l. si ego. D. de negot. gest. & in multis alijs locis. Et a Cicerone dicitur voluntarius procurator in Bruto, & a Paulo 1. sentent. Cuius sunt verba: Voluntarius procurator, qui se alienis negotijs offert, &c. at in specie huius l. 4. differentia est inter gestorem & procuratorem. Nam procurator sumptus bona fide factos in litem repetit, etiam si non vincat, gestor non repe-

tit, nisi vicerit. Nam tunc duntaxat habet actionem, cum res cessit vtiliter. *l. D.* Procurator habet actionem, etiamsi inutiliter gesserit, dum culpa absit.

A

Ad Leg. V.

Si maritus sororis tuæ tibi procurans petere bonorum possessionem noluerit, cum ipso tibi congrediendum est, quam querelam ita cum effectu habes, si mandasse te, vt peteretur bonorum possessio, eumque neglexisse arguas.

OStendit l. 5. bonorum possessionem recte peti alieno nomine per procuratorem, si specialiter id mandatum sit vt peteret bonorum possessionem. Necessarium est speciale mandatum, vt in restitutione, quæ fit ex senatusconsulto Trebelliano. Nam hæc fit tantum recte speciali procuratori. *l. qui ita* §. 1. *ad senatusc. Trebell.* Igitur procurator vniuersorum bonorum eam non petet cui id specialiter non est iniunctum: ideo ei non imputabitur, si non petierit: speciali imputabitur, si eam non petierit. *l. 5. h. tit.* Illud certissimum est, petitam bonorum possessionem alieno nomine sine speciali mandato confirmari ratihabitione, quæ pro mandato habetur, vt ostendi in tit ad senatusc. Maced. *sup.* imo patientia pro mandato habetur: vt si quis me patiente, nec contradicente, pro me fideiubebat, vel bonorum possessionem petat, ita mandatum tacite contrahitur *l. 6. hoc titul.* Hereditas adiri etiam per procuratorem non potest, *l. per procuratorem. D. de acquirend. heredit.* Maior solemnitas requiritur in iure ciuili, quam prætorio. *De lege 7.* dixi supra in *l. 13. si certum petatur.*

B

Ad Leg. X.

Si pro ea, contra quam supplicas, fideiussor seu mandator intercessisti, & neque condemnatus es, neque bona sua eam dilapidare, postea cœpisse comprobare possis, vt tibi iustam metuendi causam præbeat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, vt eum possis & ante solutionem conuenire: nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem vrgeri certum est. Fideiussorem vero, seu mandatorem exceptione munitum, & iniuria iudicis damnatum, & appellatione contra bonam fidem minime vsum, non posse mandati agere, manifestum est.

PRocurator, vel mandatarius, qui quid soluit ex mandato, id repetit contraria actione mandati, *leg. 2. & 14. hoc titul.* repetit etiam vsuras ex mora. *leg. 18. hic* vel ex stipulatione sine mora, *vt leg. 19. ipso titul.* In hac specie: si mandaui tibi, vt rem meam venderes, & vendideris, & pretium acceperis, pretij vsuras ex mora præstabis, vel ex stipulatione, non tamen supra legitimum modum, vt supra duplum: licet in eam causam mihi pignora dederis: Nam per retentionem pignoris illicitæ vsuræ seruari non possunt *l. 4. §. nec pignora, ff. de naut. fœnor.* Licet naturaliter tantum debitæ possint seruari, puta ex pacto intra legitimum modum, vt diximus in tit. de vsur. sup. Hic vero, qui rem meam vendidit meo nomine & mandato, est procurator seu mandatarius. Nam omnis procurator est mandatarius. Ideo inter dominum & procuratorem semper contrahitur obligatio mandati. Non tamen omnis mandatarius est procurator. vt is qui Titio meo mandato dat mutuam pecuniam, est mandatarius, non procurator, quia non credit meo nomine non suo. Item qui pro me fideiubet meo nomine, est tantum mandatarius, non etiam procurator. Nam procurator est, qui quid mandatoris nomine facit. Mandatarius est, qui ex alieno mandato suo vel alieno nomine quid facit. At quæritur in *leg.* 10. an mandatarius ante solutionem mandati agere possit. (post solutionem agere diximus.) Regulariter non potest, etiam si sit conuentus actione ex stipulatu, vel mandati, cum ipse pro alio fideiussor vel mandator intercessit: condemnatus tamen agere potest, etiamsi nondum quid intulerit, nisi iniuria iudicis condemnatus, dolo malo non appellauerit, & ita præscriptione submotus fuerit a persequenda appellat. Hoc ostenditur in fine *l.* 10 qui est de omissa appellat. quod imputatur mādatario. finis l. x. non est de omissa exceptione quod etiam imputatur mandatario certis casibus. de hoc agitur in *l. si fideiussor ff. mandati.* Accursius hoc tractauit *in hac l.* 10. Sed non apte quoniam finis l. est de omissa appellatione, non de exceptione. Item Mandatarius agere potest ante solutionem si mandator labatur facultatibus: qua ex causa etiam mulier agit de dote ante tempus actionis de dote. Item, si ita conuenerit vt posset agere ante solutionem. Item, si reus diu in solutione cessauerit, aget fideiussor mandati, vt liberetur Hoc recte in hac *l.* 10. *& in l. Lucius, ff. eod. tit.* explicatur. Hoc dicimus de eo, cui mandatum est, vt fideiuberet pro alio, vel mandaret: cui etiam hoc mandatum videtur, vt soluat, & ideo non agit ante solutionem, nisi alijs casibus. *l. indebitam ff de condict. indeb.* Quod si mandatum ei sit, vt expromiteret, quod fit nouatione facta, statim potest agere mandati, quia expleuit mandatum, expromisit, mandatorem liberauit nouatione facta. Item si mandaui vt emeres, & emeris, statim potes agere mandati, antequam pretium solueris, cum hoc mandatum non intelligatur, vt pretium solueres. Item, si mandaui, vt promitteres me iudicio sisti in diem certum, nec me exhibueris, cum per me staret, statim potes agere, antequam conueniaris ex stipulatione iudicio sisti. Si mandaui, vt negotia mea gereres generaliter & tu dum geris te pro me obligaueris, statim potes agere, vt te ea obligatione absoluam, & liberem. hæc omnia tractaui in *l. si mand. mea* 45. *D. hoc tit.* Itaque multi sunt casus, quibus mandatarius aduersus mandatorem agere potest, antequam quidquam præstiterit.

C

AD TITVLVM XXXVI.

Si seruus extero se emi mandauerit.



VLt. quæst. est de seruo, qui se mādauit emi. Quæritur an valeat mandatum? Regulariter quæ adquiruntur a seruo, ex persona serui valent, quamuis in persona domini inutilia sint. Ex persona serui, id est, si is liber factus ea posset sibi adquirere: quæ liber possum mihi adquirere, & seruus domino adquiram, licet dominus sibi adquirere non possit *l. debitor. §. seruo, ff. de leg. 2. l. & si maxime, de seruitute legata. D.* At si emi mandauerit, hoc mandatum non valet ex persona serui, quia liber etiam hoc inutiliter mandaret, liber homo non potest se vendere, potest se vænire pati ad pretium partiendum, vel alium actum gerendum. Liber homo non potest mandare se emi, alioqui proderet suam libertatem, & seipsum statim vindicaret actione mandati. Ergo & seruus. Illud etiam mandatum non consistit ex persona domini. Non potest etiam dominus a se seruum emi mandare. Nam si vtile est mandatum, & ex mandato emptus sit seruus, dominus aget ex vendito pretij nomine, & rem etiam repetet actione mandati, quasi emptum suo mandato. itaque rem habebit & pretium. Itaque non est actio mandati, id est verissimum, si secuta non sit venditio: at secuta venditione, domino dabitur vel actio ex vendito, vel actio mandati. Nam propter venditionem mandatum consistit, quia principaliter non id agitur, vt solum mandatum contrahatur, sed vt propter mandatum contrahatur emptio

D

E

tio

tio. Ideo domino datur electio, si ei non satisfiat de pretio, vt vel actione mandati emptum seruum repetat, vel agat ex vendito ad pretium: ei non satisfit de pretio, si nummos peculiares emptor soluerit seruo suppeditante, qua nummi peculiares venditoris domini sunt. Vtraque actione experiri non potest. Nam repugnat rei recte emptæ pretium præstare, & rem etiam emptam restituere, Ideo in tit seq. hæ actiones dicuntur contrariæ inter se. Igitur alterum debet eligere. Itaque secuta venditione, illud mandatum serui, qui se emi mandauit, non omnino est inutile, & ex eo domino adquiritur obligatio, si id malit.

AD TITVLVM XXXVII.

Pro socio.

Anno 1561. 13. Octob.



Æc actio pro socio nascitur ex contractu societatis, & est vltro citroque directa, ideo non adijcit vel contra: est vltro citroque bonæ fidei, & famosa, & recipit vsuras ex mora. Socius est, qui indiuise agit. Asconius Pedianus 3. in Verrem: Societas est communio pro diuiso contracta, re, aut verbis, aut consensu *l. 4. D. eod. tit.*. Re contrahitur, bonis in commune collatis & redactis. verbis per stipulationem contrahitur, vt ex edicto prætoris collatio bonorum fit, vel re vel verbis: 1. *cautione, l. 1. §. quamuis. D. de collatio. bonorum.* Item vt plurimum societas contrahitur nudo consensu: vt si inter duos conuenerit de societate bonorum vniuersorum: quo casu ipso iure bona communicantur, & fingitur interuenisse mutua traditio. *l. 1. & 2. D. pro socio.* Quod notandum est, quia cæteri contractus, qui consensu contrahuntur non transferunt dominium, vt venditio dominium non transfert, sed traditio, quæ non fingitur interuenisse. Societas trãsfert dominium ipso iure tacita traditione, quod valde pertinet ad explicandam *l. penult.* in qua ostenditur, societatem posse contrahi sub conditione: vt si Titius consul fuerit, communia habebimus patrimonia. Quid opus fuit ea constitut. Iustiniani? Nonne & cæteri contractus qui consensu perficiuntur conditionem recipiunt, vt venditio? Sed de societate dubitabatur vt ait Iustin. sed constituit vt id fiat. dubitabatur autem olim: quia societas dominium transfert, & fingitur interuenisse tacita mancipatio, vel traditio. Constat autem mancipationem diem, vel conditionem non recipere *l. actus de regulis iuris.* vbi legendum mancipatio, vt Flor. non emancipatio. Idem est in omni legitimo modo dominij adquirendi, vt non admittatur conditio, itaq; nõ frustra dubitabatur de societate, quod definitur *l. pen.* de actione pro socio, addendũ est, eã sic appellari, quia plerũq; datur de eo quod socius pro socio impendit, & gessit, idque communiter in *l. actione §. si post distractam, ff. pro socio.* Veluti, si duo coierint societatem ad coëmendum prædium, & emerint, & eis sit traditum, atque ita dominium adquisierint in commune pro indiuiso: si vnus eorum de suo integrum pretium numerauit, & soluit solemnia tributa fisco prædij nomine, id consequetur pro parte actione pro socio *l. 2. hoc tit.* Et generaliter finita societate actione pro socio id agitur, vt exæquentur portiones lucri & damni, quia coita est societas lucri & dãni. *l. 3. h. t. l. verum, §. si cum tres, D. eo.* Dico finita societate agi pro socio *l. 5. hoc ipso tit. d. l. actione. §. si post distractam, D. eod.* Nam est actio generalis quæ totius societatis, quamdiu consistit, rationes exigit. Sic dicitur *l. pro socio, D. eod.* Omnes autem generales actiones non dantur, nisi finito contractu, vt tutelæ non datur, nisi finita tutela, &

A negotiorum gestorum non datur, nisi finito officio *l. rationes. inf. de administ. tut.* Ita actio pro socio non datur, nisi finita societate. Tunc enim rationes societatis redduntur actione pro socio. Interdum tamen datur, manente societate, sed specialiter, id est, in rem aliquam specialem, non in generalem, puta, vt communicetur aliquid ex societate. quod retinet vnus socius nec vult referre in commune, agetur pro socio, vt id referat in commune quod ex societate seposuit, contracta societate vniuersorum bonorum, idque obtinet, non tantum in societate vectigalium, sed etiam in qualibet societate, vt in speciem certam agatur manente societate, *l. actione. §. nonnumquam. l. cum duos. §. Item Papin. pro socio,* Locuti sumus de societate voluntaria,

B id est, de contractu sociorum voluntario. Alia est societas necessaria, quam fortuna affert, quæ constituitur re ipsa sine contractu: Vt si duo heredes instituantur, socij sunt sine contractu: vel si duobus coniunctim donetur, vel legetur coniunctim vel indiuisim. quibus casibus, si quid vnus eorum impenderit in rem communem, non competeret ei actio pro socio, quia non est contracta societas quia non eos congregauit voluntas sed fortuna. non competit etiam actio negotiorum gestorum, quia propter suam partem ad gestionem accessit. Actio negotiorum gestorum est de aliena re gesta, non de communi re gesta *l. heredes. §. non tantum. D. fam. ercis.* Non competit etiam actio propria de communiter gesto, quia nulla talis actio edictis prodita est. Sed competit actio familiæ erciscundæ inter coheredes & inter alios communi diuidundo. *l. quib. casib. D. eod.*

C *tit.* Hæc actio communi diuidundo competit socijs, & non socijs, id est, competit de vtroque genere societatis. Itaque concurrit semper cum actione pro socio. qui habet actionem pro socio, habet actionem communi diuidundo. *l. 2. D. commu. diuid. l. pro socio. in fin. ff. pro socio* Actio pro socio est tantum de societate voluntaria. Item actio communi diuidundo est mixta, tam in rem, quam in personam. Nam continet rerum diuisiones & præstationes personales, si quæ sint, vel si quid damni datum sit culpa socij Actio pro socio est in personam tantum. Item in actione pro socio habetur ratio nominum, non in actione communi diuidundo. *l. si actum sit D. pro socio.* In plerisque alijs conueniunt hæ actiones. Vtraque est bonæ fidei. Actio pro socio datur finita so-

D cietate, sic & actio communi diuidundo datur finita societate, dummodo maneat communio. imo & finita communione datur communi diuidundo ob præstationes personales non quidem directo sed vtiliter. *l. si quis putans. in prin. commu. diuid.* Potest esse communio sine societate: vt si societati renuntietur, & nondum fiat diuisio, soluitur societas, communio non soluitur. Ea autem diuisio, si societas coita sit, fiet societatis iure ex æquis partibus, vel ex constitutis partibus nudo consensu, vti societas constituta est, vel fit diuisio per stipulationem, aut per permutationem partium vltro citroque plerunque transigendi causa. Huic diuisioni stare debent heredes tam ex testamento, quam ab intestato, *l. 4. hoc tit.* Item actione pro socio interdum agitur manente societate. Certum est communi diuidundo a-

E ctione agi manente societate, vt distrahatur. In vtraque id commune est, vt in vtramque veniat dolus, & culpa. Et numquam fuit dubitatum de societate necessaria, quin in eam dolus & culpa venirent: quia non eligimus eum socium, sed in eum incidimus, & si eligeremus, posset nobis id imputari: Sed quia in eum incidimus forte fortuna, ideo certum semper fuit in eam societatem venire dolum, & culpam *l. heredes §. non tantum, ff. famil. ercisc.* At de societate voluntaria dubitatum fuit, an socius socio præstaret dolum, & culpam. Verum præualuit sententia existimantium dolum & culpam venire in actionem pro socio, *l. cum duobus §. 1. l. socius socio, ff. eod. §. vlt. de societ. Institut.* Sed non venit om-

nis culpa, vt & in mandato, & negotijs gestis: Nam A non venit leuissima culpa. Nam in re, quæ ex parte mea est, non omnis negligentia præstanda est. In re mea pro solido omnino negligens esse possum, *l. in re, sup. mand.* In re, quæ est ex parte mea, aliquatenus negligens esse possum. Ergo non omnem culpam præsto. Lata culpa est, si quis rem alienam non seruat æque ac suam: *l. quod Nerua, D. depos.* Lata culpa est, si quis rem communem non seruet æque ac suam: hanc tamen præstat socius. quæ in depositario est lata culpa, in socio est leuis: Contra, quæ in depositario est leuis culpa, puta, consueta in rebus suis negligentia, in socio est leuissima, & hanc non præstat. Nam non debet esse diligentior in re communi, quam in propria. Socio est similis maritus in reb. dotalib. Nã in eis eã tantum debet præstare diligentiã, quã in reb. suis præstat: B non ampliorem. eam si non præstet, in leui culpa est, *l. si filio §. 1. & l. etiam §. 1. l. si constante. §. si maritus, sol. matrim. l. in rebus, de iure dot. l. Pomponius, D. de pactis dotal.* Illa duo genera societatis notauit M. Tullius in oratione pro Quintio, cum ait *socius qui cum te voluntas congregasset aut fortuna contulisset.* & Cæt. & paulo post: *cum quo voluntariam societatem coibas.* &c. Notandum, quod ait voluntariam. sic vocat. *l. verum §. in heredem, D. pro soc.* ad differentiam illius societatis, quæ iure hereditario pertinet ad heredem, vt cum contracta est societas vectigalium, & ei heres nominatim adscriptus est, alioquin societas finitur morte. Et voluntarium consortium dicit lex cum *duobus §. idem Papinianus, D. eod.* Aliud est necessarium consortium sicut duplex societas. C Nam consortium siue societas idem siue consortio. Consortes igitur sunt, qui bona communia inter se habent ex societate, vel sine societate. Dissortes dicuntur soluta communione. August. in Grammat. Inde Festus, *disertiones, diuisiones patrimoniorum inter consortes.* Legendum, *dissortiones. ex l. 1. hoc tit.* notandum est ita posse coiri societatem, vt vnus pecuniam, alter operam conferat vel artem, quo genere contrahitur cum pastore, vel politore agrorum, vel colono partiario. Lex ait magis obtinuit, scilicet, contra Mutij sententiam, vt refert Iustin. *Instit. tit. de soc. & l. etiamsi socij D. eod. tit.* Etiamsi, inquit ea lex, socij pares facultates non habeant, tamen vniuersorum bonorum societas coiri potest, quia pauperioris opera & diligentia D potest supplere, quod eius patrimonio deest, *l. 5. §. 1. ff. pro soc.* Igitur pretium operæ supplet patrimonium. sic dicitur in *l. cum duob. §. si in coeunda. D. eod. Pretium operæ, artis*, quod dicitur ἀντιθέτως, *esse velamentum.* Sed dicitur eo loco significari, quod sicut pretium operæ supplet quod patrimonio deest, sic etiam velat & implet lacunam rei familiaris: & ita non tantum pretium operæ est supplementum, sed etiam implementum societatis.

Ad Leg. vltimam.

Sancimus, veterum dubitatione remota, licentiam habere furiosi curatorem dissoluere, si maluerit societatem furiosi, & socijs licere ei renuntiare. Et quemadmodum in omnibus contractibus alijs legitimam auctoritatem ei dedimus, ita & in hac parte eum permittimus competenter commodis furiosi prouidere. E

Notandum, curatorem furiosi posse societati renuntiare a furioso contractæ, cum esset sanæ mentis, de quo olim dubitabatur. verum sufficit consensus vel dissensus curatoris. Sed videtur lex vltima coniungenda cum *l. vlt. inf. de curat. furiosi*, quæ eandem habet subscriptionem, & quæ tractat etiam de officio curatoris furiosi. Et adnectit Iustinianus, quod in hac l. vlt. adijcitur. Ideo in inscriptione huius legis vlt. pro Ioanni, legendum est Iuliano PP. duo sunt in titulo Pandectarum loci notandi. Vnus est in *l. verum, D. eod. tit. in prin.* Qui locus indicat fratrem fratri teneri in id tantum, quod facere potest, si frater cum fratre agat, non aget nisi in id quod facere potest, nec frater patietur carcerem sicut cæteri. certum est id de parentibus, de coniugibus, & liberis, de liberto & patrono: sed illa lex ostendit, idem dicendum in fratre: nam inquit, exemplo fratrum, socios teneri in id quod facere possunt; ius societatis esse fraternitatem quodammodo ostendens: quæ ratio falsa est, nisi idem statuatur in fratribus. Alter locus est in *l. nec quicquã, eod.* qui probat actionem serui corrupti esse famosam, quod etiam nouũ est, & inauditum. Sententia est: in actionibus turpibus, id est, in famosis actionibus. (Nihil enim interest inter turpe & famosum,) si socius maleficium commiserit, alterum socium pœnam non agnoscere ob maleficium a socio admissum, nisi eius maleficij esset ipse conscius, & particeps. Idque ita intelligendum est in omnibus turpibus actionibus, vt in actione iniuriarum, l. Aquiliæ, & serui corrupti, de qua dubitabatur, quia edicto de infamibus non comprehendebantur. Sed probat illa lex, cui adiunge *l. nec serui corrupti, de obseq. parent. vel patron. præst.* Deinde subijcitur in ea l. idem esse in cæteris pœnis pecuniarijs, quæ ex publicis iudicijs descendunt, vt eas non agnoscat socius pro socio. Male id Accursius accipit de actionibus ciuilibus, cum ea lex, priuatis actionibus voluerit adiungere publicas, quæ plerunque pœnam pecuniariam irrogant, non capitis pœnam, vt l. Iulia de ambitu, in 100. solidos, & l. Cornelia de iniurijs in plerisque condemnat.

AD TITVLVM XXXVIII.

De contrahenda emptione venditione.



DE hoc contactu emptionis, & venditionis, hic liber multos titulos continet. In primo ostenditur, substantiam siue naturam emptionis consistere ex tribus, re, pretio, consensu. Hæc tria omnimodo exigimus in venditione, scripturam non exigimus, nisi etiam ita conuenerit *l. vlt. hoc ipso tit.* & exposuimus in l. 16. sup. *de fide instrum.* Rursus pretij numerationem non exigimus, sed tantum pretij conuentionem: item rei aut vacuæ possessionis traditionem non exigimus, & multo minus instrumentum traditionis vacuæ possessionis, *l. 12. hoc. ipso tit.* Fideiussoris dationem exigimus euictionis nomine, *d. l. 12.* Sed nec arrarum dationem. Item rei præsentiam non exigimus. venditio valet, etiamsi non fiat in rem præsentem, *l. 1. hoc tit.* quæ tamen fit in rem præsentem, hoc quandoque amplius habet, vt fingatur traditio interuenisse, *l. 1. D. de acq. poss.* At illa tria, rem, pretium, & consensum omnino exigimus, de quibus sigillatim nobis tractandum est. Primum rem, seu mercem exigimus, quæ væneat, & rem minime nostram: Nam sicut donatio, locatio, pignus, item precarium, depositum, commodatum: ita emptio rei suæ non valet, *l. 4. & 10. hoc tit. Legis. 4.* species est. Ego tibi rem donaui, & tradidi: deinde heres, & filius meus eam rem tibi vendidit. Lex ait, non duplicari titulum possessionis. Lex 10. ait, non duplicari dominium. Vtrumque est verum, quia tu non videris, & ex causa donationis, & ex causa emptionis rem possidere, cum nulla sit emptio: Sed si donatio non valuit, quam fecit, si te non feci dominum, tum vtilis erit venditio, imo etiamsi ab initio valuit donatio, quam in te contuli si in ea tamen causa est, vt possit reuocari vt inofficiosa: erit etiam tum vtilis posterior venditio. vt si filio defraudato, tibi omnia bona mea dedi, quam donationem potest filius rescindere per querelam inofficiosæ donationis, & in solidum quidem si dedi extraneo, vt in specie

specie l. 4. idque ad exemplum querelæ inofficiosi testamenti, quæ instituto extraneo herede, rescindit testamentum in solidum & omnino testatorem intestatum facit. Hanc vero imitatur per omnia querela inofficiosæ donationis, *l. vlt. de inoffic. donat.* At si donaui alteri filio omnia bona mea, non reuocabitur donatio, nisi pro modo partis legitimæ filio defraudato, argumento *l. 2. sup. de inoff. don. & l. 3. de inofficios. testam. sup.* Nunc de pretio. Exigimus in emptione vt sit perfecta, certum pretium, id est, vt conuentum sit de certo pretio, *l. 9. hoc tit.* Certum est pretium, si sit eius quantitas certa, vt si vænierit merx 100. aureis. Item certum est pretium si venditor dicat se vendere quanti emit, vel quanti est in arca, si quid sit in ea, quia hoc casu pretium incertum non est, imo rei veritate certum, ideo nec venditio incerta, *l. 7. §. pen. ff. eod tit.* Quid si dicat, B se rem vendere, quanti Titius arbitrabitur? quidam Iurisconsulti dicebant esse certum pretium: Nam ea verba accipiebant pro arbitrio boni viri, quod semper certum est; ideo dicebant emptionem valere, etiam pretium non statuente Titio, & statuendum esse ex bono & æquo. Alij vero negabant emptionem valere, pretium nolente definire Titio, quorum sententiam probat Iustinianus in *l. vlt. hoc tit.* tam in emptione, quam in locatione quæ etiam exigit pretium. Alias in contractibus bonæ fidei arbitrium accipitur pro arbitrio boni viri. In hac specie, quæ exigit taxationem pretij certi arbitrium non egreditur personam Titij, nec latius accipietur pro arbitrio boni viri. Itaque pretium non statuente Titio nulla erit emptio venditio. Et hæc dicimus, cum pretium confertur in arbitrium extranei, puta Titij: Quod si conferatur pretium in ar- C bitrium emptoris, nulla est emptio, quia est sine obligatione, cum possit is vel emptum vel non emptum habere *l. quod sæpe §. 1. ff. hoc tit.* Ac multo magis nulla erit emptio, si tota ea conferatur in arbitrium emptoris, si voluerit, *l. 13. hoc tit.* quia quæ non astringit necessitate obligatio nulla est. respicit ad obligationis definitionem, quæ est iuris vinculum, quo necessitate astringimur, & sic ad eam respicit *l. pater filium, in fine, ff. ad leg. Falcid. in ære, inquit, alieno erit fundus, quia necessitate adstrictus est.* &c. Illud adijciendum est, conferri emptionem posse in arbitrium venditoris quasi in conditionem, vt si væneat seruus, potest adscribi hæc conditio, si rationes meo arbitrio reddiderit, *l. 7. ff. eod. tit.* Vel etiam ita recte fiet emptio sub conditione, si intra Calendas res tibi placuerit empta esto. At palam D non potest conferri in arbitrium emptoris hoc modo, si volueris hanc rem emptam habeto: Nihil enim agitur, quia nulla necessitate astringitur emptor, *l. 13. hoc tit.* Igitur in emptione exigimus taxationem certi pretij, non numerationem. Conuentio de pretio certo emptionem perficit etsi nondum numeratum sit, *l. 2. ff. eod. tit.* Ideo re tradita, ob pretium non numeratum ab emptore vendito irrita non redditur, nec repetitur res ex mora & pœnitentia non numerati pretij ad tempus. Item emptor ob moram hanc malæ fidei possessor non constituitur, quia initium possessionis iustum est: Sed parata est venditori actio ex vendito de pretio cum vsuris ex mora, vel ex traditione rei, si fructus perceperit. hæc ostendi in *l. 8. 9. & 12. hoc tit.* Nunc dicendum de E consensu, quem omnino exigimus in emptione venditione. Ideo a furioso facta venditio non valet, nisi sit facta tempore furoris intermissi, *l. 2. hoc tit.* Item ab inuitis facta, vel simulate facta, non valet, *l. 11. hoc. tit.* Ideo si quis fundum vænalem habeat, eum vendet cui volet, nec cogetur extraneo præferre propinquum ad eandem emptionem accedentem, *l. pen. hoc tit. l. 3. ℑ. de comm. rer. alien.* Itaque l. pen. tollit ius προτιμήσεως. Sed ei solet opponi *l. 1. ℑ. non licere habitator. &c. lib. 11.* Quæ lex docet, vicanum, qui fundm vænalem habet, debere conuicanum præferre extraneo emptori. Itaque illla lex ius admittit προτιμήσεως. Sed loquitur illa lex de conuicanis, qui Græce dicuntur κωμῆται & συγκωμῆται, qui male ab Haloandro vertuntur comitiani. Vicanus aduersus conuicanum habet hoc ius, sicut etiam dominus aduersus suos homines veluti colonos, censitos, emphyteuticarios qui quid vendere volunt, habet ius προτιμήσεως, *l. vlt. ℑ. de iure emphyteutic.* At lex penult. huius tit. non loquitur de dominis, sed de propinquis & socijs: Ii non habent ius προτιμήσεως, nec ius contractus ex hac constitutione, nisi ex pacto, *l. qui Romæ §. coheredes, de verb. obligat.* At postea Romanus Imp. Constantinopolitanus restituit ius προτιμήσεως, Nou. περὶ ἐκποιήσεως κτημάτων, *de alienatione possessionum.* Ea Nou. constituit, vt iure προτιμήσεως vocentur in emptionem rei vænalis cognati consortes, vt fratres qui indiuise agunt, tum vt vocentur socij quos ad societatem coniunxit voluntas, deinde extranei socij, quos ad societatem coniunxit res ipsa vel fortuna vt coheredes, & collegatarij; post vt vocentur συμπαρακείμενοι ὁμοτελεῖς, id est, qui eidem domino canonem pensitant, & seruiũt, vel vt Fridericus ait, in sua constitutione, qui sunt sub eodem seruitio: Quinto loco vocantur confines. Igitur ea Nou. 5. gradus facit, & inter eos dat successionem, videlicet vt primis non offerentibus pretium intra triginta dies, vel repulsis eis, quod iniurias aliquas venditori aut eius familiæ fecerint, tum sequentes vocentur, atque ita alij alijs succedant. Diximus simulatam venditionem non valere: Nam hoc abhorret a consensu, vt si fiat venditio donationis causa per simulationem venditio non valet, *l. si cuti emptio D, Loc.* Vt nec societas valet ea ex causa *l. 5. in fine, ff. pro Soc.* Venditio igitur non valet, donatio tamen valet, nisi quid impediat. Nam qui donant specie venditionis, id agunt vt fraus fiat legi prohibenti donationem: ideo non dicunt se donare, sed vendere. at id non agnnt semper, & tum donatio valet, & legi donationis directæ parendum est *l. 3. hoc tit.* Quæ lex perfectam donationem dicit, quia donatarius fuerat inductus in possessionem rei donatæ, quod etiam exigit l. 4. & 9. hoc tit. Nam donatio non perficitur solo consensu, vt emptio venditio, sed mancipatione, & traditione, nisi fiat inter coniunctas personas, ex constitut. Diui Pij. Hodie inter omnes personas solo consensu perficitur ex constitut. Iust. ad exemplum venditionis. Pertinet ad hanc emptionem simulatam *l. 6. hoc tit.* Species est: Mulier dum bene vellet Titio, ei donare cupiens, rei suæ dominium tit. vend. in eum transtulit: deinde ei nupsit, venditio vel donatio valet, quia facta est ante nuptias, & ideo postea facto diuortio non potest repeti a viro. Id confirmat *l. pen. in fine, ff. de donat, inter vir. & vxor.* Ad idem pertinet *l. 7. hoc tit.* Species est: Mulier rem emit ab extraneo, & traditam accepit: deinde finxit se eandem rem a marito accipere donationis causa in fraudem legis, vt scilicet maritus eam rem reuocaret quasi illicite donatam, atque ipsa illi quodammodo donaret: quæritur, an diuortio facto eam possit maritus reuocare: tanquam illicitam? minime, quia est simulata donatio, quæ mulieri dominio iam acquisito ex causa emptionis nihil adiecit. Ergo nihil etiam detrahet dominio mulieris. Idem erit si rem emptam ab extraneo mulier iterum emere se finxerit donationis causa, *l. 10. hoc tit.* Hæ simulationes contrariæ sunt consensui, qui omnino in emptione venditione exigitur. Postremo id continetur *l. 5. hoc ipso tit.* vt tutor possit emere rem pupilli bona fide, & palam, id est, ex auctione pupilli: sic accipio leg. hanc, idque ex *l. 2. §. tutor, D. pro empt.* Alias tutor non potest emere rem pupilli. Sic etiam comes rer. priuat. & palatini, id est, apparitores comitis, & patronus fisci potest emere rem fisci ex auctione fiscali, non aliter, *l. vlt.* quæ Græca est, & desideratur *l. 1. de fide. & iure hast. fiscal.* Non obstat vero *l. 5. l. tutor rerum, D. de administrat. tutor.* Ex qua colligunt tutorem iure emere rem pupilli etiamsi non emat palam sed id male ex ea colli-

gitur: Nam ibi tutor non emit rem pupilli, sed extraneus: at rem pupilli iure extraneo venditam, emptore non soluente, tutor retinuit nec tradidit, & pretium rationibus pupilli acceptum tulit, perinde atque si emptor numerasset, ideo de suo intulit pupillo pretium, & perinde est ac si extraneus pretium dedisset eique res tradita esset, nec tutori auocabitur, cum venditio sit principaliter collata in extraneum.

AD TITVLVM XXXIX.

De hereditate, vel actione vendita.

De hereditate vendita est l. 1. 2. 4. 5. & 6. de actione vendita est l. 3. 7. 8. 9. Si heres hereditatem vendiderit, non ideo liberatur a creditoribus hereditarijs, vel legatarijs, vel fideicommissarijs, imo eis respondere cogitur cum sit heres. Nam vendendo non desinit esse heres: emptor vero hereditatis, inuitus non respondebit creditoribus hereditarijs volens respondebit & excipiet illorum actiones. quo casu si cum emptore volente agant creditores hereditarii, tacite videntur pacti, ne agant cum venditore. Ideo electio emptoris proficit venditori ad exceptionem taciti pacti, *l. 2. supra de pact.* Quod si emptor nolit suscipere actiones creditorum, tunc necessario venient ad venditorem quasi heredem. Verum quod venditor eis præstiterit, dederit, soluerit, id ab emptore hereditatis recipiet, *l. 2. inf. de legat.* Recipiet id, inquam, actione ex vendito, vel etiam ex stipulatu actione. Nam solent de hac re interponi stipulationes inter hereditatis venditorem & emptorem, & venditor promittit, quanta pecunia ex hereditate ad se peruenerit tantum emptori redditurum: Emptor contra promittit, quantam pecuniam venditor præstiterit & soluerit hereditario nomine creditoribus, tantum se præstiturum venditori. Nam id agitur hac venditione hereditatis, vt in emptorem hereditatis omnia commoda & damna transeant. Hæc ostenduntur in *l. 2. §. sicut, & l. si ex pluribus, ff. de heredit. vel act. vend.* Ergo quod soluerit venditor, cum quo solo est actio, licet hereditatem vendiderit, id repetet ab emptore actione ex vendito, vel stipulatu, vel si nondum quid soluerit creditoribus hereditariis, in hoc aget venditor actione ex vendito cum emptore, vt emptor suscipiat defensionem venditoris aduersus creditores hereditarios, argumento *l. hereditatem, de donat.* de qua l. diximus in tit. *de condict. ob caus. dat.* Vel aget cum emptore actione ex vendito, vt caueat emptor se creditoribus hereditarijs satisfacturum. Nam hoc est commune omnibus bonæ fidei actionibus, vt agatur eis ad interponendam cautionem, vel si ita res ferat, satisdationem. Hoc tamen casu venditor aget vt caueat se satisfacturum non etiam vt satisdet, nisi ab initio ita conuenerit, *l. 2. hoc tit.* Hoc ibi exprimitur eleganter. Nam natura emptionis & venditionis hæc est, vt nulla ex parte satisdationes interponantur, sed repromissiones & cautiones nudæ, nisi aliud conuenerit, *l. pacta de contrah. emp. & vendit.* Et ita etiam agit emptor vt caueatur non vt sadisdetur de euictione nisi ita conuenerit. Sic merito ait *l. 2. hoc tit.* in specie proposita venditori non dari actionem ad satisdationem vllam exigendam de absoluendis creditoribus hereditariis, de qua initio conuentum non est, dabitur tamen ad exigendam repromissionem. Quæret aliquis an vtiles actiones in emptorem hereditatis creditores habeant? Minime. Nam nulla lege, aut senatusconsulto id expressum est. Ipse quidem emptor hereditatis habet actiones vtiles in debitores hereditarios sine cessione, ex constitutione Diui Pij, *l. si cum emptore, D. de pact. l. 5. hoc tit.* vel habet directas ex cessione, quam etiam flagitabit actione ex empto: verum in eum non competunt actiones vtiles. Itaque emptor hereditatis non est per omnia similis fideicommissario hereditatis. Nam fideicommissario, & in fideicommissarium hereditatis competunt actiones vtiles ex senatusconsulto Trebelliano: Emptori hereditatis competunt vtiles ex constitutione Diui Pij: in emptionem non competunt vtiles quia deficit constitutio nihil temere constituendum est sine constitutione. Excipiendus autem est fiscus ab hac definitione: nam si ad fiscum peruenerit hereditas caduca aut vacans, & eam vendat, iam creditores hereditarii cum fisco, qui hereditatem vendidit, non agent, sed cum emptore vtili actione, *l. 1. hoc tit. l. eum qui bona, D. de iure fisci.* Opponitur huic exceptioni lex 2. & 3. *inf. de quadrien. præscript.* quæ leges tuentur eos, qui a fisco emunt, & eos liberant omnibus actionibus tam in rem, quam in personam. Et ait *lex 3.* aduersus emptorem cessat omnis motus id est, actio, vt Græce κίνησις, & κινεῖν, id est, agere. Sic eadem lex ait, *cum moueatur,* id est, agatur, & lex 3. *in fine, de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum.* Igitur in emptorem cessat omnis actio. Dant igitur illæ leges illi, qui emit a fisco, securitatem plenissimam, etiamsi vendiderit fiscus rem alienam, quia dominus cum fisco, non cum emptore aget. Emptori datur perpetua securitas. His videtur pugnare quæ dicit, fisco hereditatem vendente dari actionem in emptorem. Ergo quicunque emit a fisco, non est securus. Sed hæc non pugnant: Nam lex 2. & 3. dant securitatem emptoribus, cum quibus agitur de proprietate & hypotheca rerum quæ venditæ sunt, §. *vlt. Institut. de vsucap.* ne scilicet hoc genere res illis auocentur: de statu cum eis agi potest: vt si vendiderint ancillam *l. 5. inf. de liber. caus.* Et sic recte Thalelæus ad dict. *l. 5.* Sic etiã hereditate vendita a fisco, cum emptore agi potest de debito hereditario, vel legato, vel fideicommisso, quia non agitur de auferenda hereditate, sed de liberanda. Sic recte Fulgosius hic: Verum cum eo, qui emit a fisco hereditatem quasi caducam & vacantem ex *l. 2. de quadrien. præsc.* postea non agetur petitione hereditatis ne auferatur hereditas. Itaque recte idem Fulgosius dicit d. l. secundam corrigere legem *nec vllam §. item si quis a fisco, de petit. heredit.* quæ dat petitionem hereditatis in eum, qui emit a fisco hereditatem, quod est contra sententiam *l. 2.* Igitur ex ea l. 2. si fiscus vendiderit hereditatem quasi caducam & vacantem, is, ad quem pertinet hereditas, iure aget cum fisco intra quadriennium, cum emptore non aget de hereditate ipsa: sed si hereditas fuerit fere caduca & iure vendita, aget cum emptore quilibet creditor hereditarius, vel legatarius, vel fideicommissarius. Certum est etiam quod ante constitutionem Zenonis securitas data fuit emptoribus, qui emissent a fisco occupante bona debitorum suorum & distrahente forte ob non solutas solemnes pensitationes, vel tributa si quis emisset hæc bona ob eam causam securus erat emptor, etiamsi res illæ alijs essent pignori obligatæ: Nam fiscus semper censetur antiquior in hypotheca, *l. 2. infra, si propt. public. l. 1. inf. de capiend. & distrahend. pignor. tribut. cau.* Item si bona quædam sint confiscata forte ex causa delicti, certum est etiam hoc casu ex iure veteri ante constitutionem Zenonis ea bona in fiscum transire sine ære alieno, & a fisco rursus in emptorem, nisi sint pignori obligata alijs quibusdam. quo casu fiscus tenetur, non emptor, ex eadem constitutione Zenonis. Pertinet ad hanc speciem *l. 2. inf. de debitoribus ciuit.* Nam ait, si quis fisco locum fecerit, quod dicitur de his, quorum bona sunt publicata, *l. 5. de iure fisci l. 3. Cod. Theod. de bonis proscriptorum.*

Ad. legem IV.

Qui nondum certus de quantitate hereditatis, persuadente

dente emptore quasi exiguam quantitatem eam vendidit: A bonæ fidei iudicio conueniri, vt res tradat, vel actiones mandet, non compellitur (nam) suo quoque iure eorum persecutionem habet.

L Ex quarta est de dolo emptoris hereditatis. Si emptor hereditatis venditorem induxit dolo malo vt venderet, venditio ipso iure nulla est, quia dolus dedit causam contractui. Ideo rebus hereditarijs traditis, venditori competit vindicatio, vel condictio sine causa: rebus autem non traditis, emptor non habebit actionem ex empto quia nulla est, *l.* 4. *hoc tit.* At si venditur o hereditatem emptor persuasit vt minori pretio venderet, affirmans vel iurans hereditatem esse perexiguam cuius vires heres ignorabat, hoc casu venditio valet: Sed venditori datur actio ex vendito in id B quod interest, vel in id quanto pluris est hereditas, *l. si quis affirmauit, D. de dolo.*

Ad Leg. VI.

Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseuerauit, & ideo vendendo eas alys, dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit: ex empto actione conuentus: quanti tua interest, præstare cogetur.

L Ex 6. ostendit venditorem hereditatis, qui res hereditarias non tradidit, teneri emptori actione ex empto in id quod interest, si postea rem aliquam ex hereditate alij vendiderit & tradiderit, rupta fide prioris venditionis: Nam hic posterior emptor potior C erit, cum ei prius traditum sit, & potuit vendere res hereditarias alteri, & iure eas vendidit, quoniam venditio nuda dominium non transfert: qui vendidit, nec tradidit, dominus manet; ideoque recte alteri vendit, & si ea tradat, alter fit dominus. Coniunge hanc *l. 6. cum l.* 3. *de his, qui a non domin. manum.* sunt quæ ait, idem esse dicendum, si venditor hereditatis postea ancillam hereditariam manumiserit. valet libertas quia data est a domino: sed tenetur ex empto ad id quod interest. Nunc de actione vendita videndum. Constat actionem vendi posse tam in rem, quam in personam: & sicut emptor hereditatis habet actiones D vtiles sine cessione, & directas ex cessione; ita emptor singularium rerum actiones habet ex cessione directas, sine cessione vtiles ad exemplum earum, quæ venditori competunt tam in personam, quam hypothecarias, *l.* 7. *&* 8. *hoc tit.* Lex 7, addit posse etiam actionem vel nomen debitoris pignori obligari: qua ex re datur creditori vtilis actio in personam, videlicet in debitorem debitoris. At semper meminisse oportet in his casibus *l. pen. sup. mand.* ne scilicet emptor actionis plus ferat ex actione mandati, quam soluerit pretij nomine, vt coerceantur redemptiones, & redemptores litium. Igitur directæ actiones ex cessione competunt emptori, siue emerit actionem in personam, seu in rem, actiones vtiles etiam competunt in personam sine cessione: At de actionibus in rem dubitatum fuit an emptor actionis in rem haberet actionem vtilem sine E cessione quia venditio sola non transfert dominium, nec de eo præbet actionem sine mancipatione, traditione, vel cessione. Hoc recte definitur *l. vlt. hoc tit.* quæ constituit vtilem dari sine cessione ei qui emisset actionem in rem. Notandum ex lege tertia actionis venditionem & cessionem fieri inuito debitore & ignorante, cui coniungenda *l.* 1. *de nouationibus, inf.* quæ lex addit, aliud esse in delegatione, quæ nouandi causa non fit inuito debitore: Nam fit per stipulationem.

Cod.

AD TITVLVM XL. ET TRES TITVLOS SEQVENTES.

Quæ res vanire non possunt, & quæ vendere vel emere vetantur.



Q Vinque huius tractatus sunt capita. Primum caput de purpura & serico, secundum de annona populari & militari, tertium de armis, & alijs quibusdam non exportandis, nec habendis, quartum de eunuchis, quintum de nō distrahendis filiis. quod ad primum attinet, *L.* 1 *huius tit.* commercio purpuræ & confectione priuatis interdicit siue tinctione, proposita pœna capitis, & omnium bonorum confiscationis. ait autem, fucandæ. recte Accur. id est, tingendæ, arg. *l. 3. de vest. holosericis, l. vlt. C. Theod. de muril.* Purpura soli principi dicata est. Ea priuati non vtuntur, ideoque ad vsum principis tingendæ purpuræ ius est tantum certis concessum personis huic conditioni addictis, quæ Græcis dicuntur Baphij, *tit. de muril.* Sueton scribit Neronem interdixisse vsum Tyrij coloris purpuræ, & matronam vetita purpura cultam, non veste modo, sed bonis exuisse, *vt l.* 1. *hoc tit.* Ocyus exuit bonis omnibus, & emptorem & venditorem purpuræ. Sic *l. pen. inf. de vestib. holosericis*, interdicit priuatis viris, & fœminis vsum sericarum, purpurearum vestium, & purpuræ vsum. Hæc l. 1. non tantum purpuræ vsum interdicit in serico, sed etiam in lana qualibet, & adiicit, quæ blatta, vel oxyblatta, vel hyacinthina, & hyantina dicitur. Sic iampridem ostendi legendū *hyantina* hoc loco, dum ait quæ, i. quæ purpura, nō quæ lana. Purpura dicitur blatta, vnde blatteæ vestes. Est & alia purpura, quæ dicitur oxyblatta confecta ex splendidiore & lucidiore colore, qui & blatta appellatur a veteribus. Alia purpura dicitur hyantina a violis Martijs, vt in *l.* 70, *si cui lana* §. *vlt. de leg.*3. quæ dicitur Tyrianthina a Vopisco in Car. Igitur lex interdicit priuatis, viris & fœminis vsum purpuræ, id est, blattæ, oxyblattæ, hyanthinæ. Quæri potest an omnino non liceat priuatis, vestibus purpuram prætexere? Id definit Leo Imper. Nou. 80. qua permittit vsum vestium purpura prætextarum, & multo magis permittitur vsus vestium serico prętextarum. Nam purpura fuit semper pretiosior auro, & serico. Sericum fuit auro par, vt in *l. Rhod. ca.* 40. Et a Vopisco in Aurel. *libra*, inquit, *auri tunc libra serici fuit.* Purpureæ vestes viris, & fœminis interdicuntur holoueræ, id est, holosericæ, quod idem est: Nam βῆρος sericum dicitur. Zonaras & Balsamon, in can. 12. Gangrensi βήρης interpretantur σηρικὰ ὑφάσματα & in ficta illa donatione Constantini scriptum est, Pontificem vti veris vestimentis, & vero Selochalino. Igitur vestes holoueræ interdicūtur viris, non fœminis, *l. pen. de vest. holou.* Vopiscus in Tacito: *viris omnibus interdixerit holosericam vestem*, fœminis numquam fuerunt interdictæ, at purpureæ etiam fœminis. Quæri etiam potest de cocco grano tinctorio, an interdictum sit, quod granum scribunt purpuræ genus esse: Nam faciunt aliam purpuram violaceam, aliam coccinam: Sed sequemur legem *si cui lana* §. *vlt.* quæ negat purpuræ appellatione coccum contineri. Igitur eius vsus non est interdictus, sub quo continetur etiam sericum, quod omnimodo non est interdictum priuatis, cum vsus serici indulgeatur matronis, *l.* 2. *hoc tit.* Id tamen prohibitum est ne priuati sericum emant ab hostibus, vt a Persis, a quibus Romani sericum conficere didicere, & vt a barbaris sericum emere possit solus commerciorum comes. Fuit quidam commerciorum comes, qui fuit sub dispositione comitis largitionum: sine eius auctoritate non recipiantur alienigenæ, peregrini & Barbari mercatores, vt emant aut vē-

R

dant in ſolo Romano, *l. vlt. de comer. & mercator.* Sine cius auctoritate Romanus mercator nec ſericum, nec aliud quiduis a Barbaris emit. Secundum caput eſt de annona populari, & militari. Alebat princeps populumRomanum præbitis panibus qui dicebantur ciuiles. alebat & exercitum datis obſoniis. Proponitur in *l. 3.* pœna capitis, ſi quis annonam populi Romani emerit, aut vendiderit, dum in littoribus nauibus vehitur; quo pertinet *l. 2. & l. pen. de nauic.* Vocant eam publicum canonem, id eſt, canonem frumentarium populo Romano alendo. Eandem pœnam conſtituit in eum, qui quid emit ex annona militari in *l. 4. hoc tit.* Leo in *Nou.* 62. mutauit pœnam capitis in pœnam quadrupli.

AD TITVLVM XLI.

Quæ res exportari non debeant.

B

TErtium caput eſt de armis, & aliis quibuſdam non efferendis, nec habendis, vt ſupra & conſtituitur *l. 1. quæ res exportari non debeant*, ne ad barbaricum transferatur vinum vel oleum, liquamen guſtus vel promercii cauſa. ſic barbaricum dicit, vt nos hoſticum. Eutropius: *vterque in barbarico occiſi ſunt.* Liquamen Græci interpretantur γάρον. rectiſſime. ſic apud Vopiſcum in Aureliano: *Liquaminis ſextarium vnum*, id eſt, gari. Igitur ex *l. 1.* vinum, oleum, garum, vel oxygarum exportari non debent. Additur in *l. 2.* vt barbaris nulla vendantur arma, nulla tela nociua, vel alia, nihil ferri facti, vel infecti: & nominat ſpecialiter loricas, arcus, ſagittas, ſcuta, ſpathas, & gladios, id eſt, ſemiſpathas quæ dicuntur παραμήρια, *Nou. de armis.* Veget. lib. 2. *cap. 15. Gladios*, inquit, *maiores quos vocant ſpathas & alios minores, quos ſemiſpathas nominant.* Additur etiam in *l. cotem, de publ. ff.* ne barbaris vendantur cotes ferro acuendo, ne frumenta, ne ſales. In omnibus proponitur pœna capitis, quam pœnam etiam in mitiorem Leo mutauit *Nouel. 63.* At generaliter ſciendum eſt, cōmercio ſalis omnibus eſſe interdictum, non tantū inter Romanum & barbarum, ſed etiam inter Romanos ſine perſona mancipum, i. ſine publicanis. Publicani autem ſunt ij, qui ſalinas conduxerunt, quo etiam iure hodie vtimur in Gallia, *l. ſi quis, de vect.* id eſt, nemo ſales vendit niſi manceps, aut is cui id ipſe permiſit. nemo etiam ſales emit niſi a publicano & mancipe aut de eo cui ipſe permiſerit. ſic etiam generaliter commercio cuilibet armorum interdicitur idque non tantum Nou. de armis, ſed etiam lege Iulia *de vi publica, & l. j. vt arm. vſus &c.* Ideo priuatis non licet habere fabricam armorum, quia erant publicę omnes fabricæ armorū, & in eis erant conſtituti certi fabricenſes, qui milites, vel ſcholares vocabantur: erat enim vna ex vndecim ſcholis, qui ſoli poterant fabricare arma publica, & dicebantur deputati, & ſtatuti. Non licuit etiā priuatis habere ferrariā. Eſt hac de re locus in *l. vlt. §. magn. ff. de publ.* Qui §. etiā oſtendit prædium, in quo quis ferrariam habuerit, fiſco committi, ſi id habuerit ſciente domino, & diſſimulante.

AD TITVLVM XLII.

De Eunuchis.

QVartum caput eſt de Enuch. ne ſcilicet ſpadones fiant. In quam rē proponitur in *l. 1.* pœna capitis, & publicationis ſerui exciſi, item huius domus in qua id commiſſū fuerit. At ex *Nou.* 142. ſeruus caſtratus contra præceptum legis non fit ſeruus fiſci, quod tamen lex 1. voluit, ſed fit liber. Itemque ex Nou Leonis 60. quæ quidē Nou. derogat Nou. Iuſt. 142. Vnus locus eſt in ea Nou. Iuſt. notandus, dum præ-

A cipit ne ſpadones fiant in orbe Romano. Si, inquit, barbari noſtro præcepto paruerunt, non feram vt mei etiam ei non pareant in orbe meo. quem locum intellige de Abaſdis quos Iuſt. Chriſtianos fecit & præcepit ne ſpadones facerent. Id indicat Euagrius *lib. 4. cap. 22.* Porro ea conſtitutio de ſpadonibus vetuſtiſſima eſt, & celebratur lex Domit. apud Suet. item Neruæ & Adriani, *l. 4. ad leg. Cornel. de ſicar.* Et in eam rem ſenatuſconſulta facta quędam ſunt, *l. 3. §. & qui hominem, & l. 5. 6. eod.* At tres ſunt exceptiones huius interdicti. Vnā ponit Iuſt. martyr in 2. apol. pro Chriſtianis: ἄνευ τοῦ ἡγεμόνος ἐπιτροπῆς, i. *ſine permiſſu præſidis*, & eo fine, quendam ex noſtris preces, ſiue libellum Felici rectori Alexandriæ obtuliſſe &c. Aliam exceptionē ponit Zonaras *in Clement. can: 24.* niſi ſcilicet, propter morbum in eā partem irrūpentem, &c. quod etiam continetur *Nou. Leonis,* 60. Tertia exceptio eſt in *l. 2. de eunuch.* ſi barbari in barbarico caſtrati ſint, quorum commercium eſt. ſeruorū Rom. gentis etiamſi in barbarico caſtrati ſint, non eſt commercium, & capite punitur emptor, & venditor, & tabellio, qui inſtrumentū emptionis venditionis cōſcribit ſicut in ſpecie *l. iubemus §. his tabell. de ſacroſan. eccleſ.* Item ex d. l. 2. punitur publicanus, qui vectigal ſuſcepit pro ſpadone, quaſi pro merce, quia ſpado nō eſt in merce, niſi ſit barbarus, & in barbarico exſectus. Et notat genus vectigalis, puta octauam, ex quo apparet mercium inuectarum vectigal fuiſſe octauum quæſtus cauſa, quod probat *l. 7. de vectig. & commiſſ. l. 7. inf. de loc.* Suetonius ait, Caligulam exegiſſe hanc octauam vectigalis ex diurnis gerulorum quæſtibus, id eſt, ex baiulorum diurnis quæſtibus.

C

AD TITVLVM XLIII.

De patribus, qui filios ſuos diſtraxerunt.

POſtremus caſus eſt de filiis non diſtrahendis a parētibus nec donādis, aut alio quouis modo alienādis *l.* quod etiā indicat *l. vlt. quæ res pign. obl. poſſ. vel non, Paul. li. 5. ſent. tit. 1. de liberali cauſa.* Ex XII. tabul. vendi poterant, hodie non poſſunt, niſi cogat egeſtas victus cauſa, *l. 2. hoc tit.* Ideſt ſi pater liberos non poſſit alere. duo hic exigimus, vt ſcilicet pater ſit pauper, item vt deſit educator, videlicet, qui vel gratuito filium alat: Nā ſi adſit aliquis educator filii, vel ſi de publico ſint alimenta conſtituta, nō poterit pater ob egeſtatem ſuam ſolam filium diſtrahere. D exigimus vt filio victus cauſa deſit. Sed filii ex hac cauſa venditi ſerui fiunt, nec de hoc dubitandū eſt, vt Accurſ. dubitat. At Paulus in ſupradicto loco dicit, ingenuitati filii venditi non præiudicari, etſi neceſſitatis cauſa venditus ſit. Id ita eſt accipiendū, vt explicat *l. 2.* vt filius ob eam cauſā vēditus poſſit redimi reddito pretio emptori vel ſeruo vicario, & ita liberatus filius libertinus nō fiet, ſed ſuæ ingenuitati reſtituetur. Ita ingenuitati deductio in ſeruitutem non præiudicat. Præterea notandū quod ait *l. 2.* etiam filios ſanguinolentos vendi poſſe, i. recēs natos, vt alias expoſuimus. in tit. *de infant. expoſit. j. l. 1. C. Theod. de expoſ.* Prudentius contra Symmach. *quos ſanguinol. edendi mos iuuat.* Donatus in Andria: *a matre ſanguinol.* Deniq; redemptionē filii ita venditi l. 2. pu- E blicam facit, vultque vt pateat omnibus, & vt quilibet poſſit ad emptionem accedere, ſicut etiam proſtitutarū redemptionem publicam facit *l. vlt. j. de ſpectac.* Quærit Accurſ. an ob eam etiam cauſā filios pignori obligari liceat? Reſpondit licere etiam. Id confirmat *l. 2. C. Theod. de alimen. quæ inop. paren. de publ. &c.* Quærit an mater poſſit ex cauſa vēdere. Recte reſpondit non poſſe: quia non habet poteſtatē in filiū. Pater iure poteſtatis poterat vendere liberos ex 12. Tabul. hodie non niſi alimentorū cauſa: ſed huius iuris hoc etiam caſu ſola cauſa eſt patria poteſtas. Itaque idem ius non habet mater. Vide etiam quæ diximus in *l. 11. ſup. de oblig. & act.*

AD TIT.

AD TIT. XXLIV. & XLV.

De rescindenda venditione, & quando liceat ab emptione discedere.



IN hoc tit. proponuntur causæ, ex quibus venditio rescinditur, vel non. Et primo venditio rescinditur, si quis vi aut metu coactus vendiderit, aut dolo aduersarij deceptus,& inductus, *l. 1. & 5. hoc tit.* qui scilicet non erat venditurus, nisi fuisset vis, dolus, vel metus illatus. Itaque vis, dolus, aut metus venditioni dedit causam, & ob id ea rescinditur. Dices, venditio est contractus bonæ fidei, dolus dans causam contractu bonæ fidei, vitiat ipso iure contractum, *l. & eleganter, de dolo l. 4. de hered. vel actione vendita, sup. l 3. §. vlt. ff. pro soc. l. in causæ 2. §. 1. de minorib.* Item vis, & metus dans causam contractui bonæ fidei vitiat etiam ipso iure contractum. Nam & in vi dolus inest. Ideo semper actio de dolo cum actione de vi, aut metu concurrit, *l. item si cum §. eum qui, ff. quod metus causa gest. erit.* Plus dico, hic dolus vel metus non tantum vitiat contractum bonæ fidei ipso iure, sed etiam ex strictis contractibus ipso iure vitiat dotis stipulationem, *l. si mulier §. si dos, ff. quod metus causa.* Non aliam stipulationem vitiat, quia in alijs exceptione opus est, *l. si quis cum aliter, de verb. obligat.* Non eodem & pari iure stricto omnes contractus stricti censentur. In actionibus bonæ fidei veniunt vsuræ ex mora. In strictis veniunt etiam ex mora in actione ex testamento, non in alijs. Item in actionibus bonæ fidei plerumque ignoranti parcitur, & in strictis etiam parcitur ignoranti, vt in condictione indebiti, & in condict. sine causa. Item in actionibus bonæ fidei dolus dans causam contractui, vitiat eum ipso iure, & stipulationem etiam dotis, vt iam dixi. Sic e contrario, in omnibus actionibus bonæ fidei, non semper est eadem æstimatio bonæ fidei seu æquitatis. Id dixi *sup. tit. commod.* Verum ad rem. Si dolus dans causam venditioni, vitiat eam ipso iure, quid opus est rescissione? Dicamus: venditio duo significat, venditionem nudam, & venditionem quæ traditione sumpsit effectum, id est, venditionem, & alienationem dominij. Venditio, cui dolus vel metus dedit causã, ipso iure nulla est. Ideo ex ea nulla nascitur actio vltro citroque. Venditio & traditio, quibus dolus aut metus causam dedit, egent rescissione: Nam rescindi debet traditio, quæ intercessit, & restitui oportet omnia in integrum: venditio illa non rescindetur, sed traditio; & quidem si dolus dederit causam traditioni, erit actio de dolo, vt recte Accursius in *l. 4. sup. de heredit. vel act. vend.* vel rescissa traditione restituetur vindicatio ei, qui suum dominium alienauit. Sic si metus dedit contractui causam, vel dabitur actio quod metus causa, vel rescissa traditione, restituetur dominium sic alienatum, *l. metum §. volenti, D. quod met. causa.* Hæc quidem iure ordinario, vel extraordinario præses gesta rescindet, & auctoritatem suam interponet, *l. 1. & 5. hoc ipso tit.* Igitur de rescissione agetur vel ordine, vel extra ordinem. Id etiam lex 1. exigit, vt qui vult traditionem rescindi, emptori restituat pretium, quod accepit, & rem traditam recipiat: Nam ex vtraque parte etiam omnia sunt in integrum restituenda, *l. 3. & 4. sup. de his, quæ vi, metusve causa gesta sunt.* Obstat *l. si per impreßionem, eod. tit.* quæ ait, emptorem qui metu illato venditionem extorsit, rem restituere non recepto pretio. Dicendum, eam legem specialiter loqui de ijs, quæ vendita sunt officium publicum gerentibus hominibus, *per impressionem*, id est, officij & potestatis terrore adhibito. Qui gerunt officium publicum, quo loci id gerunt, legibus emere prohibentur, *l. non licet, & l. qui officij, ff. de contrah. empt. vendit.* & si emerint contra legum interdicta, amis-

A sione pretij puniuntur, id est, rem restituunt non recepto pretio, quod declarat apertius *l. 1. Cod. Theod. de his, quæ administr. &c.* Alij autem, qui vi aut metu illato aliquid emerunt, pretium non amittunt. Itaque lex *si per impressionem* habet tantum locum in administrationibus, & officijs publicis. Nunc quæro, quid dicendum, si dolus non dederit causam contractui, an rescindetur venditio, si qua alia in re dolus fuerit? Finge me hereditatem vænalem habuisse, cuius vires nesciebam; dolo emptoris & suasione circumscriptus & circumuentus eã minoris vendidi, puta, emptore affirmante eam esse perexiguam. Quid fiet? Dabitur mihi actio ex vendito, quanto pluris hereditas valet, *l. Iulianus §. per contrarium, ff. de action. emp. l. si quis affirmauit, in princ. ff. de*

B *dolo.* Ita per actionem ex vendito rescindetur venditio pro parte, quod scilicet ad pretium attinet. Nam res vendita non reuocatur nec vindicatur Et hoc est quod ait *l. 10. hic in fi. in integrum restitutio*, inquit, *æstimationis rei competit.* Sic enim legendum est, quæ duo verba, *æstimationis rei*, in quibusdam Codicibus desunt. Et est alia causa, ex qua rescinditur venditio, si res vænierit iusti pretij dimidio minoris, quæ est quæstio *l. 2.* Non pono rem venditam dimidio minoris dolo emptoris. Nam si dolus emptoris interuenerit, & si res non vænierit dimidio minoris, sed vel dimidio tantũ pretio, vel dimidio paulo pluris, non tamen iusto pretio, cõpeteret rescissio pro parte, i. cõpeteret in integrũ restit. pretij. At pono dolũ emptoris non interuenisse, sed in re ipsa esse fraudem, quia res iusto pretio non væniit: quæro an ob id solum venditio rescindatur? Minime: quia dolus

C emptoris abest. Nã dolus ex quantitate pretij non æstimatur, sed ex calliditate & insidijs emptoris, *l. 8. hoc tit.* Ex manifestis insidijs *l. dolũ, sup. de dolo.* Vbi vulgo male *indicijs*, Græci eo loco, ἀπὸ ἐπιβουλῶν. dolus æstimatur ex calliditate facti, *l. 10. hoc tit.* i. ex calliditate machinationis: Sic factum etiam accipitur in *l. 11. hoc tit.* Ex quantitate sola pretii, puta, quod res vilioris vęnierit, non æstimatur dolus. Ad id etiã pertinet ll. 4. 11. 12. 15. *hoc tit.* In l. 12. tollenda est negatio illo loco, *non vilioris pretij*, idq; apertum est. Lex ait, venditionẽ non rescindi, quod dicat venditor se rem vilioris vendidisse, cũ maxime pecunia egeret, vrgẽte ęre alieno, vel mun. ciuili sibi iniũcto quod sũptũ exigebat, si venditor dicat se hac necessitate coactũ minoris vẽdidisse, non ideo vẽditio rescindetur.

D In *l. 11.* pro, *maius pretium*, legendum, *minus pretium*. idque exposita sent. legis constabit. Proponit lex assertionẽ, deinde exemplũ seu speciem. Assertio hoc ostendit, venditorem de dolo emptoris post venditionem quæri posse si ignorauerit dolũ tẽpore contractus: Nã si tẽpore cõtractus venditor emptoris dolũ animad. & nihilominus vẽdiderit, secus est: quia dolus sciẽti non infertur. Hoc proposito, Imp. subijcit speciem his verbis, quæ omnino pendent ex propositione. quæ species, vt sunt verba, est de dolo vẽditoris, quo adhibito vẽditor paulo maiore pretio rẽ vẽdidit, nõ est de dolo emptoris cũ esse debuerit, quia propositio est de dolo empt. non vẽditoris. Vt igitur species propositioni cõgruat, necessario ponẽdũ est, dolo emptoris instrumẽto emptionis cõprehẽsũ esse minus pretiũ, quã esse cõuenerat, idq; sciẽte & cõsẽtiẽte vẽditore, ideoq; ei non videtur illatus dolus cũ

E sciuerit & cõsẽserit. Deniq; hæc allegatio nõ est idonea ad rescindendã vẽditionẽ: at vẽditori competit petitio pretij non soluti. Item ei competit petitio pretii, de quo instrumento comprehensum est, vt compensaretur in pecuniam quasi debitam, quam venditor tamen non debebat emptori, sed id per errorem facti scriptum est, quod non officiet petitioni pretii, Ergo summa hæc sit. prætextu minoris pretii vẽditio nõ rescinditur, sicut nec locatio, si absit dolus: & in pretio emptionis licet se inuicẽ circunscribere, *l. in causæ 2. §. pen. de min.* ἐμπορικῶς, vt ait *Nou. 97. c. 1.* vt fit in mercimonijs. In *d. §. pen.* ait, naturaliter, id est, secundum naturam, & substantiam

eius contractus, *l.* 8. *hoc tit.* Emptor emit quam minimo potest, venditor vendit quam maximo potest. Plerumque diu inter se de pretio disceptant, ad extremum consentiunt. Hæc studia non improbantur, si quis velit quam maximo vendere, vel quam minimo emere: Sed hoc ita accipi debet, nisi si res dimidio minoris vænierit, vt si res digna 20. vænierit 8. at si res digna 20. vænierit 10. non rescindetur, si 8. tantum, vel 9. rescindetur, *l.* 2. *&* 8. *hoc tit.* Non tamen omnino rescindetur ex hac causa, quia electio datur emptori, vt rem restituat, pretio recepto, vel vt suppleat quod deest iusto pretio, puta 12. cum emit tantum 8. vt actio Fabiana non omnino est rescissoria, *l.* 1. §. *si quid in fraudem, D. si quid in fraud. patr.* quia eadem electio emptori defertur d. l. 1. Quæritur an etiam emptori subueniatur, si dimidio pluris emerit? Et ratio facit, licet non sit lege comprehensum, nec quisquam contradicit, vt emptori etiam subueniatur, eadem electione data venditori, vt vel pretium reddat, quod accepit, & rem accipiat, vel vt quod soluto pretio superest, restituat, *d.* §. *si quid in fraudem.* At id etiam petitur exemplo demonstrari, quemadmodum emptor dimidio pluris emat. An si rem dignam 20. emat 30. videbitur emisse dimidio pluris? minime. hoc casu venditio non rescinditur. Idque sic ostendo: sicut ex parte venditoris venditio non rescinditur, si pro re digna 20. 10. accipiat, quia pretium numeratum tanti est quanti dimidia pars iusti pretij: Ita etiam ex parte emptoris venditio non rescinditur, si res tanti sit, quanti est dimidia pars pretij, quod est numeratum: At in specie proposita res est aliquanto pluris. Nam res est 20. dimidia soluti pretij est 15. Igitur & si rē dignā 20. emerit 40. empt. non rescindetur vēditio. Ita si rem dignā 10. emerit 16. vel 20. At si rem dignam 20. emerit 41. vel si rem dignam 10. emerit 21. rescindetur venditio, quia res vendita est minoris quam sit dimidium iusti pretij. Hanc interpretationem attulit Accursius, sed deteriorem sequitur. Quæritur etiam qua actione rescindatur venditio ex hac causa. L. 2. dicit auctoritate iudicis intercedente, id est, præsidis, quod fit extra ordinem vt in *l.* 1. *hoc tit.* Actio ex vendito ordinaria dabitur vt & in specie l. 10. At intra quæ tempora agetur ad rescissionem ex hac causa? standum est Harmenopulo *3. Epit. tit. 3.* vt intra quadriennium agatur, quod expressū est Nou. Romani, quæ refertur ab Harmenop. Et recte. quia hæc actio rescissoria restitutio est in integrum. Sicut & cum venditor dolo emptoris minoris vendidit, restitutio in integrum dicitur, *l.* 10. ꝗ. *hoc tit.* Restitutiones in integrum hoc tempore concluduntur, id est, quadriennio, constitutionibus Gallicis decennio: Ergo & hæc actio rescisoria quadriennio extinguitur. Et ita obseruatum fuisse scribit Eustathius *lib. de temporib. tit. de quadrien.* Quæritur in specie l. 2. an emptor etiam debeat reddere fructus perceptos, si nolit supplere quod pretio deest? Respondi in *l.* 2. *sup. de vsur.* fructus compensari cum vsuris pretij, idque seruata proportione: qui tantū pars iusti pretij soluta est, & quidem dimidia minor, pars etiam fructuum pro rata veniet in compensationem, reliqua pars fructuum in restitutionem, *argumento l. emp. D. de rei vindic.* & ita Harmenop. lib. 3. tit. 3. vel etiam emptor restituet fructus omnes, omissa compensatione, & recipiet pretium, quod numerauit cum vsuris: Ita est expressum in Nouel. Romani, in Græca scilicet: nam qui eam latinam fecit sensum perturbauit. Quod si emptor malit pretium supplere, id debet supplere cum vsuris medij temporis absque dubio. Nam fructus omnes interim percipit, *l.* 2. *sup. de vsur.* Quæritur, quid iuris sit in minoribus 25. annis ementibus & vendentibus. Nam l. 2. & 8. accipiendæ sunt de maioribus 25. annis, alia est causa minorum: Nam si minor 25. annis rem suam iure vendidit viliore pretio, etiamsi ea fraus non superet dimidiam iusti pretij, constat minori subueniri ex causa per restitutionem in integrum, *l. si quidem, de prad. min.* ꝗ. Ideo recte dicitur *l.* 15. *hic. quisquis maior,* inquit, &c. Nam aliud est in minore: verum quemadmodū minori subuenietur? an dabitur electio emptori, quæ defertur *l.* 2. siue minor dimidio minoris vendiderit, siue dimidio paulo pluris, siue dimidio tantum? Minime. qua in re fallitur Accurs. quia cum electio datur emptori, plena restitutio non est: minori autem datur restitutio plenissima ex edicto minoribus indulto, & rei vindicatione ei restituitur omnimodo. Sic cum dolo emptoris minoris pretij venditio facta est a maiore 25. annis, venditio rescinditur & reformatur ad aliquid, non in totum, vt diximus ex l. 10. hic. at cum facta est a minore 25. annis venditio in totum rescinditur, *l.* 1. *sup. si aduer. fisc.* Præterea quæritur, an hæc constitutio legis 2. habeat locum in alijs contractibus? Sic respondeo: Constat eam habere locum in locatione: vt si ædes meas locauero iusti pretij dimidio minoris: Nam locatio quasi emptio est, conductor alias emptor dicitur, siue redemptor, vt Festus scribit: Ideo veteres venditionis, & emptionis verbo promiscue vtebantur etiam in locatione & conductione, *l. veteres & l. Idem* est, *D. de act. empt.* In vtroque contractu interuenit pretium. Ergo idem iuris est hac in re in locatione, & emptione. Item in permutatione, si ea fraus in permutando inciderit: Nam ea est emptioni proxima. Idem dicemus in diuisione rerum communium, si eadem fraus inciderit. Nam & hæc est emptioni vicina, *l.* 1. *sup., comm. vtr. iud.* Diuisio, est permutatio, *l. cum pater* §. *hereditatem, de legat.* 2. & nominatim Accursius in *l.* 3. *comm. vtr. iud.* ait esse locum in diuisione huic legi 2. & recte. Idem dicemus (licet repugnent quidam) esse locum huic constitutioni in emptione redditiuum. Nam est vera emptio. De ea in iure nostro est vnus tantum locus in *Nouella* 160. Constitutionem legis secundæ non proferemus temere ad alia negotia, quæ emptioni non sunt proxima: Nam ait lex 2. hoc dari humane & benigne. Quod autem ita introductum est, non temere protrahemus ad consequentias, *l. qui negotia, D. mand.* Quæritur etiam quæ sit definitio iusti pretij: Verum hæc quæstio in facti probatione tantum consistit: Igitur nihil ad nos, id tantum scimus in vniuersum, æstimandam esse qualitatem rei venditæ & quantitatem redditiuum. Nam ex quantitate redditiuum statuitur iustum pretium, *l.* 16. *hoc tit. l. si fundum per fideicommissum, de legat.* 1. Postremo quæritur an beneficio eius constitutionis possit renuntiari, nec ne: Cur non? vt aliquando respondit Scæuola: nam regula iuris est, eo vti non licere quod nobis nostra causa lex dedit. i. vnumquemque de suo iure detrahere posse, *l. pen. & l. potest, sup. de pact.* Sic mulier renuntiat Senatusc. Vellei. creditor actioni: debitor cuilibet præscriptioni, minor restitutioni in integrum, condemnatus inducijs, heres Falcidiā recte vēditor restitutioni concessæ *a l.* 2. *&* 8. *hoc tit.* Eadē non est ratio rescissionis donationis, quæ fit superuenientibus liberis, *l. si vnquā, de reuoc. donat.* Nā ea rescissio est introducta non tam donatoris quā liberorū & posterit. causa. Itaque ei non renuntiat donator in fraudē liberorū. quod lex mihi dedit non tā mea causa quā aliena, ei frustra renuntio. Quod itē lex mihi dedit alieno odio, vt Senatusc. Maced. ei frustra renūtiasse videor: Itē quod l. mihi omnino dedit mea causa ei frustra renuntio, si quid inde aduersario possit esse incommodi. & ita Asconius in prætura vrbana, qua de causa etiam non renuntiatur societati, nec mandato. Tertio loco rescinditur venditio mutuo consensu re integra, *l. iurisgēt.* §. *adeo, l. ab empt. D. de pact. l.* 1. *tit seq.* Et quidē rescinditur hoc modo ipso iure: nam pacti exceptio inest bonæ fidei iudicio, *l.* 3. *ff de rescin. vēd.* Vnius autem consensu non rescinditur inuito altero, *l.* 3. *&* 5. *hoc tit.* Dixi in *l.* 4. *sup. de obl. & act.* Ait l. 5. a maiore 25. annis. nā a min. 25. annis etiamsi dolus aduersarij absit, & iure vend. facta sit, varijs ex causis rescinditur vend. per restitutionem in integrum inuito altero: sed non a

maiore

non a maiore. Res est integra, si nec pretium vel pars pretij soluta, nec traditio rei facta sit: etiamsi fideiussor datus sit euictionis causa, vel etiamsi emptioni subdita sit stipulatio, *d. l. 3. de resc. vend.* etiam si arræ datæ sint, *l. 2. tit. seq.* De arra diximus *tit. de fid. instr.* Ita re integra rescindetur venditio mutuo consensu, at re non integra non rescindetur mutuo consensu venditio: nisi etiam reponatur res in pristinum statum, id est, nisi retro detur res quæ tradita est, vel pretium quod numeratum est, quod etiam titulo sequenti ostenditur: Nam solus consensus, id est, solum pactum non parit dati pretij repetitionem, non parit etiam exceptionem, quia id non agitur vt pariat exceptionem, sed vt emptionem resoluat, quod pactum præstare non potest. Quarto rescinditur venditio si procurator fisci vel Cæsarianus. i. apparitor, rem debitoris fiscalis non soluentis per gratiam viliori pretio addixerit emptori, *l. 16. hoc tit. l. pen. ff. eod.* Id ita demum fiet, si debitor fisco postea soluerit integram debitam pecuniam, nam tunc fiscus resoluet emptionem & pretium emptori restituet, *l. 3. inf. de iure fisci.* Quinto venditio rescinditur, si decurio, siue Curialis, quem constat obligatum esse muneribus ciuilibus, onera ciuilia vitans bona sua omnia vendiderit, & fugerit: nam omnia bona reuocantur, & fugitiuus ipse si potest, & ei restituuntur intra annum vtilem, Post annum curiæ ciuitatis quam deseruit addicuntur in *l. 51. inf. de decurionib.* quæ coniungenda cum *lege penult. hic.* quarum eadem est subscriptio & inscriptio. Siens autem emptor punietur hoc casu amissione pretij, si emerit furtim, id est, sine decreto, sine auctione publica, *l. 1. inf. de prædiis curial.* Ergo emptor pretium non recipiet & rem restituet. at id pretium non cedet lucro venditoris, quoniam est etiam in mala fide, & vt malæ fidei possessor non admittetur, sed ærario publico inferetur illud pretium, & ita Accursius existimat recte *d. l. pen. & l. 7. inf. de agricol. & censit.* Vltimo venditio rescinditur ex alia causa quæ proponitur in *l. vlt. hoc tit.* Hæc lex loquitur de Palatinis. Palatini semper in libris nostris sunt apparitores Comitis Thesaurorum seu largitionum, seu Comitis rerum priuatarum. Ideo lex vlt. scripta est ad Comitem rerum priuatarum, qui gubernat priuata Principis negotia, quæ lex dum ait a priuatis nostris, i. ex priuatis nostris, non dicit a priuatis hominibus, sed a priuatis nostris, vt *Iulianus in epist. ad Ecebolum* τὰ κτήματα, &c. id est, *possessiones adiungi priuatis nostris.* In his priuatis sunt mancipia, agri, aurum, argentum, vestes pretiosæ. Ea Palatini qui eorum administrationi parent, emere vetantur: sicut tutor eadem ratione vetatur emere rem pupillarem, & curator, & procurator & gestor rem domini, *l. si in empt. §. vlt. de contrah. empt. & vend.* si ea priuata Palatini emerint, venditio rescinditur & pretii amissione mulctantur, nisi ea emerint ex auctione publica, vt diximus in tit. *de contrah. empt. & vend.* Exposui causas ex quibus venditio rescinditur. Non tamen rescinditur venditio prætextu vilioris pretij, nisi ea fraus superet dimidiam iusti pretij, non rescinditur vnius nuda voluntate, aut consensu, aut etiam rescripto principis, aut priuilegio fiscali, id est, fiscus non rescindit suas venditiones *l. 3. hoc tit.* non rescinditur etiã oblatione pretij, etiamsi venditor offerat duplum pretium, *l. 6. hoc tit.* non rescinditur priuilegio militiæ, etiamsi miles offerat pretium, & impetrauerit rescripto principis ius retrahendæ rei venditæ. *l. 7. hoc tit.* Non concedemus rescissionem venditionis hoc casu: Rescriptum forte sequemur illis tribus concurrentibus, militia, oblatione pretij, rescripto principis. vt adsignificat dicta l. 7. Sed si miles eo rescripto ius illud obtinuerit & impetrarit rescissionem, eodem iure aduersus eum vtentur, qui aliquid ei vendiderint: nam etiam illi reuocabunt venditionem oblato pretio *ex edicto quod quisque iuris*, &c. Quam in rem notanda valde *d.* Cod.

l. 7. de rescind. vend. non rescinditur etiam venditio, si pretij nomine non sit soluta pecunia, sed data sint pecora in solutum volenti: hæc etiam venditio non rescindetur hoc prætextu, *l. 9. hoc tit.* Non rescindetur etiam venditio si me vendente, cuidam emptori denuntiauerit ne rem emeret, & nihilominus perfecta venditio fuerit: nam ego huius nuntiationis prætextu non reuocabo denuntiationem, etiamsi is qui denuntiauit dominus sit, non ideo minus est perfecta venditio, *l. 13. hoc tit.* vox legis est, ne bonæ fidei contractus quolibet colore rescindatur. Postremo non rescinditur venditio, quod emptor dictæ legi non pareat, vt si conuenerit vt emptor solueret vectigal Reipublicæ, nec soluerit, sed erit actio ex vendito vt impleatur lex. hoc ostenditur in *l. 14. hoc tit.* de qua diximus in tit. *de cond. ob caus. dat.*

AD TITVLVM XLVI.

Si propter publicas pensitat. &c.



His quæ diximus nudiustertius, de non rescindenda venditione, ex hoc titulo est addendum: non rescindi venditionem si quæ bona a fisco ob tributorum cessationem capta sint, & vendita, etiamsi dominus pretium eorum offerat, etiamsi ea bona pignoris iure alteri sint obligata: nam fiscus tacitam hypothecam habet semper, & in ea ob causam tributorum, semper antiquior esse intelligitur alijs creditoribus, *l. 1. hoc tit.* Rursus ea venditio fiscalis non rescinditur rescripto principis, vi & auctoritate rescripti, nec beneficio ætatis, vt si minoris 25. annis bona vænierint ob tributorum causam, *l. 5. de fide & iure hastæ fisc.* ob cessationem tributorum seu canonum primum pignora capiuntur statim, si conuentus & interpellatus per iudicem, collator cessauerit in solutionẽ solemnium pensitationum, *l. 3. hoc tit. l. 8. inf. de furt.* Deinde distrahuntur post duos menses a die capionis, vt Accursius tradit in *l. 1. de capiend. & distrahend. pign. tribut. causa lib. 10. Cod.* & probat *l. 1. Cod. Theod. de distractione pignor. quæ tribut.* Et ita distractis bonis debitorum fiscalium emptoribus, præstatur perpetua securitas, hæc est fides hastæ fiscalis. Excipitur causa *l. 16. de resc. vendit.* Ideo lex secunda hoc tit. exigit vt ea venditio fiat a fisco iusto & vero pretio, & bona fide, & solemniter, id est, sub voce præconis, sub hasta, seu *sub adnotatione Quæstoris*, vt ait Tertulianus in Apologetico. & vt fiat auctoritate præsidis seu permissu, vel etiam procuratoris Cæsaris, alioqui rescindetur si quid horũ defuerit reddito tributo, *d. l. 16. & l. 1. & 2. inf. de fide & iu. hastæ fisc.* Idem etiam exigitur in *l. 3. hoc tit.* ne minoris indefensi, id est, tutorem vel curatorem non habentis ob tributorum cessationem bona capiantur & distrahantur. qui locus est singularis. Venditio autem hæc nomine fisci ob has causas fit ab exactoribus, vel vt ait *l. 3.* fit ea venditio ob officialibus procuratoris sũmæ rei, i. à Cęsar. vel ab officialib. rectoris prouinciæ i. cohortal. Hæc l. procurat. sũmę rei dicit procuratorẽ Cæsaris. vt in inscript. legis *dominicis sup. vbi cau. fisc.* ὁ ἐπὶ μεγίστων πραγμάτων τεταγμένος. vide ad *l. 5. de iure fisci* lib. 10. Cod. *Euseb. lib. 7. cap. 13.*

AD TITVLVM XLVII.

Sine censu vel reliquis fund. comparari non posse.

Multum interest vtrum quis emat a fisco, an a domino: nam si a fisco emat rem alienam distrahente ob tributorum cessationem vel ex alia causa, emit sine reliquorum onere, *l. 1. inf. de fide & iure hastæ fisc. l. vlt. de censib. l. 2. in fin. ꝑ. de fund. rei priuat.* Sed valdę

obstat *l. præd. D. de iure fisci*, quæ ait, placere vt prædiis a A fisco distractis reliqua tributorum sequantur emptorem. Quæ lex de tributo tantum videtur accipienda, non de reliquis: non enim vteretur reliquorum verbo, vel si vt lex innuere videtur, intelligatur etiam de reliquis, dicendum est id quandoque placuisse Principibus, quod indicat l. 1. *Cod. Theodos. de fisc. deb.* Verum displicuisse posterioribus Imperatoribus, quo videlicet facilius fiscus emptorem inueniret. Itaque secundum posteriores constitutiones eum qui a fisco emit, sequitur futuri temporis tributum, non reliqua præteriti temporis: At qui emit fundum a domino, censum seu capitationem fundi agnoscere debet, & reliqua quæ debebat venditor, *l. 2. Cod. Theod. de contrah. empt. & vend. l. 2. hoc tit. Sine censu*, id est, sine tributo vel reliquis fundus vendi non potest. pactiones contrariæ illicitæ sunt, vt si conueniat inter emptorem & venditorem, vt non emptor sed venditor agnoscat fundi capitationem, hac conuentione, ius fiscale lædi non potest cum census sit onus prædiorum non hominum. Et ideo possessorem prædiorum sequitur *l. Imperatores, D. de publican.* Non valet etiam pactio facta inter donatorem & donatarium rerum donatarum, ne donatarius censum agnoscat & fisco tributum præstet, *l. 3. hoc tit.* Non valent etiam hæ pactiones factæ inter virum & vxorem in dando fundo in dotem, puta, ne maritus censum fundi agnoscat sed vxor conuentio iniusta est, *l. 1. hoc tit. l. neque, D. de impens. in res dot. factis.* Igitur semper censum fundi agnoscit, qui eum possidet & fructus percipit. Species legis primæ hæc est: Nouerca cum patri meo fundum in dotem daret, pacta est vt ipsa fisco tributa solueret, non pater meus: fiscus tamen ea tributa suo iure exegit a patre meo, non a muliere. Quæritur soluto matrimonio morte patris an eo nomine quod scilicet subierit onus tributorum, non mulier, vt conuenerat, an eo nomine, inquam, competat mihi vlla actio contra nouercam ex pacto vel stipulatione ei pacto subdita. *l.* negat actionem competere: Quoniam ea conuentio penitus illicita est, ideo a prætore non seruatur. Idem esse ait lex, si mulier fundum æstimatum in dotem dederit, quo genere emptio venditio contrahitur inter virum & vxorem: nam æstimatio illa venditio est, *l. plerumque, D. de iure dot.* Hoc vero casu etiam actio ex empto patri vel mihi non competit: sicut superiore casu nō est actio ex pacto vel ex stipulatu. *L. 1.* ait actionem ex vendito, manifesto, vt ait Accurs. D pro actione ex empto vendito, quæ datur emptori, vt etiam in *l. sed hoc nomine, & l. si cum venditor §. si secundus, D. de euict.* contra etiam interdum actio empti, id est, venditi empti, vel actio ex empto, id est, vendito empto, *l. Iulianus §. si procurator, D. de act. emp. & vend.* Ergo hac lege prima negatur ob eam pactionem factam inter virum & vxorem in datione fundi æstimati, vel non æstimati esse actionem ex empto, vel ex pacto, vel ex stipulatu. Notandum est diuersum esse si inter debitorem & creditorem conuenerit in dando pignore, vt debitor non creditor tributa agnosceret. Hæc pactio non omnino est inutilis: nam ea quidem pactione fisco non præiudicatur, quia nihilominus exiget creditorem fiscus qui pignus possidet, *l. inter debitorem, D. de pact.* At inter ipsos paciscentes ea pactio valet. Ideo E quod creditor tributorum nomine fisco soluerit, id consequetur vi pactionis per exceptionem vel retentionem pignoris, vel per actionem pigneratitiam contrariam, *l. epistola §. pactum, D. de pact.* diuersitatis causa est quia hac pactione onus transfertur in dominum, id est, in debitorem, qui dominus manet, dum cauetur vt debitor tributa agnoscat. Igitur iusta est pactio: At illa pactione fundi dati in dotem æstimati vel inæstimati, onus transfertur in non dominum, i. in vxorem quæ desiit esse domina traditione fundi, quod est iniquum, vt non dominus censum præstet alieni fundi, ideoque neque ea pactio fiscum lædit, nec ei nocet, neq; etiam inter ipsos paciscentes seruatur, sed penitus improbatur quasi iniusta & illicita fuerit. Diuersum est quoque si mulier in dotem fundum dedit, qui obligatus erat pignori quibusdam creditoribus, si pacta sit vt ipsa vsuras solueret ipsis creditoribus: Hæc pactio iusta est, quandoquidem ipsa debet vsuras: si igitur paciscatur vt ipsa soluat vsuras, iusta est pactio. verum si maritus accepto fundo, soluerit vsuras creditori hypothecario mulieris, ne scilicet sibi fundus euinceretur actione Seruiana: heres eius aget quidem cum muliere pro præterito tempore, vt Accursius recte in *l. 11. sup. de pact.* sed pro futuro tempore non aget vt ipsa vsuras soluat, vt fundum liberet: quia fundus apud heredem mariti non remanet soluto matrimonio. Ideo cum fundus apud eum non remaneat, nihil eius interest, eam B pactionem in posterum seruari. At si fundus apud heredem mariti remaneat: vt si datus sit æstimatus in dotem, tum aget heres ex empto vendito, vt mulier fundum liberet. Hæc duo genera pactorum inter quæ differentiam esse statuimus, Imp. Alexander eodem rescripto notauit, sed Tribonianus partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem, vt vxor censum agnoscat, non maritus, quæ pactio est illicita, hoc titulo posuit: alteram partem rescripti, quæ pertinebat ad pactionem, vt vxor debitrix solueret vsuras creditori hypothecario, non maritus, quæ pactio iusta est; posuit sub titul de pactis, in *l. ex conuentione*, quam legem apparet ex his quæ diximus, non pugnare cum hac l. 1. nam inter has duas pactiones constituenda est differentia. C Qua tamen in re multum laborauit Accursius. Igitur sine censu & reliquis fundus vendi, donari, in dotem dari non potest, hæc onera sequuntur fundum, & possessorem fundi, emptor, donatarius, maritus censum agnoscunt, pactiones contrariæ penitus sunt illicitæ; inter creditorem & debitorem non sunt penitus inutiles. *l. vltima* addit vt huic sententiæ etiam sit locus, si emptoris nomen nondum censualibus tabulis sit inscriptum, dum venditor fingit se adhuc possidere, quod non possidet, & ita profitetur: dum census agitur se eum fundum possidere, quem non possidet. Nam si de vero possessore fisco constiterit, ab eo fiscus censum exiget potius quam ab eo, qui se falso eum possidere profitetur.

AD TITVLVVM XLVIII.

De periculo & commodo rei venditæ.



Primo ostenditur, ad quem pertineat periculum vel commodum rei venditæ, ad emptorem vel venditorem, quæ inspectio vtilissima est. de ea tamen id vulgo traditur: Post perfectam venditionem, rei venditæ periculum emptorem respicit, etiam re nondum tradita. Ideo re deteriore facta vel perempta, ab eo pretium integrum deberi. Perficitur autem venditio solo consensu statim sine traditione si pura sit venditio, quoniam si sit conditionalis, perficitur cum impleta fuerit conditio, *l. 7. D. de contrah. empt. & vendit.* Et ideo ante conditionem impletam commodum & periculum pertinet ad venditorem; post conditionem pertinet ad emptorem, *l. 5. hoc tit.* Dico periculum, id est, peremptionem rei venditæ, interitum rei. Nam si res vendita non extet tempore existentis conditionis, emptio nulla est, & ideo pretii petitio non est, quasi res venditori perierit. At si tempore existentis conditionis, res vendita extet deterior forte facta, damnum ad emptorem pertinet, quia impleta conditione emptio retrotrahitur, tempus conditionis retrotrahitur ad tempus contractus, *l. necessario, D. eod. tit.* Perficitur ven-

ditio solo consensu si fiat sine scriptis, *l. 2. D. de contrah. empt. & vendit.* Quod si conuenerit venditionem fieri ex scripto, tunc perficitur venditio cum scriptura impleta fuerit, & ideo ante confectionem instrumenti, commodum & incommodum pertinet ad venditorem; post completionem, pertinet ad emptorem etiam ante traditionem, *l. 4. hoc tit.* Perficitur venditio solo consensu, nisi interueniat aliud quod impediat, puta, nisi vinum væneat, cuius venditio quasi imperfecta est, antequam id emptor degustarit, id est, antequam emptori placuerit venditio. Itaque nisi post degustationem, periculum ad emptorem non pertinet, quia degustatione videtur perfecta ea venditio, *l. 1. D. eod. tit.* Hoc ita procedit: si vinum vænierit auersione, ἀθρόως, quod exposui in titulo *de exercit. act.* vt si vænierit vniuersum vinum, quod erat in horreo vinario, nullo expresso modo, vel mensura. ita vænit auersione, & periculum respicit emptorem post degustationem demum, non ante. At si vinum vænierit ad mensuram, quod est contrarium auersioni, vt in singulas amphoras constituto pretio, vt plenissima sit venditio, non tantum exigimus degustationem, sed etiam admensionem, *d. l. 1. & l. 2. hoc tit. l. quod sæpe §. in his, D. de contrah. empt. & vendit.* Et ideo nonnisi post mensuram factam periculum est emptoris, quoniam post admensionem demum perficitur ea venditio, aut perfici intelligitur. Idem est non tantum in vino, sed etiam in oleo, frumento, & similibus. Et etiam in fundo, vt si fundus vænierit, non auersione, sed in singula iugera constituto pretio, aut in singulas centurias: nam antequam fiat mensura fundi, periculum pertinet ad venditorem, nisi casu maiore interierit, *l. 2. & l. si in vendit. in fine. D. eod.* Post mensuram factam periculum est emptoris. & *l. 2. hoc tit.* dum ait, vini auersione venditi periculum esse emptoris, ponit etiam claues horrei vinarii fuisse emptori traditas, quod adiectum est ex abundanti, vt ait Accursius: quia ita emerat. Nam etiamsi claues horrei vinarii emptori traditæ non sint, perfecta est venditio, & periculum ad emptorem pertinet, si modo vinum sit degustatum, clauium autem traditio pro rei traditione habetur, *l. clauib. D. de contr. empt. & vendit. l. 1. de crim. expilat. hered.* Videlicet si fiat in tempore, vt si vendito vino quod est in horreo post degustationem tradantur claues cellæ vel horrei; sic etiam assignatio habetur pro traditione, vt si quis vino vendito, dolia assignauerit, *l. quod si neque, D. eod.* Sed etiam hoc ita si ea assignatio fiat post degustationem, *l. 1. §. 1. D. eod.* Nam venditio ante degustationem perfecta esse non intelligitur, multo etiam minus intelligetur traditio interuenisse, id est, alienatio: sed postea venditione perfecta, vino degustato, tunc clauium traditio vel assignatio pro rei traditione, & pro alienatione habebitur. Cum dico periculum esse emptoris, hoc dico pretium integrum ab eo deberi, seu res sit perempta seu diminuta. Cum dico periculum esse venditoris, dico ei pretium non deberi. Et quo casu dico periculum esse emptoris, hoc ita procedit, nisi venditor moram tradendæ rei fecerit, *l. 4. & vlt. hoc tit.* quia ex mora venditor periculum sustinet, etiam perfecta venditione. ante moram, & perfecta venditione, emptoris est periculum indistincte. Contra quo casu dico periculum esse venditoris, hoc ita procedit nisi emptor moram interposuerit, *l. 2. hoc tit. l. si per emptorem, D. eod.* vt si vino vendito ad mensuram, emptor mensuræ faciendæ & tollendi vini moram fecerit, ex tempore moræ periculum erit emptoris .i. periculum acoris, mucoris & fusionis, & fortuitum, aut fatale, vt ostenditur in *d. l. si per emptorem, D. eod.* Rursus quo casu dico periculum esse emptoris, ita procedit, nisi dolo vel culpa venditoris rei periculum contigerit. venditor ante traditionem alias præstat dolum tantum, vt si emptor moram interposuerit, tum venditor non præstat

A culpam sed dolum tantum, *d. l. si per emptorem, & l. illud, D. eod. tit.* Vel si apud emptorem sit possessio rei venditæ precaria, vel condictionis iure non emptionis iure, eo etiam casu venditor præstat dolum tantum, non culpam, *l. serui emptor, D eod.* Alias venditor præstat dolum & culpam, id est, diligentiam boni patrisfamilias, *l. si res, D. eod. tit. l. quod sæpe §. si res, D. de contr. empt. & vendit.* Culpam cum dicimus, leuem dicimus. lata culpa est proxima dolo, leuissima est proxima casui, igitur culpa absolute est leuis culpa. Alias venditor præstat etiam leuissimam culpam, id est, extremam diligentiam, vt si vinum vænierit ad mensuram, ante mensuram factam venditor præstat custodiam, *l. 1. §. sed & custodiam, D. eod. tit.* Quod recte
B Græci explicant lib. 53. *Basilicon, tit. 7.* φυλακὴν ἀκριβεστάτην, id est, *custodiam exactissimam.* Id etiam probatur *l. 2. D. eod. tit.* Itaque ante mensuram venditor præstabit periculum acoris & mucoris, quod tamen est proximum fatali periculo. Quoniam sunt quædam remedia acescentis & mucescentis vini. ideoque hoc præstat. Item præstat periculum effusionis, vt si vinum sit effusum vasis pertusis, casu quodam: nam debuit vasa lustrare, picare, vt diligentissimus paterfam. Denique omnem culpam præstat ante mensuram, & omne periculum, excepto casu maiore, vt chasmate & latronum impetu. Igitur multum interest, an imperfecta sit venditio, vel quasi imperfecta. Est quasi imperfecta si vinum vænierit ad mensuram, & nondum sit admensum. illa venditio est quasi imperfecta, *d. l. 1. §. sed & custo-*
C *diam.* Priusquam vinum admetiatur, quasi nondum væniit. Si venditio sit penitus imperfecta, & res perierit casu maiore, periculum est venditoris, & pretium ei non debetur. Si sit quasi imperfecta, & res casu maiore siue damno fatali perierit, periculum est emptoris, & ab eo pretium peti potest. Rursus multum interest vtrum venditio sit perfecta, an quasi perfecta. quasi perfecta est quæ & quasi imperfecta est, si venditio sit perfecta, venditor non præstat omnem culpam, si sit quasi perfecta venditor præstat omnem culpam. Ex his intelligitur ratio differentiæ. De dolo venditoris est quædam sententia legis tertiæ, hoc titulo: Dolum venditoris, bonæ fidei emptori non nocere, quæ sententia latius patet, quam vt possit adstringi ad tractatum hunc. Eius est exemplum in *l. qui a debitore, D. quæ in*
D *fraud. creditor.* Species est: Si quis sciens rem emit a fraudatore mala fide tenetur actione Pauliana. Rursus qui ab isto malæ fidei emptore emit bona fide, non tenetur Pauliana, quia mala fides seu dolus venditoris bonæ fidei emptori nocere non debet. Sciendum quoque, post perfectam venditionem re perempta sine dolo vel culpa venditoris, periculum esse emptoris, nisi ex præterito vitio, quod fuit ante venditionem, & ignorauit emptor, res perierit, *l. vlt. hoc tit.* Cui exceptioni locus est, etiamsi res tradita sit emptori & perierit post traditionem ex præterito vitio, dummodo id ignorauit emptor: Et generaliter ex præcedenti causa amissa vel euicta rei venditæ, vel amissionis, *l. 1. hic,* quæ addit ita demum periculum euictionis præstari ab
E auctore. si controuersia emptori mota de re empta & tradita emptor auctori, id est, venditori denuntiauerit, vt liti subsisteret, id est, si laudauerit venditorem. illaudatus auctor non sustinet periculum euictionis, l. 7. & 8. *inf. de euict.* Additur etiam in *l. 1. hoc tit.* venditorem, non teneri de euictione, si emptor sit condemnatus μονομερῶς, id est, absens, quod explicatur latius, *l. si ideo, D. de euict.* Præcipua sententia legis primæ hæc est, post perfectam venditionem ad venditorem non pertinere nisi periculum euictionis, alia pericula respicere emptorem.

AD TITVLVM XLIX.

De actionibus empti & venditi.



Ex contractu emptionis & venditionis, duæ nascuntur actiones directæ: actio empti & actio venditi. de actione venditi dicamus. Actio venditi datur venditori. In hac actione venit pretium quanti res væniit. Hæc actio sola est de pretio. Si id non soluatur, ob cessationem pretii venditori non datur rei venditæ & traditæ vindicatio, *l. 1. hoc tit.* quia rei dominium est mutatum, quando scilicet res tradita est transferendi dominii animo, fide habita de pretio. Idem ostendit lex 2. pretium scilicet vel partem pretii non solutam venire in actionem ex vendito. Et non tantum pretium quod solutum non est, sed etiam pretium quod per errorem facti vel per fraudem emptoris inter contrahentes compensari placuit, quasi in quantitatem debitam a venditore, quæ vere non debebatur: nam compensatio est vice solutionis, & videtur solutum pretium quod ita placuit compensari, sed error facti debitorem excusabit, ideo de pretio aget actione ex vendito. Idem ostenditur in *l. 11. sup. de rescind. vendit.* Item est actio ex vendito de pretio, si emptor pretium soluerit ex pecunia venditoris, vt seruo vendito sine peculio si soluerit emptor nummos peculiares, nil videtur actum, quia soluit nummos venditoris; & ideo competit actio ex vendito de pretio, *l. 7. hoc tit. l. 1. si seruus ext. se emi mand.* Addendum est ex *l. 2. hoc tit.* in actionem ex vendito venire fructus ante venditionem perceptos, quos emptor occupauit quasi sibi venditos, cum hi venditione non comprehendantur. Ob id veniunt in actionem ex vendito, quia ab emptore sunt occupati quasi venditi, vt scilicet quod occupauit quasi accesserit venditioni fundi, cum non sit accessio, restituat venditori. Sic seruo vendito sine peculio, peculium quod ad emptorem peruenit, venit in actionem ex vendito, *l. quoties, & l. seq. D. de contr. empt. & vendit.* Competit etiam his casibus venditori vindicatio fructuum, vel peculii. At de pretio agit tantum venditi actione non rei traditę vindicatione. Addendum, in actionem ex vendito venire etiam vsuras pretii ex mora, vel ex pacto sine mora, *l. initio, inf. de pact. inter emptor. & vendit.* vel ex tempore traditionis rei venditæ sine interpellatione, *l. 5. & 13. hoc tit.* Et diximus in *l. 2. sup. de vsur.* re ipsa, id est, sine interpellatione mora fit, si pretium non soluatur post diem traditionis rei venditæ. Item re ipsa minori 25. annis rem distrahenti emptor moram facit, etiam non interpellatus, *l. 5. hoc ipso tit.* Cum qua coniunge *leg. 3. sup. in quib. caus. in integr. rest. non est necess.* quæ lex generaliter statuit, minoribus re ipsa debitores moram facere sine interpellatione in his casibus, qui moram desiderant, vt in bonæ fidei contractibus, legatis, fideicommissis. Addatur & libertatibus, *l. cum vero §. certe, D. de fideicom. miss. libert.* Addendum etiam, in actionem ex vendito sumptus venire, quos venditor fecit in rem venditam post perfectam venditionem, *l. penult. hoc tit. l. Iulianus §. præterea, D. eod. tit.* Imo vero & si post venditionem perfectam ante traditionem seruus venditus mortem, obierit sine dolo aut culpa venditoris, & aliquid venditor in funus serui impenderit, id consequetur actione ex vendito. Seruus emptori periit. Postremo actione ex vendito venditio rescinditur interdum, vt & actione ex empto, vt diximus in *l. 2. & 10. sup. de rescind. vend.* Sed id non fit facile vt ait lex *6. hoc tit.* non facile datur ex vendito ad rescindendam venditionem, id est, non nisi ex iustissima restitutionis causa.

A Nunc dicamus de actione empti. Actio empti siue ex empto datur emptori. In hanc actionem id principaliter venit vt rei venditæ vacua possessio tradatur emptori omni modo: nam potest in id agi districte vt tradat venditor hanc vacuam possessionem rei venditæ, venditor præstare debet omnimodo, *l. 8. hoc tit. l. cum res, sup. de probat. l. 2. D. eod.* Vbi etiam ostenditur quid sit vacua possessio, *l. 2. inf. de acquir. possess. l. 13. de distract. pignor. inf.* Et ita venditor tradita emptori possessione dominium rei venditæ transfert in emptorem si dominus sit, si dominus non sit, possessionem nudam transfert quam habebat, & sustinet periculum euictionis, & tenetur etiam doli nomine, si sciens vendiderit rem alienam, *l. 1. D. de rer. permut.* Vtraque actione empti & venditi vindicatur dolus malus, quia vtraque B est bonæ fidei. Traditio dominium transfert, non tantum naturalis, sed etiam ficta, vt clauium traditio, aut instrumenti auctoritatis traditio, *l. 1. inf. de donat.* Item adsignatio. Item vsusfructus retentio, qua hodie vtimur frequenter, *l. quisquis, inf. de donat.* Item venditio facta in rem præsentem, ficta traditio est. Sola autem venditio dominium non mutat, *l. 11. hoc tit. l. 6. de hered. vend.* Sola etiam vectigalis seu tributi pensitatio non est idoneum argumentum traditæ possessionis. Vt si emptor quod soluerit tributum rei venditæ, ex eo velit probare se esse possessorem. hæc probatio non est idonea. *l. 8. hoc tit. l. vlt. sup. fine censu, & rel.* Addendum, in actionem ex empto venire etiam id, quod interest ex mora, ob rem non traditam, si emptor malit consequi quod interest, quam districte consequi rem, C *l. 4. hoc tit.* Vel si res vendita tradita non sit ad diem præstitutum, *l. 10. hoc tit.* vel etiamsi ancilla vendita nec tradita, a venditore sit manumissa, *l. 11. hoc tit.* Manumissio non reuocabitur, sed aget emptor ad id quod interest ancillam manumissam esse. Ancilla autem manumissione est facta ciuis Romana, quia vt ait *l. 10.* venditor erat ante traditionem pleno iure dominus. Et ita in *l. generaliter, qui & a quib. manum. lib. non fiant.* Seruus, inquit, pignori datus, est debitoris pleno iure, ideo manumittendo plenam libertatem præstat, id est, ciuitatem Romanam: Qui non erat pleno iure dominus, manumittendo non præstabat ciuitatem Romanam, sed Latinam, vel dediticiam ante Iustinianum. Item si venditum frumentum non tradatur, idque per venditorem fiat, ex mora actione empti amplior fru- D menti modus exigetur, quasi pro vsuris, vel etiam ex pacto. Quam in rem valde notanda est *l. 15. hoc tit.* vt scilicet quis posset dicere: sicut in actionem ex vendito veniunt vsuræ ex mora: ita etiam dari posse casum, quo veniant vsuræ in actionem ex empto, *l. 15.* Addendum etiam, actione ex empto repeti arras quas dedit emptor, non etiam vindicari, *l. 3. hic.* Ex arrali pacto, inquit, personalis duntaxat actio, id est, actio ex empto (vt sæpe hic accipitur) non vindicatio paciscentibus præparatur, id est, formatur. Et generaliter pactiones vltro citroque formant actiones ex empto & vendito, *l. 14. de rescind. vendit. sup. & in tit. de pact. inter empt. & vendit. compos.* Addatur etiam actione ex empto interdum agi quanto minoris, quæ dicitur æstimatoria, E est actio ex empto, rescissoria, æstimatoria, & redhibitoria, *l. ex empt. §. redhibitionem, D. de act. emp.* Esse actionem ex empto æstimatoriam quanti minoris ostendit. *l. 9. hoc tit.* Sic e contrario nonnunquam actio ex vendito est quanto pluris, quæ etiam dicitur æstimatoria, *l. Iulianus §. per contrarium, D. de act. emp.* Species legis 9. hæc est: Venditor in vendendo fundo dixit, minorem esse capitationem fundi, id est censum seu tributum, Græci vertunt συντέλειαν, in hac l. 1. quod scilicet præstatur pro colonis & mancipiis quæ sunt in fundo, quæ etiam dicitur functio animalis, *l. cum satis, inf. de agric. & censit.* Et ita etiam capitatio accipitur in *l. vlt. C. Theod. fine censu & reliquis, &c.* Et a Sidonio ad *Maiorianum*

Maiorianum Imp. Sic capita vt vnam, tu mihi tolle tua. A Igitur venditor dixit fundi esse minorem capitationem, inuenta est esse maior, quid fiet? Si emptor sciebat maiorem esse capitationem, quam diceretur, eo nomine nulla ei datur actio ex empto, quia scienti fraus non infertur. Si ignorauerit, competit ei actio ex empto æstimatoria quanto minoris emisset, quæ actio dabitur seu id sciuerit venditor seu ignorauerit. in venditore non distinguimus, in emptore distinguimus, sciens non agit, ignorans agit, *l. Imperatores, D. de public.* ait, si emptores ignorauerint censum, actionem *ex empto* habent. Vulgo male, *exemplo.* imo videtur etiam distinguendum in venditore, *l. si sterilis, §. 1. D. eod.* Species est: Venditor de tributo & onere fundi nil dixit, sciens tenetur ex empto, ignorans non tenetur: vt, si vendiderit prædium hereditarium, cuius qualitatem ignorauit. B Respondendum est, quæ vna est ex solutionibus Accurs. in specie *l. 9.* dixit venditor capitationem esse minorem, ideo ex dicto tenetur actione ex empto quæ plerumque ita apellatur aduersus dictum promissumque, in *tit. de ædil. edic.* duobus locis, quorum vnus est in *l. 1.* & in *tit. de dolo l. penult. D.* At in specie *l. si sterilis*, venditor nihil dixit, & ideo non tenetur nisi ex scientia. Præterea in actionem ex empto veniunt fructus, fœtus & partus post perfectam venditionem, *l. 13 & l. pen. hoc tit.* Et generaliter omne commodum, quod rei venditæ accessit post perfectam venditionem, cum etiam emptor omne periculum sustineat, & onus functionum publicarum & capitationum *d. l. 13.* Sed emptor periculum sustinet etiam ante traditionem, onus autē publicarū functionū non nisi post traditionē C Fingamus ex *l. 12.* Vinum certæ qualitatis. vt optimum, vænit auersione, quo casu degustationem non exigimus, cum de qualitate constet. Hoc vinum est admensum, id est, ex doliis in amphoras est transfusum, nondum tamen sublatum est ab emptore. Quæritur cuius sit periculum, si vinum corrumpatur, & mutetur in vappam? Constat periculum esse emptoris. cum sit perfecta venditio. Contra si augeatur pretium vini post perfectam venditionem, hoc commodum est emptoris. Itaque si auctor, id est, venditor aucto vini pretio iam nolit vinum tradere, quod eo nomine pluris intersit emptoris quod interim pretium vini creuerit, actione ex empto, crescet æstimatio eius quod interest, quæ non exigetur ad modum pretii, sed statuetur iudicis arbitrio, & plerumque egredietur vini pretium, *l. 1. de action. emp.* Cum crescit pretium rei venditæ, augetur etiam æstimatio eius quod interest. D Addendum etiam, in hoc agi actione ex empto, vt caueatur cautione ædilitia emptori seruum venditum sanum esse, noxiis & furtis esse solutum, non esse erronem, nec fugitiuum, animalia vendita sana, esse, bibere posse vt oportet, *l. ex empto §. animalium, de action. emp. & l. 14.* hic, ait agi posse vt repromittat venditor de his omnibus, quia in hoc contractu neutra ex parte exigitur satisdatio nisi ita conuenerit. repromissio, id est nuda cautio sufficit. Adijcit *l. 13.* agi etiam ex empto, vt caueatur de tradenda re vendita ad diem Postremo agitur etiam ex empto re euicta emptori iure iudicioque: Quod si emptor deiectus sit de possessione fundi empti per vim a Titio, hoc casu non competit actio ex empto in venditorem, sed emptori competit interdictum vnde vi in E Titium, *l. vlt. hoc tit.* Ex hac causa aduersus venditorem non habet regressum, ex causa euictionis habet, quia periculum euictionis venditor sustinet. Et hic locus vt singularis maxime notandus est.



AD TITVLVM L.

Si quis alteri, &c.



Vt emit quis sibi, aut alteri. Si quis emat sibi, nihil interest sua, an aliena pecunia, suo vel alieno nomine inscripto. Nam etiam si emat aliena pecunia, vt si mulier rem sibi emat pecunia mariti, non marito, sed mulieri datur actio ex empto, eique dominium ex traditione acquiritur, *l. 1. 6. & pen. hic.* Itaque marito non competit vindicatio rei mulieri venditæ, & traditæ, sed datur tantum ei actio personalis in mulierem pecuniæ suæ nomine, vel certi condictio, vel actio gestorum negotiorum, vel condictio sine causa: datur certi condictio, si eam pecuniam mulieri credidit: actio negotiorum gestorum datur, si negotium mulieris gerens eam pecuniam numerauit venditori. datur marito condictio sine causa si eam pecuniam mulieri donauit, nam ea donatio reuocatur, *l. 9. inf. de donat. inter vir. & vxor.* Sic si socius omnium bonorum rem sibi emit ex pecunia communi, ea res non fit communis, sed acquiritur tantum ei, cui tradita est: potest quidem cogi pro socio actione vt communicetur ea res quæsita communi pecunia, at ipso iure non fit communis. Ita recte Accursius ex *l. si quis societatem, D. pro soc.* A superiori definitione excipitur miles, cuius pecunia procurator vel gestor negotiorum sibi quid emit. Item pupillus & minor 25. annis, cuius pecunia tutor vel curator aliquid sibi emit: Nam his personis datur rei emptæ vtilis vindicatio indistincte, siue tutor, curator, & procurator soluendo sit, siue non, *l. si vt proponis, sup. de rei vindic. l. 2. quando ex fact. tut.* aliis vero personis non datur vindicatio vtilis, ne marito quidem aut socio, nisi in subsidium, puta emptore non existente soluendo, id est, emptore actioni personali, quæ in eum competit, satisfacere nequeunte, *l. vxor marito, D. de donat. inter vir. & vxor.* Sic concilia l. *res quæ, D. de iure dot.* cum *l. ex pecunia, inf. eod. tit.* Thalelæo auctore & ex Latinis Cyno, vt scilicet non nisi marito non existente soluendo res empta ex pecunia dotali pro dotali habeatur, & vindicari possit vtiliter quasi dotalis. Idem diximus de actione, *si certum petatur, de reb. cred. sup. l. 2. si cert. pet.* Rursus, pupillo vel adolescenti non datur vtilis vindicatio indistincte, nisi cum tutor vel curator emit eorum pecunia: si enim extraneus emit, pupilli pecunia vel adolescentis, eis non dabitur vindicatio nisi in subsidium, id est, emptore non existente soluendo. Idem est in milite, vt scilicet ei non detur vtilis vindicatio rei sua pecunia emptæ, nisi cum procurator aut gestor negotiorum eius emit, *arg. actionis, si cert. petat. de reb. credit. l. si pecuniam, D. de reb. cred.* Si quis igitur, vt initio proposui, emat sibi fundum aliena pecunia, & traditum accipiat, ei dominium acquiritur, non ei cuius pecunia fuit, *l. 6. sup. de rei vindic.* Item ei soli ante traditionem competit actio ex empto, non auctori pecuniæ. Quid si emat tibi sub alterius nomine, & rem traditam sibi habeat? Finge: Tu rem tibi emisti, & tabulis emptionis inscriptum est, Titium emisse non te. Tibi res tradita est, tu rem tenes & possides. Titio autem traditæ sunt tabulæ emptionis quibus etiam Titij nomen est inscriptum. Hoc casu potior est rei possessor eo, qui tabulas possidet, id est, tibi non Titio dominium acquiritur, *l. 4. 5. 6 hoc tit. l. si filij, de donat. inter vir. & vxor.* Et re nondum tradita, tibi, non Titio competit actio ex empto. Igitur inscriptio alieni nominis nihil facit, alij nihil iuris tribuit: nam plerumque contrahentes nolunt sua nomina inscribi, *l. pupillus, §. vlt. de auctor. tutor. l. pen. inf. de contrah. stipul. & edicto 7. Iustin. de Argentar. contract.* Item traditio tabularum emptionis dominium non transfert, etiamsi tradantur vero emptori: quamquam aliud sit in traditione tabularum auctoritatis venditoris: nam harum tabularum traditio si fiat vero emptori, dominium transfert, *l. 1. inf. de donat.* Et licet lex 5. *hic* dicat pecunia propria emisse, idem tamen est si aliena pecunia emerit,

Sed vt recte Accursius, propria pecunia dictum est, A quia ita euenerat, vt Vlpianus interpretatur in *l. item veniunt §. ait Senatus, de pet. hered.* Denique hac in re potest esse alius emptor, alius inscriptus instrumento emptionis. Item alius emptor, alius pecuniæ auctor, & numerator: & generaliter nihil interest eius qui sibi emit rem, suum nomen, an alienum inscribat, suam, an alienam pecuniam numeret, nihil interest numeret ipse, vel alius, nihil interest an per se an per procuratorem emat, quod attinet ad rationem adquirendi dominii, vel possessionis. Nam traditione rei venditæ facta procuratori, alias per procuratorem adquiritur dominium solum, alias possessio sola, alias possessio & dominium, vt supra diximus *in tit. per quas personas.* At actionem ex empto per procuratorem non adquirit, *l. 7. hoc tit.* Per se adquirit actionem ex empto, item per B nuntium, sicut per epistolam, *l. vlt. hoc tit.* Procurator contrahit cum venditore, nuntius non contrahit, sicut epistola non contrahit, nuncius præstat vicem epistolæ, & non cõtrahit cũ venditore, sed nuntiat dominũ contrahere: itaque quod per nuntium adquiro, id videor per meipsum adquirere, sicuti quod per epistolam. nuntius est epistola loquens, epistola est nuntius mutus. Si quis igitur alij emerit vt procurator aut negotiorum gestor nomine Titij, & venditor rem tradat Titio vel procuratori, non Titij nomine, & deinde procurator eandem Titio tradat; vel etiam si venditor rem tradat procuratori vel gestori nomine Titij: quo casu nil interest, suo nomine acceperit procurator, an nomine Titij, vt diximus *sup. tit. per quas personas.* His omnibus modis Titio dominium adquiritur ex causa C emptionis, siue eius pecunia propria numerata sit venditori siue aliena, *l. 2. & 3. hoc tit.* Et siue nomen Titij inscriptum sit, siue procuratoris. Itaque inscriptio nominis, vel pretij numeratio, non mutat substantiam emptionis, siue quis sibi emat, siue alij. In actione ex empto differentia est: Nam qui sibi emit, adquirit sibi actionem ex empto. qui alij emit, nec sibi quærit actionem ex empto, quia id non vult; nec alii, quia per liberam personam actio non adquiritur, *l. 6. & 7. in fin. hoc tit.* Verum is qui alij alieno nomine emit, alij adquirit possessionem solam, vel cum dominio, vel etiam dominium solum, vt in eo tit exposuimus.

D

AD TITVLVM LI.

De rebus alienis non alienandis



Hoc ostenditur in hoc titulo, a non domino rem alienam alienari non posse, id est, eius dominium non transferri. Et ideo si non dominus rem alienam vendiderit, domino competit vindicatio in emptorem, etiam ei pretio non oblato, vel si emptor eam rem vsuceperit, cum emisset bona fide, tum in eum non erit vindicatio, sed in venditorem domino dabitur actio negotiorum gestorum, vt reddat pretium quod accepit ex re sua, quasi reipsa suum negotium gesserit, *l. 1. hic, l. mater, sup. de rei vindicat.* & latius dicemus in *l. 1. seq. tit.* Hoc ita pro- E cedit, etiamsi dominus rei per imprudentiam signauerit instrumentum emptionis. hæc subscriptio domino imprudenti non nocet, *l. 2. hic.* Scienti noceret hæc signatio: haberetur enim pro consensu. constat autem consentiente domino rem alienam alienari. Continet etiam superior sententia exceptiones, puta, si quis rem alienam iure pignoris vendiderit, tranfert dominium, *l. 4. hic.* Item si ob cessationem tributorum Cæsarianus rem vendiderit, vel quilibet alius officialis, quod etiam sit iure tacitæ hypothecæ *l. 6. hoc tit.* dominium transfert in emptorem. Item si dominus rei venditori successerit, *l. 3. hoc tit.* Nam etsi dominus rei vindicet ab emptore rem suo nomine non hereditario, repelletur exceptione doli, quod debeat heres præstare factum defuncti, & rata habere quæ fecit defunctus: vel re ab eo euicta emptori huius exceptionis non habita ratione, vel hac exceptione omissa, emptori in eum dabitur actio ex empto euictionis nomine in id quod interest, *l. Seia ff. de euict.* quæ res facit vt omnino rata sit venditio rei alienæ si dominus venditori successerit. Secunda pars est de prohibita rerum alienatione, vel hypotheca, in qua idem prorsus continetur, quod in tit. *Instit. quibus alien. lic. vel non*, non dominum rem alienam alienare posse, puta iure pignoris, dominum interdum rem suam alienare non posse: alienatione domino interdicit alias lex, alias testatoris volũtas, alias pactio contrahentis; quæ alienatio si fiat a domino contra prohibitionem, quæritur an valeat. & id exposuimus in *l. 3. sup. de condict. ob cauf. dat.* Prohibitæ a lege alienationis sunt innumera exempla. Pupillus sine tutore non alienat. Marito l. Iulia fundi dotalis alienationem interdicit quamuis sit dominus. Senatusconsulto prohibetur alienatio prædiorum pupilli, etiamsi id fiat tutore vel curatore auctore: constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum Ecclesiæ. Quid autem alienatione prohibita prohibitum intelligatur, ostendit lex *vlt. h. tit.* Alienatio est omnis actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. inf. de fun. dot.* Veluti traditio ex qualibet iusta causa, mancipatio, in iure cessio, atque ita alienationem definit Tullius in Topicis. Solent legum auctores augere verborum significationem, vt hic Iustinianus auget significationem verbi alienationis, & prohibita alienatione lege, testamento, seu pactione, significat Iustinianus non tantum contineri dominii translationem, sed etiam seruorum manumissionem, quæ non est translatio dominii, sed peremptio. Item declarat eo verbo significari vsusfructus constitutionem, seruitutum impositionem, hypothecam, pignus & emphyteuseos contractum. Et hoc continetur *l. vlt. inf. hoc ipso tit.* At dices, constitutionibus prohibetur alienatio prædiorum curialium, non tamen prohibetur omnis actus, per quem dominium transfertur: nam non prohibetur donatio, vt constat ex tit. *de prædiis curialium.* Respondendum est, ex hac l. vlt. ea omnia quæ diximus contineri verbo alienationis, nisi lege vel pactione vel testamento strictius accipiantur. Constitutiones id verbum stricte accipiunt in quæstione *de prædiis curialibus non alienandis*, in quæstione etiam *de rebus Ecclesiasticis non alienandis.* Constitutiones non omnino emphyteusim excludunt, quæ tamen prohibita videtur, si late hoc verbum accipiatur. Sed late accipitur hoc verbum, nisi aliud suadeat lex testatoris aut contrahentium. Interdum etiam hoc verbo alienationis, sola venditio intelligitur, *l. 1. inf. de iure emphyt.*

AD TITVLVM LII.

De communium rerum alienatione.



Ictum est supra rei alienæ alienationem non esse, id est, in solidum alienæ. Idem dicamus de re communi, id est, de re pro parte aliena, eius non esse alienationem. & alienationis verbum hic late accipiamus: nam non potest vnus ex sociis prædio communi seruitutem imponere, *l. 2. de seruit.* Non potest id obligare inconsulto vel ignorante socio, *l. si fratres, sup. comm. vtriusq. iudic.* ergo alienationis verbum hic etiam accipiemus latissime. Si socius vendiderit rem communem in solidum, hoc casu alteri socio in emptorem datur ei vindicatio, per quam suam partem empto-

ri

ri euincet, ac deinde parte euicta emptori dabitur in A venditorem actio ex empto in id quod interest, si ignorans emerit rem communem, etiamsi de euictione nihil conuenerit nominatim, vel si sciens emerit rem communem, demum dabitur actio ex empto euictionis nomine, si de euictione inter eos nominatim conuenerit, *l. vlt. hoc tit. l. vindicabit, de rei vindic. l. si fundum, inf. de euict.* Datur autem alteri socio qui non vendidit vindicatio tantum patris suæ in emptorem etiam non oblato pretio emptori, *l. 3. sup. de rei vind.* Partis autem venditoris vindicatio ei non datur: pro ea parte venditio tenet, etiamsi pretium eius partis offerat, etiamsi miles sit, *l. 4. hoc tit.* Ergo rei communis alienatio non est in solidum. At quid fiet si emptor rei communis totius rei dominium adquisierit vsucapione, vel longi temporis præscriptione, vsucapione quidem in Italia, præscriptione longi temporis in prouinciis? sic enim hoc accipiendum est iure antiquo. Et sic recte Fulgosius. Sic accipe legem 2. *tit. præcedent.* Tunc vero alteri socio in emptorem non competit vindicatio, sed tunc socio in socium, qui vendidit datur actio familiæ erciscundæ, vel communi diuidundo, *l. inter coheredes §. si coheredes, D. famil. ercisc.* & in *l. 1. hoc tit.* quæ vsucapionem vel præscriptionem longi temporis vocat ius receptum. Certum autem est socium inuito altero posse suam partem vendere, & quidem cuilibet: nam non cogitur socius in venditione aut alienatione suæ partis quasi quodam iure προτιμήσεως socium præferre extraneo, *l. 3. hoc tit.* Quam coniunge cum *l 8. sup. de actionib. emp.* Vendere, inquam, potest cuilibet C partem suam, antequam acceptum sit iudicium communi diuidundo, vel familiæ erciscundæ inter socios, *l. 3. hoc tit* Quia accepto iudicio cōmuni diuidūdo inter socios, rei litigiosæ non valet alienatio facta ab vno ex soc. inuito aduersario, *l. 1. C. com. diuid. l. 1. de iure fisci,* & in *tit. de litigios. D. & C.* non est etiam pignoris alienatio, neque etiam obligatio vlla existit, altero non consentiente socio, *l. 1. §. vlt. D. quæ res pign. oblig. poss. vel non.* Id ita seruatur in iudicio familiæ erciscundæ, ne quis suam partem alienet post acceptum iudicium familiæ erciscundæ, *l. alienationes, D. fam. ercisc.* Vbi male Accursius. Nunc excipiendus est fiscus: nam fiscus potest rem communem cum priuato alienare socio inuito, sed tamen pars pretii rei venditæ seruatur socio, quam etiam potest petere actione ex vendito vtili, qua- D si videatur ipse vendidisse quod fiscus vendidit suo iure, *l. 1. inf. de vendi. rerum fiscal & l. 2. hoc ipso tit.* Hodie etiam ex *l. 2. de quadrien. præscript.* quod notarunt Græci in l. 2. huius tit. Si fiscus rem alienam vendiderit, emptor securus erit, sed in fiscum est actio domino intra quadriennium, in emptorem nulla est actio. Verum si priuatus alienam rem vel communem vendiderit, emptor securus non erit, etiamsi pretium ad fiscum peruenerit, *l. 2. hoc tit.* Nam id priuilegium tantum datur fisco vendenti, non si priuatus vendiderit. hæc est sententia l. 2.

AD TITVLVM LIII.

Rem alienam gerentibus non interdici rerum suarum alienatione.



N hoc tit. quæritur, an qui rem alienam administrat, vt tutor, & curator possit res suas alienare? ratio dubitandi, quia sunt tacite pupillis vel adolescentibus obligatæ. Lex ait, nihilominus eum res suas posse alienare cum sua causa, puta pignoris cui nexæ sunt. Ergo, inquit, poterit etiam obligare eas, etiam post condemnationem, cum sua tamen causa & suo onere: nam quod alienari potest, & obligari potest, *l. 9. §. 1. D. de pign.* Interdum tamen, qui iure prohibetur vendere, vel emere, non prohibetur pignori accipere, *l. in quorum, D. pignor.* Ad quam non traditur axemplum, quod mihi videtur ponendum in officiali, quod male Accursius negauit. Officialis, quo loco officium gerit, nihil potest emere, pecuniam tamen mutuam dare potest, *l. præsides. D. de rebus credit. si cert. pet.* Cur non etiam & ex ea causa pignus accipere potest? Ideo dicit in quorum finibus, id est, in qua regione prohibetur quis emere, velut officialis, potest tamen pignus accipere, quod verum esse confirmat lex *qui officii, de contr. empt.* quæ est ex eodem libro. Lex qui officij interdicit emptione. *L. in quorum*, permittit acceptionem pignoris. Adiicitur hic, si tutor vel B curator rem fisco obligauerit, vel priuato, eam obligari cum sua causa, id est, cum causa pignoris tacite cum pupillo contracti. Ex quo apparet, fiscum in hypothecis non præferri antiquioribus creditoribus, etiamsi tantum habeat hypothecam tacitam, non expressam. In personalibus actionibus habet priuilegium, id est, præfertur fiscus creditoribus antiquioribus chirographariis.

AD TITVLVM LIV.

De pactis inter emptorem & venditorem compositis.



Ex l. 3. & 4. sunt de lege commissoria, de qua diximus in *l. 4. sup. de pignerat. act.* Ea lex commissoria ita fit, si pretium ad diem solutum non erit, fundus inemptus esto. Cuius legis potestate seu conuentione legis commissoriæ, id est, ad diem pretio non soluto, etiamsi sit res tradita, dominium censetur esse venditoris, nec ab eo recessisse videtur, & ideo rei traditæ & venditæ competit vindicatio, *l. vlt. D. de l. commiss. l. 4. hoc tit.* Et ex eo non est colligendum, pacto dominium mutari & transferri, quod numquam fit, nam non mutatur dominium, quod nec in emptorem translatum intelligitur: nam venditori vindicatio ita demum lege commissa competit, si rem tradiderit emptori precario, non emptionis iure, non voluntate dominii transferendi, *l. 3. hic.* Itaque dominium non videtur ad eum redire, sed eius semper fuisse. At si venditor emptionis iure rem tradiderit emptori, hoc casu cessabit vindicatio, & competet actio ex vendito resoluendæ venditionis causa, *l. si fundus, de leg. commiss.* Huic distinctioni est locus, si dixeris venditionem factam lege commissoria esse puram, quæ sententia obtinuit, *l. 1. D. de leg. commiss.* pura est venditio, sed resoluitur sub conditione: At si dixeris esse conditionalem ex *l. 2. §. Sabinus, pro empt.* secundum Sabini sententiam: etiam tradito fundo emptionis iure, & lege commissa, venditori vindicatio dabitur, At cum lex commissa est, & ideo actio ex vendito venditori competit rescindendæ venditionis causa, E vel vindicatio, si malit venditor partem pretii petere, vel vsuras pretii actione ex vendito, quam agere ad rescissionem, videtur renuntiasse legi commissoriæ, & non fiet resolutio emptionis, *l. de lege, in fi. & l. seq. D. de lege commiss. & l. 3. & 4. hoc tit.* Quod etiam nominatim, & disertis verbis adiiciebatur legi commissoriæ, si venditor fundum inemptum esse vellet. Ideo non vtitur hac lege inuitus, siue id adiectum sit, siue non, vt solitum esse adiici etiam indicat lex *vlt. §. vlt. D. de rescind. vendit.* Id etiam adiiciebatur pacto commissorio, vt pretio ad diem non soluto emptor arras perderet, *l. 1. hoc tit. l. de lege, in princip. l. vlt. D. de leg. commiss.* Alio etiam modo componitur lex commissoria, puta, re tradita & pretio soluto venditori, vt si

venditor pretiũ emptori restituerit intra certum diem, A res inempta fiat: Quo casu pretio oblato & obsignato intra diem, venditori competit actio ex vendito. sola oblatio non sufficit, debet etiam obsignare, quo iure etiam vtimur, cum quid retrahitur, vel pactionis huius iure, vel προτιμήσεως. solam oblationem non sufficere ostendit *lex 7. hoc tit.* Post diem etiam facta oblatio & obsignatio non sufficit nec resoluit emptionem, etiamsi rescripto principis impetrarit venditor, vt post diem oblationem facere liceret: nam venditori agenti post diem, obstat exceptio peremptoria, quæ non potest adimi rescripto principis: dilatoria potest quidem, & ita respondendum *leg. 2. sup. de precibus Imperat. offer.* Pertinet etiam ad hoc genus legis commissoriæ *l. 2. hoc tit.* Apello legem commissoriam, seu conuenerit, vt res fiat inempta pretio ad diem non soluto ab emptore, vel B pretio ad diem a venditore soluto: Vtraque est lex commissoria, nam & a veteribus vtraque dicebatur fiducia. Inde filium emancipare contracta fiducia, id est, ea lege, vt remancipetur a patre fiduciario, & patri naturali restituatur. Itaque fiducia, seu lex commissoria dicitur, si res væniet ea lege, vt venditori restituatur pretio intra certum tempus reddito; ex qua certe est actio ex vendito, ad diem pretio oblato & obsignato vel soluto emptori *ex l. 2.* quæ ait esse actionem præscriptis verbis, & statim subiicit: Vel ex vendito: quibus verbis significat superfluam esse actionem præscriptis verbis, vt in *l. Labeo, de contrah. empt. & vendit.* ex priore etiam genere legis commissoriæ est etiam actio ex vendito, ex rescripto Seueri & Antonini, *in l. si fundus D. de leg. comm ff.* C Ante hæc rescripta tutius erat agere præscriptis verbis, quod videatur nouum quoddam negotium geri diuersum ab emptione & venditione his pactionibus interpositis, & agi videatur finita venditione vel imperfecta: at rescripto submouetur omnis dubitatio, data actione ex vendito. aliis casibus quibus nulla sunt rescripta ad venditionem distrahendam ex pactionibus, tutius erit agere præscriptis verbis actione, quia deficiunt rescripta, vt in specie *l. si vir, de præsc. verb. l. si conuenit, D. de rescind. vendit.* Duobus superioribus casibus ex rescriptis agetur actione ex vendito: Itaque superflua est actio præscriptis verbis, aliis est necessaria. Nunc videndum, quid fiat de fructibus medio tempore perceptis ab emptore, antequam lex committeretur & ven- D ditio. & quidem in priori specie legis commissoriæ omnes fructus veniunt in actione ex vendito, *l. 4. & 5. de lege comm. ff. D* Quod etiam plerunque nominatim exprimebatur: nam contrahentes in cautionibus, solebant sibi omnino prospicere, ideo multa in cautionem deducebant, atque etiam ea, quæ ipso iure ita se habebant & superflua. id indicat *lex 6. §. si fundus, D. de contrah. empt.* Excipitur vnus casus, si emptor partem pretij soluerit, & de reliqua parte composita sit pactio commissoria, puta, vt reliqua parte non soluta ad diem inempta esset res. hoc casu legis commissoriæ, parte ad diem non soluta, fructus pro parte compensabuntur cum parte pretij venditori soluti, quam emptor amittit lege commissoria, *d. l. 4. hoc tit.* Vt & arras amittit emptor, quæ cedunt plerunque loco pretij, si in num- E mis consistant, *l. vlt. de lege comm. ff.* ergo & si emptor arras dederit lege commissa, fructus pro rata compensabuntur cum arris, quas emptor amittit. itaque arris datis vel parte pretij, omnes fructus non veniunt in actionem ex vendito. In posteriori specie legis commissoriæ omnes fructus non veniunt, & emptor non restituit fructus nisi ex mora, *l. 2. hoc tit.* Emptor moram facit post pretij oblationem, nisi rem restituat & quasi venditori reuendat: sola sufficit oblatio hoc casu, & aduersarium in mora constituit, *l. interdum §. vlt. de verbor. oblig. D.* Ex oblatione igitur, id est, ex mora, etiamsi pretium non sit depositum, emptor præstabit fructus venditori, medij temporis fructus cum vsuris pretii compensabuntur & non præstabuntur. Notandum etiam ex hac *l. 2.* conditiones harum pactionum ab heredibus impleri posse, idque his pactionibus adiici solitum, quod tamen omissum pro adiecto habebitur. quia conditio est eius generis vt ad heredes transeat, secundum ea quæ tractantur in *l. 57. D. de verborum oblig. l. qui Romæ §. Agerius, eod. tit.* Sicut ea, quæ diximus supra his pactionibus adiici solere de fructibus & arris, quæ omissa etiam pro adiectis habentur. hæc sunt de pactis commissoriis. Nunc de aliis pactionibus. si res væneat ea lege, vt emptor præstet pretii rei venditæ vsuras ex tempore venditionis, quæ non solent præstari, nisi ex mora vel ex die venditionis, rata est conuentio, *l. 5. hoc tit.* Idem est, si conueniat frumento vendito quod admittit accessionem vsurarum, vt tardius traditi frumenti venditor vsuras, seu accessionem præstet ex tempore venditionis. hæc etiam conuentio rata est. quod indicat *l. 15. sup. de action. emp. & vend.* in illis verbis, *citra pactum.* & hæ vsuræ petentur actione ex empto vel vendito, de quibus ita conuenit, quia pactiones formant ipsam actionem, *l. iurisgent. §. quinimo, D. de pact.* ipsam actionem, id est, actionem ex contractu, & ideo pactiones illæ dicuntur formæ, & leges contractuum. Igitur vt fiat, quod conuenit, agitur ex contractu, cui pactum inest, nisi pactio illa nouum quoddam genus negotii statuere videatur, quo casu ex pacto tutius erit agere præscriptis verbis actione, nisi constitutiones dubitantes nos confirmauerint quæ dederunt actionem ex contractu, vt in specie legis 2. *hic.* Aliud genus pactionis proponitur in *l. 6. hoc tit.* Vendidi prædium exiguo pretio, sub ea lege, vt me aleret qui emeret, eaque fuit conditio inter nos, ne staret venditio alimentis non præstitis. emptor legi non paret, id est, non præstat alimenta. *L. 6.* ostendit agi posse ex vendito resoluendæ venditionis causa, reddito emptori pretio. Dixi *in l. 1. sup. de condict. ob causam dat. causa non sec.* esse etiam ob rem dati condictionem, quod negauit Accurs. & nihil obstare, *l. 14. sup. de rescindenda vendit.* Quoniam ponendum in specie d. l. 6. id agi, vt resoluatur venditio lege non impleta. Aliud genus pactionis proponitur in *l. vltim. hoc tit.* qua lege corrigitur *l. pen. D. de pact.* Vendidi locum ea lege, ne emptor in sacrum dedicaret, vel religiosum faceret, vel ne me inuito, qui fundum vicinum mihi retinebam, cum alienaret: ex *l. penult. D. de pactis* non valet pactio, etiamsi contractui inhæreat, ex *l. vltim. hic.* quæ est ex 50. decisionibus Iustin. & ideo correctoria. rata est conuentio. et si emptor ei non pareat, id est, si locum dedicet vel alienet inuito vicino, venditori dabitur actio ex vendito in emptorem in id quod interest. Nam plerunque venditoris interest vel nullum vicinum habere, aut non probatum, & sibi cognitum: sunt viciniratis multa commoda & incommoda, *l. 1. §. alias, D. si quid in fraud. patr.* Ideo venditor ex vendito emptori tenetur, si in vendendo fundo vicinum celauerit, quem si sciisset emptor, non emisset, *l. quod sæpe §. vlt. D. de contrah. empt.* Igitur ex omnibus pactionibus, quæ hic proponuntur, datur actio ex empto vel ex vendito, quia insunt venditioni & pars venditionis esse censentur, cum interponantur venditioni initio & tempore venditionis. & generaliter in *l. 8. hic.* definitur idem esse in omnibus aliis pactionibus, iustis scilicet & legitimis, quæ inter emptorem & venditorem componuntur tempore venditionis. ex eis dabitur actio ex vendito, vel in dubio præscriptis verbis; pactiones autem ex interuallo compositæ inter emptorem & venditorem non formant ipsam actionem, nec pariunt actionem præscriptis verbis.

AD TITVLVM LV.

Si seruus exportandus veneat.



Tribus seq. titulis agitur de pactionibus, quæ adiciuntur venditionibus mancipiorum, quæ in Pandectis proponuntur sub vno tit. de seruis exportandis. Prima pactio est, si seruus vænierit ea lege, vt exportaretur, id est, vt ne eo loci moraretur, in quo venditur, quod venditor paciscitur plerumque securitatis suæ causa vel vindictæ, *l. 1. & l. seruus ea lege, D. de ser. export.* Et ob eam causam hac lege venditioni apposita plerunque venditor sibi excipit manus iniectionem, id est, ius abducendi serui, nisi exportetur secundũ venditionis conuentionem: ideo hi tres tituli sunt etiam de manus iniectione, περὶ χειρὸς ἐπιβολῆς. Ex hac lege non datur venditori vindicatio nisi manu iniecta. manus iniectio restituit dominium, non pactio nuda. Finge in l. 1 huius tit. seruus est ea lege venditus, vt Roma exportetur. secundum legem venditionis, Roma est exportatus, & manumissus ab emptore. manumissio valet, cum sit manumissus extra Romam. Sed si Romæ fuisset manumissus, non valeret manumissio *l. 3. hoc tit.* sed manumissus est extra Romam. Itaque peruenit ad libertatem. Post manumissionem ipse Romam venit, venditori in emptorem nulla est actio, quia iure seruum manumisit, neque etiam habet in liberum manus iniectionem, quã sibi seruauit. At ex constitutionibus, hic seruus qui non paret pactioni (nam hæ pactiones hærent personis seruorum, nec indicuntur solis emptoribus) fiet fisci seruus ipso iure l. 1. seruus inquam fiet sub eadem conditione, ne Romæ moretur, & si, posteaquam factus est fisci seruus, Romæ maneat, erit venditori manus iniectio in seruum, si eam videlicet sibi exceperit, atque ita fiscus eum amittet, *l. pen. D. de seru. export.* Fit ergo fisci sub eadem lege, ne fiat fraus voluntati venditoris. At quid dicemus, si venditor non exceperit sibi manus iniectionem, quam non habet, nisi reseruauit, sed tantum vendidit seruum ea lege, vt exportetur, & adiicit pœnalem stipulationem, si non exportaretur? Hoc casu, si seruus non exportetur, datur in emptorem venditori actio ex stipulatu pœnæ nomine. seruus autem fisco committetur, *l. 2. & 3. hic.* Vel igitur committitur venditori ex manus iniectione ipsi reseruata, vel fisco ipso iure, si legi non pareat. Quid si venditor non sit pœnam stipulatus, nec exceperit manus iniectionem, & non exportetur, an dabitur actio ex vendito in id quod interest nulla distinctione addita? qua in re variauit Papinianus. Seruus autem fiet fisci, & venditor aget ex vendito. excipitur hic casus, si non voluntate domini, id est, emptoris seruus Romam venerit, quia fuit ei interdictum, *l. 2. hoc tit. l. pen. D. de seru. export.* Hoc casu non est in seruum manus iniectio, cui assensus non est dominus, & factum serui non tollit emptori dominium serui, non est actio ex stipulatu, nec ex vendito. fisco etiam locus non est. In l. pen. hæc species proponitur: Serui dominum vendiderunt facta coniuratione ea lege, vt exportaretur. post exportationem manumissus est ab emptore. itaque iure est manumissus, & accusat seruos, vel furti facti, vel coniurationis in dominum. Lex ait, eos capite puniri, pendente autem accusatione habebitur pro libero accusator, non pro ingenuo.

Ad leg. vltimam.

Qui exportandus a domino de ciuitate sua venit, nec in vrbe Roma morari debet. qui autem de prouincia certa, nec in Italia. Si itaque contra legem constitutam factum probare potes: vtere iure, quod propterea tibi competit.

Lex vltima ait, seruum, qui lege venditionis exportandus est aliqua ciuitate, nec in ea ciuitate morari posse, nec Romæ, etiamsi de Roma nihil dictum sit, cum sit ciuitas communis. Cui ciuitate mea interdico, & communi etiam ciuitate interdico, nec quærenda alia ratio, quam hæc, quia est ciuitas communis ex constitutione Antonini Imperatoris. Sic Callistratus in *l. 19. de interd. & releg.* quæ deest in Pandectis, & supplenda est ex lib. Basilic. relegatus, seu patria sua interdictus, Romæ etiam morari non debet, etiamsi id nominatum non sit adiectum, cum Roma sit communis patria, quod confirmat, *l. 7. §. si constitutum, eod. l. si cum dotem §. si patri, sol. matrim.* Adiicit Callistratus eum, cui interdictum est patria, abstinere ea ciuitate debere, in qua princeps agit, vel per quam transit, quod ei soli liceat intueri Imperatorem, qui pater patriæ est, qui & Romam accedere potest. Atque etiam ita de iis, qui ignominiose mittuntur proditum est, nec Romæ, nec in sacro comitatu eos agere posse, *l. milites §. missionum, de re milit.* Ergo, cui sua patria interdicitur, ei etiam Roma & sacro comitatu interdicitur, & seruus exportandus ciuitate domini, nec Romæ, nec in sacro comitatu versari potest. Ostenditur etiam in hac *l. vlt. seruum exportandum prouincia aliqua*, nec Romæ, nec in Italia morari posse, vel si moretur, emptorem in legem venditionis incidere. sic etiam in pœnis, vt Suetonius scribit in Claudio, Claudius sanxit, vt quibus prouinciæ interdicerentur a magistratibus, vrbe quoque & Italia submouerentur. At si seruus sit exportandus Italia lege venditionis, constat eum posse in prouincia morari, nec cogi ire in hosticum, aut Barbaricum, *l. 2. de seruis export.* Cuius argumento idem dicemus in relegato, & interdicto, vt cui interdictum est Italia, versari possit in prouincia.

AD TITVLVM LVI.

Si mancipium ita vænierit, ne prostituatur.



Altera pactio est, ne ancilla prostituatur, quę pactio venditionibus mancipiorum addi solet, eaque committitur, non tantum, si in taberna meritoria prostituatur ex professo, sed etiam, si in caupona specie ministerii, *l. vlt. hoc tit.* Fraus fieri non potest huic pactioni, *l. palam, de ritu nupt. l. Athleta §. ait prætor, de his, qui notant. inf.* Prostituta ancilla contra legem venditionis, venditor habet manus iniectionem, si eam sibi exceperit. vt serui est manumissio ita & manus iniectio. vt iusta manumissio fit iussu magistratus, ita & manus iniectio fit in vrbe, auctoritate prætoris, & præfecti vrbis, *l. 1. hoc tit.* Et in prouinciis fiet auctoritate præsidis, qui semper exemplũ vrbis sequitur, & vrbanorum magistratuum vicem sustinet. Igitur non omnis manus iniectio fit auctoritate iudicis: nam est sæpe lis de manus iniectione, an sit manus iniectio nec ne, vt in superiore pactione tituli superioris, manus iniectio venditori non est, etiamsi eam sibi exceperit, si legem quam dixit, remiserit, & patiatur seruum venditum loco prohibito morari, nec potest variare, *l. 1. D. de seru. export.* Et in eo genere pactionis, de quo hic est titulus, venditori etiam non est manus iniectio ex constitutione Diui Adriani, *si legem quam dixit remiserit*, id est, si patiatur ancillam prostitui, & cum potest eam abducere manu iniecta, non abduxerit, & productori non eripuerit. præcedentis tituli legem remittere licet, sicut & in contrarium pacisci, ne seruus exportetur. huius tituli legẽ non licet remittere, nec etiã in con-

trarium paciſci vt proſtituatur, quia pactio & remiſ- A ſio turpis eſt, & venditor, qui legem remiſerit, id eſt, paſſus ſit ancillam proſtitui, amittit manus iniectionem, ſicut etiam pater priuatur patria poteſtate, creditor iure pignoris, dominus dominio Igitur, ſi paſſus ſit proſtitui ancillam, amittit & ancillam & partum eius, ſi prægnans fuerit, & pepererit. Quid igitur fiet de ancilla? An retinebit eam productor? Minime. Sed fit libera ex conſtitutionibus Imperatorum Diui Seueri & Antonini: Itemque Diui Adriani, *l.* 1. *hoc tit. l.* 7. *D. Qui ſine manumiſſ. ad lib.* qui ſine manus iniectione eam ancillam, etiã eius partũ retinere poteſt. Igitur, hac lege dicta, ne ancilla proſtituatur, ſi ſecus fiat, vel venditori competit manus iniectio, vel ancillæ libertas, non ſolum ſi emptor primus cui lex primum dicta eſt, contra legem faciat, ſed & ſi ſequentes emptores, licet B eis non ſit repetita eadem lex. Hæret namque perſonæ ſerui, etiamſi currat per plures emptores, *l. 1. hoc tit. l. ſi quis ſub hoc, D. de contrah. empt. & vendit.* Quod etiam ſeruatur in *l.* ſuperioris tituli, vt ſcilicet, eadem lex maneat, ſi ſeruus cucurrerit per plures emptores. Interdum venditor non excipit ſibi manus iniectionem, igitur eam non habet, ſed eadem lege dicta ne proſtituatur ancilla, adiicit, vt ſi proſtituatur, libera exiſtat: Quo caſu conditione impleta, id eſt, ancilla proſtituta ſtatim fit libera ipſo iure, αὐτοματως, ſiue ipſa pactio tabulis emptionis ſit inſerta, ſeu non, *l. 2. hoc tit.* Id eſt, ſi per nuntium, vel epiſtolam, ita ſunt pacti emptor & venditor, nec pactum ſit inſertum inſtrumento emptionis: puto etiam pactionem factam ex interuallo proficere ad libertatem. Eſt ea lex 2. ſcripta ad præfectum vrbi, non C ad præfectum prætorio, vt in vulgaribus. & lex ſignificat, emptorem, qui ea lege ancillam emit, cogendum eſſe manu militari, id eſt, per vrbanitianos, ſic appellantur apparitores præfecti vrbi, vt ancillam, quam proſtituit, exhibeat, apud tribunal perfecti vrbi, ad cuius officium pertinet ex conſtitutione Seueri, nec non ex reſcripto Antonini & Diui Adriani, vt mancipia tueatur, ne proſtituatur contra leges venditionis, *l. 1. §. hoc quoque, D. de offic. præf. vrb.* Exhibita ancilla præfecto vrbi ſi dubitatur de lege venditionis & libertate ex ea competente, præfectus vrbi cauſam remittet ad prætorem, qui ſolet de liberali cauſa cognoſcere, nec ipſe cognoſcet, *l. 1. hoc tit.* vt contra prætor quandoque remittit puniendos ad præfectum vrbi: quia non habet merum imperium, *l.* 1. §. *vlt. D. de ſuſpect. tutorib.* Igi- D tur hoc intereſt inter ſpeciem legis 1. & 2. quod dicta lege ne proſtituatur in l. 1. venditor ſibi excepit manus iniectionem, quam ſi remittat, ancilla fit libera ex conſtitutione Diui Adriani. In ſpecie *leg. 2.* eandem legem dixit, & adiecit vt proſtituta ancilla libera fieret, nec ſibi excepit manus iniectionem, vt in ſpecie *leg.* 1. Adrianus eſt auctor libertatis, eſt etiam veriſimile in ſpecie *leg. 2.* auctorem eundem fuiſſe eiuſdem libertatis. Laudatur tamen Veſpaſianus in *l. Diuus, D. de iure patron.* Videndum eſt an ſit error in nomine, vt in *l. 2. de ædificiis priuatis,* oſtendimus pro Adriano, laudari Veſpaſianum. Male enim accipiunt Accurſius & alij eam legem *Diuus.* Nam ea ita accipitur, vt ſi ancilla vænierit ea lege ne proſtituatur, & vt, ſi proſtituatur, fiat libera, vt competat ei libertas, ſi vel emptor alii eam E vendiderit, ſine hac conditione, etiamſi ſecundus emptor eam non proſtituerit, quod eſt iniquum. Rectius Græci 49. Baſilicon. *tit.* 1. adiiciunt, καὶ προ.σθῇ, id eſt, & proſtituatur a ſecundo emptore, hoc neceſſarium, vt fiat libera, & ex hac quidem cauſa facta libera venditorem patronum habet. Ex ea cauſa leg. 1. ſi fiat libera, eſt ſine patrono, *l. ſed ſi hac lege* §. 1. D. *de in ius vocando.*



AD TITVLVM LVII.

Si mancipium fuerit alienatum vt manumittatur vel contra.

Hoc titulo eſt alia pactio, quæ addi ſolet mancipiorum venditioni, puta vt manumittantur, vel ſimpliciter, vel intre diem certum. cui legi, ſi emptor non pareat, id eſt, ſi non manumittat, ipſo iure ſeruus liber fit ex conſtitutione Diui Marci, & Commodi ad Aufidium Victorinum, qui fuit vrbi præfectus, vt docet Capitol. & bis conſul. Indicat quoque lex 3. eam conſtitutionem fuiſſe ſcriptam in Semeſtribus. Sunt etiam multæ in libris noſtris conſtitutiones, quæ dicuntur ſcriptæ in Semeſtribus, & omnes ſunt Diui Marci: Semeſtria igitur appellati ſunt libri conſtitutionum Marci. Ea conſtitutio repræſentat factum emptoris manumiſſoris, id eſt, quod facere debet emptor, & conditions poteſtatem: & ideo pœnalis ſtipulatio non committitur, ſi qua legi ſit ſubdita, *l. vlt. hic.* vt ſi vænierit ea lege vt manumittatur, & ſi non manumitteretur venditor, pactus ſit ſibi pœnæ nomine centum dari. ſuperflua eſt ſtipulatio pœnalis, quandoquidem factum emptoris repræſentat conſtitutio, *l. vlt. hic.* quæ conſtitutio proprie pertinet ad ſeruos venditos ea lege vt manumittantur, non ad donatos, *l. qui Romæ* §, *Flauius*, D. *de verb. obligat.* Non pertinebat etiam ea conſtitutio ad negotium do vt facias, id eſt, do rem vel pecuniam, vt ſeruum tuum manumittas. Diximus in fine *tit. de condictione ob cauſam dati*, porrectam eſſe etiam eam conſtitutionem ad ſeruos donatos, *l.* 1. *hoc tit. l. pen. qui ſine manumiſſ. ad libert. peruen.* Igitur conſtitutioni locus eſt in venditore, & donatore. non tamen in donatore marito, quia hæc donatio dominium non mutat cum ſit contra ius ciuile: & ideo maritus, qui ſeruum vxori dat ea lege, vt manumittat, ſibi legem dicit, non vxori. Ideo ceſſat conſtitutio, cui tantum locus eſt, cum lex alteri dicitur, & ab eo cui lex dicta eſt negligitur nec impletur, *l. quod autem* §. *vxori, de donat. inter virum & vxor.* Porrecta eſt etiam ea conſtitutio ad negotium datæ pecuniæ, quaſi pro pretio, vt ſeruus manumittatur, *l.* 4. *hoc tit. l. Paul. reſpondit* §. 1. *de liber. cauſ.* Non tamen eſt porrecta ad ſeruum legatum ea lege, vt manumittatur, *l. ſi fundum ſub conditione* §. *Stichum*, *de legat.* 1. Rurſus huic conſtitutioni locus eſt, ſeu venditor ita dixerit in perſonam, vt ab emptore manumittatur, ſeu in rem, vt libera fiat cum erit annorum viginti, *l. 3. hoc tit.* ſeu contulerit libertatem in tempus mortis emptoris, *l. vlt. de ſeru. export.* Huic conſtitutioni locus non eſt, ſi ante diem libertati præſcriptum venditor mutauerit voluntatem. poſt pœnitentiam ceſſat conſtitutio. qui auctor eſt libertatis, ea locum nondum habente voluntatem mutare poteſt, & tum deficit conſtitutio, *l.* 1. *& vlt. hoc tit.* ſi venditor vel donator mutarit voluntatem, *l. 3.* D. *de ſeru. export.* Non obſtat lex *quæſitum*, *D. eod.* Breuiter ſic reſpondeo: Poſt pœnitentiam venditoris non competit libertas ex conſtitutione ipſo iure, competit tamen ex facto emptoris ſi forte velit manumittere; pœnitentia obſtat libertati, quæ fit ipſo iure, id eſt, ex conſtitutionibus ſupradictis, non liberalitati emptoris. Non obſtat lex 1. *qui ſine manumiſſ.* quæ lex ait in fine, competere libertatem, etiamſi venditor mutauerit voluntatem. Sed id eſt intelligendum ſecundum legis initium, poſt pœnitentiam competere libertatem, ſi deinde emptor & venditor deceſſerint ſine herede. competit libertas ipſo iure, quia nullius intereſt. Proponitur etiam in *l. pen. hoc tit.* cõtraria pactio ne manumittatur, quæ pactio efficit, ne

ne seruo manumisso ab emptore libertas competat, quia omnes pactiones quæ his titulis proponuntur hærent serui personæ. Ideo non exstinguuntur etiamsi seruus currat per plures emptores. Ita in primo genere pactionis quod supra exposuimus, seruus manumissus post exportationem si in locum prohibitum venerit, fit seruus fiscalis: quia hæ omnes pactiones hærent serui personæ. Igitur si conueniat, vt seruus non perducatur ad libertatem & subiiciatur pœnalis stipulatio, & deinde manumittatur ab emptore seruus, an dicemus committi pœnam? Minime, vt declarat l. vlt. quia ad libertatem non peruenit, cum obstet pactio, & maxime si emptor non dixerit in personam, vt ne manumittatur ab emptore, sed in rem, vt ne ad libertatem perducatur, quod lex *vlt.* ait, quoniam ita euenerat. Sed idem erit si id dictum sit in personam, vt ne ab emptore manumittatur & emptor manumiserit, quia non committetur pœna, & manumissio effectum non habet. In *l. vlt.* reprehenditur venditor duplici de causa, primum quod agebat de pœna quæ non intelligitur commissa, deinde quod apud procuratorem Cæsaris agebat qui non habet iurisdictionem inter priuatos, qui non potest se priuatorum contractibus immiscere. procurator Cæsaris iurisdictionem habet inter fiscum & priuatos, *l. ex consensu, ff. de appellat. l. 1. sup. de iurisd. omn. iudic. l. 5. sup. vbi causæ fiscal. & tit. si aduers. fisc.* nisi scilicet procurator Cæsaris vicem præsidis sustineat: tunc enim inter priuatos cognoscit, *d. l. ex consensu l. 3. sup. vbi causæ fiscal. l. 2. inf. de pœn. l. non valet, sup. ad leg. Fal. l. 1. de pedan. iud.* Igitur errabat venditor, qui agebat de pœna, & procuratorem Cæsaris iudicem eligebat.

AD TITVLVM LVIII.

De Ædilitiis actionibus.

Ædilitiæ actiones dantur emptori: & sunt duæ, redhibitoria & æstimatoria. Redhibitoria rescindit venditionem in totum, æstimatoria in partem. In actione redhibitoria quæritur an sit redhibitionis causa. redhibitio fit officio iudicis, omnia vtraque ex parte restituuntur in integrum: nam res redditur & restituitur pretium, *l. 43. §. pen. l. 60. D. de Ædil. edict.* In actione æstimatoria quæritur quanto minoris res valeat, & ex ea fit pretij restitutio in partem. vtraque autem actio competit duplici ex causa, ex reticentia venditoris, & ex dicto vel promisso: Ex reticentia, vt si venditor morbum aut vitium rei venditæ, quod latebat, quodq; emptor nesciebat, reticuerit: Ex dicto vel promisso illæ actiones competunt, vt si venditor dixit illum seruum furem non esse vel non fore, & fur sit, aut fiat: vel si dixerit literatum, vel artificem, & nec literatus nec artifex sit: quæ actio dicitur in libris nostris aduersus dictum promissumue, siue contra dictum promissumue, *l. quod venditor, ff. de dolo. l. 17. in fi. l. 38. §. non tantum, l. 47. & l. pen. ff. de ædil. edict.* Est autem electio emptoris vtra experiatur, redhibitoria, an æstimatoria, *l. 18. & 31. §. si plures, eod. tit.* Et redhibitoria quidem est agendum intra sex menses vtiles, æstimatoria intra annum vtilem exceptis duobus casibus, *l. 2. hoc tit.* Et si emptor tempore sit exclusus actione redhibitoria, superest ei æstimatoria, *l. si tamen §. non nocebit eod. tit.* At si alia ratione emptor exclusus sit actione redhibitoria, vel si egerit ea, & non obtinuerit, postea non aget æstimatoria. sic accipe *l. si is qui heres §. 1. de except. rei iudic.* Datur etiam actio redhibitoria nonnunquam ex conuentione, vt si fundus væneat eo pacto vt si displicuerit, inemptus fiat. si displicuerit, agetur redhibitoria. ex hoc edicto, *l. 4. hoc tit.* Quæ cum hanc venditionem dicit esse sub conditione, recte addit Ac-

Cod.

A cursius resolutiua, nam venditio est pura, sed sub conditione resoluitur, *l. 3. ff. de contrah. empt. & vendit.* Adiicit lex 4. eadem actione agi ex reticentia ob vitium fundi, vt si fundus fuerit pestilens, id est, pestibulas vel herbam læthiferam habens, sic habent constanter omnes libri scripti. Pestibulas videtur vocare serpentes pestiferos vel herbas: nam serpentes vel herbæ fundum pestiferum reddunt, *l. etiam, D. de ædilit. edic.* Notandum est quibus ex causis agi potest redhibitoria, ex empto etiam agi posse. Id ostendit lex *ex empto §. redhibitionem, de act. empt.* veluti ob morbum, aut vitium agetur ex empto. & ideo non tantum competit redhibitoria ex edicto Ædilium, sed etiam redhibitoria ex iure ciuili, id est, ex empto ob morbum & vitium latens aut dictum. Item ob conuentionem, *l. si conuenit, ff. de res-*
B *cind. vendit.* Potest etiam actio ex empto esse æstimatoria, *l. Iulianus, D. de act. empti.* Et generaliter, qui potest conueniri redhibitoria, vel æstimatoria ex edicto Ædilium curulium, ex eadem causa potest conueniri ex empto, *l. sciendum §. 1. D. ædilit. edic.* Ex eo quæritur, quorsum sint introductæ ædilitiæ actiones, cum sufficiat actio ex empto. male ab interpretibus hoc explicatur. qui habet ciuilem actionem, frustra desiderat honorariam, *l. 1. de Publiciana in rem act.* melior est ciuilis quam honoraria, *l. 1. D. de Pub. in rem act. l. si creditori ff. de legat. 1.* Actio ex empto est ciuilis, *l. 33. D. de ædil. edic.* Ædilitiæ actiones sunt honorariæ; & hæ quidem ædilitiæ actiones dicuntur esse ex contractu, *l. 23. §. si seruus, de ædil. edic.* Sicut actio ex empto est ex contractu; nusquam tamen ædilitiæ actiones appellan-
C tur ex empto, sed in factum, vt quæ dicitur actio redhibitoria in *l. 4. hoc tit.* In eadem specie dicitur actio in factum, *l. 31. §. si quid ita, de ædilit. edic.* Et actio ædilitia quæ competit emptori ex edicto ædilium ad pretium repetendum post redhibitionem rei factam agnoscenti & volenti venditori sine iudice, ea actio quæ est redhibitoria, in factum appellatur, *d. l. 31. §. in factum hoc tit.* Datur etiam venditori hæc actio, ad recipiendum quod venditioni rei accessit, vt si res sit redhibita, non accessio rei, *dicta l. 31. §. non restitui, d. l. 23. §. 1.* qua ex causa, constat, venditori etiam dari actionem ex vendito, *d. l. 23. in princ.* Ergo emptori etiam ex eadem causa non tantum dabitur actio in factum, sed etiam actio ex empto. Similiter, si venditor non præstet cautionem ædilitiam, ex hoc edicto est actio redhibitoria, vel quanti interest, *l. 28. eod.* est
D etiam eo nomine actio ex empto *l. 14. sup. de act. emp.* Quid igitur opus fuit ædilitiis actionibus, aut quid distant ab actionibus empti? nam aut superfluæ sunt, aut distent necesse est. Præcipua differentia inter eas actiones est, quod ædilitiæ videntur esse pœnales, *d. l. 23. §. si seruus, hoc tit.* Quia nisi pareatur arbitrio iudicis (sunt enim arbitrariæ) crescunt in duplum, *l. 45. eod. tit.* & ita pœnam continent, & ob id sunt temporales actiones: empti vero actiones sunt perpetuæ, id est, 30. annor. *l. empti, inf. de euict.* Non est probanda differentia Accursij inter actionem æstimatoriã ciuilem, id est, ex empto, & æstimatoriam ædilitiam, quasi scilicet ciuilis sit quanto minoris emisset, ædilitia quanto minoris valuisset. Nam seu dixeris *emisset*, seu *valuisset*, idem dixeris, vt nostri auctores loquutur promiscue, vt indicat
E *l. Iulianus §. si vend. & §. seq. de act. emp.* Nunc illud notandũ est, his omnib. actionib. locum esse ob vitia, quæ præcesserunt emptionem, non ob sequentia: vt si seruus venditus ab emptore fugerit apud venditorem ex vetere vitio: nam ex recenti vitio venditor non tenetur, nisi nominatim promiserit seruum fugitiuum non fore, *l. 3. hic, l. actioni, D. eod.* Igitur si seruus emptus redierit ad venditorẽ, videndum est vtrum veteri fugæ vitio, an recenti redierit: nam si veteri vitio, competit actio æstimatoria vel redhibitoria. si recenti, nulla competit actio, nisi aduersus dictum promissumue. emptori autem

qui agit ædilitiis actionibus, de fuga, sanitate, furto A incumbit probatio prioris vitij, *l. 4. D. de probat.* Sic vulgo accipitur *l. vlt. hic*, vt exhibere in ea re significet probare & docere. Quod approbarem si in alio loco verbum id ita sumi mihi constaret. malo exhibere accipere proprie pro præstare & restituere, vt & Græci accipiunt: nam certum est, emptorem qui agit redhibitoria ad pretium recipiendum, seruum reddere debere, & exhibere, vel cauere de eo exhibendo, §. *vlt. l. 21. de ædil. edict.* vt omnia in integrum restituantur si id agat, non æstimatoria. male etiam in *d. l. vlt.* Accursius, dum lex ait, agentem de fuga exhibere seruum debere, & hoc iure esse cautum tam in prouincialibus quam in Barbaris seruis, qui venditi sunt cælato vitio fugæ. Barbaros dicit (barbari sunt barbaræ gentis homines à nobis empti, non Romani) seruos nostros ab B hostibus captos, *l. 2. sup. de Eunuchis & l. vlt. de excusat. tut. Cod. Theod.* Postremo illud sciendum est, multum interesse vtrum sciens venditor aut scire debens, an ignorans vendiderit fugitiuum: nam si sciens vendiderit, non tantum reddit pretium, sed & omne damnum præstat, vt si quid seruus emptori per fugam abstulit, vel alios seruos emptoris corrupit, *l. quæro, in princ. de ædil. edict. Paulus 2. Sententiarum tit. 17.* Si ignorans fugitiuum vendiderit, vel si simpliciter, id est, bona fide, non ideo quidem non tenetur redhibitoria ob ignorantiam, *l. 1. §. causa D. eod.* Sed non præstabit omne damnum, & pretium reddet tantum. Argumentum est optimum ab actionibus empti ad ædilitias actiones, id est, a ciuili iure ad edictum, *l. 33. de ædil. edict.* in actionibus empti illa distinctio adhibetur, C *l. Iulianus de act. emp.* Ergo etiam adhibenda in ædilitiis actionibus. Male Accursius legem 1. *hoc tit.* accipit de ciuilibus actionibus, cum ædilitiæ actiones patiantur eandem distinctionem, & titulus id arguit, qui non est de actionibus empti. Ait lex, isque fugitiuus abest, id est, si seruus fugit emptori: nam vt agat de fuga necesse est vt fugerit. Verum emptor eum reddere debet, & cauere de eo persequendo.

AD TITVLVM LIX.

De Monopoliis & conuentu, &c.

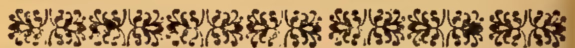
SEnatusconsultis iampridem interdicta Mo- D nopolia fuere. Plinius *lib. 8. cap. 37.* Suet. in Vitellio *cap. 30.* Vtimur voce Græca quia deest Latina, vt idem Suetonius in Tiberio *cap. 71.* scribit. Tiberium monopolium nominaturum postulasse veniam, quod sibi verbo peregrino vtendum esset. Monopolium autem est, si quis vndique collecto & coempto frumento in patria id solus vendat, vt de quodam Ioanne Zibo refert Procopius, *lib. 2. de bello Persic.* Item si quis quamlibet speciem aliam aut materiam collegerit omnem, eamque vendat solus, vel si a principe obtinuit vt sibi soli liceret certæ cuiusdam rei negotiationem exercere. vtile quidem videtur esse ciuitatibus vt liceat eis monopoliū exercere, ne pecunia egeant. *Arist. 1. Polit. cap. 7.* At E priuatis hoc interdicitur hac constitutione. & nominatim exprimitur, ne exerceant monopolium vestis cuiusquam, vel piscis, vel pectinum, Græci interpretantur hoc loco κτένες ἢ ἐχῖνοι. Echini sunt herinacei quorum cute expoliuntur vestes. Plinius supra dicto loco, qui valde ad hanc legem pertinet, *at*, inquit, *fraus ibi lucrum monopolio inuenit magnum.* Additur etiam in hac quæstione, ne negotiatores inter se coniurent & paciscantur, ne minoris merces quam inter se statuerint distrahant propositis summis pœnis. Adiicit etiam de artificibus & ergolabis, id est, operum redemptoribus, & de balneatoribus, ne etiam inter se coniurent & paciscantur, vt quod opus vnus incipit, alius non absoluat. Improbantur etiam hæ pactiones vtpote omnibus incommodæ, quod etiam Zeno repetit in constitutione Græca *de ædificiis priuatis.*



AD TITVLVM LX.

De Nundinis & mercatibus.

DE Nundinis hoc tantum notandum, nundinas Græcos vocare ἀτελείας, id est, vacationes sicut nos galli ferias. Et sane antiquitus nundinarum dies erant dies feriati, vt rustici possent conuenire vendendi & mercandi causa; erāt dies nefasti, vt scribit Festus, quibus non licebat agere apud prætorem ne perturbarentur nundinatores. Id sublatum est postea lege Hortensia, vt scribit Macrobius *lib. 1. Saturnaliū cap. 16.* Cōstitutione huius tituli, restituitur ius antiquū, vt scilicet non agatur cum eis qui veniunt nundinandi causa, item vt ne quid ab eis exigatur pro locis, in quibus disponunt merces ob venditionem proponendam: quam ob rem olim exigebantur malo more siliquæ quædam, Cassiodorus 4. *variarū* sed tolluntur hac constitut. Igitur, quod lex *1. §. de veter. lib. 12.* dat veteranis ne quid in nundinis præstent, hoc omnibus dat hæc constitutio. Et generaliter Imp. hic ait ne quid ex mercibus aut venalitiis nundinatorū decerpatur vel eorū quæstu. Habent *venalibus* omnes manuscripti, non venalitiis: quanquam vtrumque idem est. Separat merces a vænalibus, quia venales sunt serui, serui autem non sunt in merce: & vænalitij etiam dicuntur mangones proprie, non mercatores, *l. mercis, ff. de verb. signific. l. 1. §. 1. ff. de tribut. act.* & ideo recte separat merces a venalibus. non est omittendum venalitios interdum dici mangones ipsos, *l. vlt. de ædil. edic.* ex venalitio, inquit, Græci recte παρὰ σωματεμπόρου. Marcus Tullius pro Cornelio: multi venalitii mercatoresque superarunt. Sic Suetonius de claris Rhetoribus: *venalitij, quum Brundusii gregem venalium e naui educerent.*



AD TITVLVM LXI.

De Vectigalib. & commiss.

IN hoc titulo vectigalia accipiuntur proprie ea, quæ mercatores & venalitij seu mangones fisco aut Reipublicæ præstant pro subuectione mercium, aut venalium, *l. 6. & 7. hoc tit. l. 23. C. Theod. de nauicul.* veluti portoria, & quæ a Iustiniano appellantur ἐξαγωγικά, in edicto de Alexandrinis. Vnde Strabo lib. 17. duo facit genera vectigalium, εἰσαγωγικὰ mercium quæ importantur, & ἐξαγωγικὰ mercium quæ exportantur: fiscus tamen immunis est ab his vectigalibus, etiamsi merces vehat, & generaliter omnes res quæ ad fiscum deferuntur non pensitant in itinere vectigal, *l. 5. hoc tit. l. locatio §. pen. D. de public.* Pro rebus etiam non promercalibus, quæ quis ducit vsus sui causa, vectigalia non præstantur. Hoc onus est mercatorum & negotiatorum, *l. 5. hoc tit.* & in veteri inscriptione vrbis Romæ ita legitur. *Quidquid vsurarium inuehitur, ansarium non debet.* ansarium & fouencularium sunt appellationes vectigalium vrbis Romæ, vt in alia inscriptione vrbis Romæ antiqua, *fouencularij & ansarij promercalium.* At huic sententiæ obstat *l. vlt. §. quotiens, & §. diuus, de public.* Quæ lex ostendit vectigal etiam præstari pro seruis vsus sui causa ductis. Nam ait eum incidere in pœnā commissi, qui inuecta mancipia professus non fuerit

qua

apud publicanum, siue sint promercalia, seu vsuaria, si tamen nouitia sint, non veterana: nam pro veteranis vsus sui causa ductis, vectigal non præstari lex significat: vt nouitiorum vectigal præstari significat. Obstat ea lex superioribus, nisi dicamus pro nouitiis seruis, qui vsus causa ducuntur, vectigal præstari, non pro veteranis, aut pro cæteris rebus. Addendum etiam superioribus, nauicularios qui sibi negotiantur, id est, qui non vehunt alienas merces sed suas, vectigalia non præstare. Quod priuilegium eorum corpori tuendo est datum, *l. 6. in fine, hoc tit.* quæ l. sumpta est ex duobus locis. Cuius duo postremi versus sunt ex *l. 24. C. Theod. de nauic.* Reliqua verba sunt ex *l. 3. de immun. concess. Cod. Theod.* Cæteri omnes promercalium rerum siue venalium vectigal præstant, & non valent rescripta immunitatem certis personis concedentia. Dico, cęteri omnes seu sint, B milites seu pagani qui sibi negotiantur, *l. 7. hoc tit.* Quæ lex etiam hoc ostendit simul & *l. 8.* vectigal promercalium fuisse octauam partem inuectorum. quod diximus in *l. 2. sup. de eunuchis.* Legati etiam exterarum gentium missi ad Imperatorem Romanum vectigal præstant rerum quas important, non etiam rerum quas exportant ex constitutione Iustiniani, *l. 8. hoc tit.* Vectigalia autem hæc plerunque fisco inferuntur *l. 6. hoc tit.* seu quod idem est, largitionalibus titulis *l. pen. hoc ipso tit.* id est, thesauris sacris, seu ærario sacro, qui fiscus proprie dicitur. Ideo autem multæ hic sunt scriptæ constitutiones ad Comitem sacrarum largitionum, quia fisco hæc vectigalia deferebantur, quædam tamen vectigalia pertinebant ad rem priuatam Principis, *l. vlt. hoc tit.* Quædam vectigalia quibusdam ciuitatibus, & C earum curiis ad onera sustinenda & munera obeunda erant concessa, *l. 3. de comp. & s. l. 10. hoc tit.* Quin etiam ex *l. vlt. hic,* omnia vectigalia exceptis illis, quæ ad rem propriam priuatamque principis pertinent, communicantur inter fiscum & ciuitates, municipia, & curias, ita scilicet vt fiscus habeat duas partes, ciuitates tertiam partem. Itaque in locationibus vectigalium, fiscus locabit publicanis pro duabus partibus, ciuitas pro tertia parte separatim locationem faciet, vt etiam cauetur in ea l. vlt. eiusmodi locationes fiebant olim a Censoribus: Inde lex Censoria, id est lex locationis, quam Censor dixit locando publica, *l. in lege, D. de verb. significat.* Marcus Tullius de Prouinciis consularibus, *an qui publico fungi non potuit?* & cæt. Sic Plinius *lib. 33. cap. 4.* Et ex *d. l. in lege,* puto in *leg. Cæ-* D *sar. D. de public.* quæ est eiusdem auctoris Alpheni pro Cæsar fuisse scriptum Censor. Hodie huiusmodi locationes fiunt a procuratoribus fisci, vel *ex l. 10.* ab administratoribus rerum ad ciuitatem pertinentium, pro portionibus cuilibet competentibus, & sub hasta, & addicuntur ei qui plus obtulerit *l. 4. hoc ipso tit. l. locatio, in princ. D. de public.* Olim fiebant in quinquennium: nam & censura erat quinquennalis. quod ostendit. *Varro 4. de lingua latina, l. 3. §. cum quinquennium, D. de iure fisci.* Hodie hæ locationes fiunt in triennium ex *d. l. 4.* post triennium reuocantur & rursus fit licitatio, & mutantur publicani. Conductores vectigalium appellantur publicani & telonæ, a publico, *l. fideicommiss. § interdum, de legat. 3. l. 1. §. 1. l. 12. in fine, de publican.* Nam vecti- E galia sæpissime simpliciter dicuntur publica, & τέλη, quod sint perfectiones Imperiorum & rerum publicarum, Zonaras in Can. 20. Clement. τελῶναι sunt, inquit, qui publicorum vectigalium exactiones redimunt. Nam (vt & hoc tractemus) dicuntur illi publicani etiam redemptores, seu emptores, vt ait lex *veteres, D. de action. emp.* (quæ l. pertinet *ad titulum de publicanis,* vt inscriptio indicat) Veteres vsi sunt promiscue appellationibus emptionis, & venditionis, non quod acciperent venditionem pro emptione, vel contra, vel venditorem pro emptore, sed quod

A his apppellationibus vterentur in locatione & conductione. Igitur vtebantur promiscue & in contractu emptionis & in contractu locationis. Et hoc est quod dicit lex sequens *l. veteres,* quæ etiam pertinet ad titulum *de publican.* vt ostendit *l. 2. de publican.* in qua est eadem inscriptio, idem est, inquit lex, in locatione & conductione, quæ l. est interpretatio legis præcedentis. Id omnino confirmat Festus Pompeius: *venditiones,* inquit, *olim dicebantur Censorum locationes, quod veluti fructus public. locorum veniebant.* idem etiam explicat in verbo redēptores. *Hyginus 2. de limit. constit. Mancipibus ementibus, id est, conducentibus in annos centenos,* nam publicani dicuntur etiam mancipes, vt *l. 11. hoc tit.* Quod, vt Festus ait, manu sublata licitentur & demonstrent, se esse auctores redemptionis. In *l. 5. hoc tit.* Stationarios Græci enim interpretantur τελώνας. Eandem interpretationem adhibent in *l. 6. inf. de dignitat.* Verius tamen est, stationarios non esse publicanos, sed apparitores seu milites dispositos certis portis; quorum interuentu à mercatoribus exiguntur vectigalia: nam habebant publicani eiusmodi homines, quorum manu exigebant vectigalia. Illud sciendum est, mercatores debere profiteri merces apud publicanos, id est, explicare mercium qualitatem, & edicere palam quales merces inuehant, & pro eis vectigal soluere, id est, octauam mercium partem. Quod si professionem prætermiserint, & prætervecti fuerint omissa professione, vectigalia non soluerint, non sunt conquirendi, sed ipsi se debent offerre mancipibus, & profiteri merces, & patietur eos manceps impune prætervehi, Igitur si professionem omiserint, merces fisco committuntur vel mancipibus, vel reipublicæ; necessaria est mercium professio, nec sufficit præstatio vectigalium, quia pleræque merces sunt illicitæ, vt satis diximus *sup. tit. quæ res venire possunt.* vt sales: nam salium monopolium fiscus exercet, *l. 11. hoc tit.* Quia igitur multæ sunt merces illicitæ, eas oportet profiteri, & publicanus eas scrutari potest an sint licitæ necne. merces illicitæ fisco committuntur, merces licitæ improfessæ etiam fisco committuntur. Varro *2. de re rustica, cap. 1. ad publicanum profitentur, &c.* Significat etiam pecora inscripta fisco committi .i. quæ immittuntur in pascua publica, non scripta, nec professa; merces autem licitæ professæ fisco non cōmittuntur, etiamsi vectigal earū nondum sit solutū, sed vectigal exigitur, *l. vlt. §. si quis profess. D. de public.* Ob vectigal non solutum cōmissum non fit siue κλεπτοτελώνημα, quod scilicet commissum fiat sæpe ob suppressas merces euitandi vectigalis causa, vel quod subripiatur pulicanis, vt *l. 8. §. vlt. de publican.* A pœna commissi milites excipiuntur, nam ij ob professionem omissam non incidunt in commissum, si modo postea vectigal soluant, *l. 3. hoc ipso tit.* Idem datur pupillis, si modo vectigal soluant intra diem tricesimum, & errorem agnoscant, *l. Imperatores §. vlt. de public.* Subuenitur etiam ex causa minoribus, *l. si ex causa §. pen. D. de minor.* Interdum etiam maiores commisso liberantur, ob errorem iustissimum, *l. vlt. §. cum quidam, D. de public.* Notandum etiam hoc est, hanc quæstionem commissi finiri quinquennio, *l. 2. hoc tit.* Commissas merces ob omissam professionem fiscus post quinquennium non recte vindicat, interdum etiam ante quinquennium fiscus vtiliter de commisso non agit, si res commissa non extat, nec dolo malo supprimatur, *d. l. 2.* vt si seruus commissus fisco bona fide sit manumissus ante litem commissi motam, *l. 1. hoc tit.* non reuocabitur libertas, nec quæretur causa commissi re extincta. manumissio morti comparatur. ita est coniungenda l. 1. cum l. 2. Non est omittenda lex 9. in qua multa sunt corrupta. ea lex loquitur de vectigali Arabarchiæ, per Ægyptum atque Augustaneam, lege, *Augustanicam* seu *Augustam vicum,* In eo nomine est etiam error in inscriptione *legis 34. Codice Theodos. de decurionibus,* vbi est

legendum, ad *præsidem Augustanicæ*. Diœcesis Ægypti A habet sex prouincias, vt docet Marianus in notitia. prima est Lybia superior, secunda inferior Lybia, tertia Thebaïs, quarta Arcadia, & duæ aliæ quæ ponuntur in hac l. 9. Ægyptus & Augustanica. Legendum etiam in l. 9. Alabarchiæ, non Arabarchiæ. Idem error est in 2. ad Atticum. Et in Satyra 1. Iuuenalis, legendum Alabarches vt in Iustiniani edicto 11. προεστῶτες ἀλαβαρχίων. Sic etiam Iosephus *lib.* 18. meminit Alexandri cuiusdam Alabarchæ, & libro 20. Hic igitur legendum, *Alabarchia*. Legendum etiam in *l.* 9. quo loco est *prohibitio nec sine præbitione*. Lex ait, ne animalia transducantur sine præbitione solita, id est, sine vectigalis soliti solutione, id est, sine vectigali Alabarchiæ, ne quid ex eo vectigali vsurpetur. Ex quo apparet vectigal Alabarchiæ esse id, quod præstatur pro transductione pecorum, vel ceterarum rerum. Alaba est scriptura seu B atramentum quo scribimus, vt ait Fauorinus. Sic latine dicitur vectigalium scriptura, Græce ἀλαβα, & qui præest vectigali magister scripturæ, seu Alabarches. Qua ratione Marcus Tullius, Antonium Alabarchem vocat in loco supradicto. quod multa vectigalia in Ægypto exegisset, essetque quasi præpositus vectigalium, non quod Arabiæ partem obtinuisset, vt vulgo existimatur.

AD TITVLVM LXII.

Vectigalia noua institui non posse.

LEge Iulia de ambitu tenentur qui noua vectigalia instituunt, *l. vni. D. ad leg. Iul. de amb.* lege Iulia de vi publica tenentur qui noua vectigalia exigunt, *l. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* Noua vectigalia decreto Decurionum exigi non possunt, *l. 2. hoc tit.* nec præsidis auctoritate vel procuratoris Cæsaris potestate, *l. vectigalia, D. de publican.* Solus princeps noua vectigalia imponere potest. *l. 1. & 3. hoc tit.* Quod exactum est illicite nomine vectigalis, id restituitur in duplum ex edicto de publicanis, cum qua actione concurrit actio furti, vel vi bonorum raptorum si per vim id fecerit publicanus, vel Aquiliæ, quæ actiones sunt strictæ. actio in factum ex edicto de calumniatoribus est arbitraria, quia non D crescit in duplum nisi cum non paretur arbitrio iudicis, exacta restitui iubentis, quæ actio hoc etiam habet proprium, vt ob factum seruorum in dominos detur, detracta noxæ deditione, si serui non exhibeantur, *l. 1. §. vlt. D. de public.* Quod in aliis actionibus locum non habet, nam aliæ actiones sunt noxales in dominos, factum seruorum in dominos. Amplius etiam publicani qui nouum vectigal exegerunt, aut quid superexegerunt, in perpetuum damnantur exilium, *l. vlt. hoc tit.* Et vt ait, alii in eorum locum substituuntur facta licitatione sub conspectu præfecti prætorio, & addictione facta vectigalium, quæ *lex vltima* scripta est ad præfectum prætorio, nisi inscriptio mendosa est, in quo subsisto, cum lex dicat grauitati tuæ, quomodo loqui E solent Impp. præsidibus vel procuratoribus suis, non præfectis prætorio. Et sufficere videtur præsidis præsentia in hac licitatione. Et sic Græci hanc l. accipiunt de præside, non de præfecto prætorio, ἐπ' ὄψεσι τοῦ ἄρχοντος, non τοῦ ἐπάρχου. ἄρχοντας semper vocant præsides. Ad hanc legem addenda est lex 8. D. *de public.* Lex ait, commissi persecutionem in heredem mercatoris transire & transmitti, vt si viuo mercatori merces sint commissæ, eo defuncto fiscus ab eius herede merces commissas repetet, & eas persequetur rei vindicatione quasi iam commissas, quod ostendit lex 14. *eod.* Subiicit postea l. 8. si vnus ex pluribus heredibus mercatoris rem communem causa vectigalis surripuerit, cæteros non teneri, cæteris portionem non auferri. & eum solum qui subripuit fisco teneri. quærunt quid sit causa vectigalis subripere. Male: nam illa verba causa vectigalis aptanda sunt verbo præcedenti non sequenti: præcedens verbum corruptum est: nam pro *rem communem*, legendum, *rem munem*, vt Floren. Pand. recte habent, vt rem immunem dicimus, ita & munem .i. vectigalibus obnoxiam, fisco commissam. Festus Pompeius: munis, id est, officiosus, vnde e contrario immunis, id est, inofficiosus. Itaque sententia legis est: si rem munem & fisco iam commissam causa vectigalis, vnus ex heredibus subripuerit, cum illo solo fiscus aget cæteri exonerabuntur. Græci corrupte etiam illo loco legunt, rem commuuem τὸ κοινὸν κλεπτοτελωνῆσαι πρᾶγμα: nam res non dicitur subripi, dum vectigal subripitur, sed vectigal ipsum, κλεπτοτελώνημα.

AD TITVLVM LXIII.

De commerciis & mercatoribus.


LEx prima huius tituli est accipienda de lustralis auri collatione, vt indicat *l. 5. Cod. Theod. de lustralis auri collatione*, quæ collatio 4. quoque anno præstatur, id est, singulo lustro, & est onus negotiatorum & mercatorum, & ob id dicitur aurũ negotiat. & mercatorũ, & a Lampridio in C Alex. dicitur etiam χρυσάργυρον *aurum argentum*. Ita appellatur ab Euagrio & Zonara in Anastasio, qui etiam narrat Anastasium sustulisse χρυσάργυρον: Anastasij duæ leges desiderantur lib. 11. Cod. tit. 1. qui est *de lustralis auri collatione*. Secundus titulus est *de naucul.* constituitur etiam in hac l. 1. vt negotiatores qui pertinent ad domum principis, veluti conductores diuinarũ ædium, & homines potentiorum, vt etiam hanc functionem aurariam agnoscant. Pertinebat etiam ad hanc collationem *l. 1. sup. de Episcop. audient.* Sed ea lex a Triboniano ita est composita & concinnata, vt non possit nunc referri ad aurariam negotiatorum functionem, & hoc tantum dicat simpliciter, Christianos, scilicet, Episcopos, curare debere & cauere, ne negotiatores in mercando modum excedant, etiamsi illi negotiatores pertineant ad domum principis, veluti si sint conductores ædium diuinarum & sacrarum. Quidam male accipit hanc legem de certis quibusdam negotiatoribus præpositis a principe, veluti sali vendendo, cum ea lex generaliter loquatur de quibusdam. Et quod ait, *si ad domum principis pertineat*, auget, id est, etsi, vt hac *l. 1.* ostenditur. Si rebus quibusdam principis præsit, ad eum hoc casu id pertinet.

Ad l. II.

L. 2. Non solum Barbaris aurum minime præbeatur, sed [etiam] si apud eos inuentum fuerit, subtili auferatur ingenio. Sed si vlterius aurum pro mancipiis vel quibuscunque speciebus ad Barbaricum fuerit translatum a mercatoribus, non iam damnis, sed suppliciis subiugentur. Et si iudex repertum non vindicat: tegere vt conscius criminosa festinat.

LEx secunda constituit, ne a negotiatoribus, qui a barbaris, id est, hostibus & exteris, veluti Persis emunt mancipia, vel alias species, aurum Barbaris præbeatur: vt pretia rerum soluant in argento, vel in ære, non in auro, ne transferatur aurum ad solum Barbaricum, ne etiam equi militares, de equis est *l. officium §. 1. inf. de re militari.*

Ad legem III.

L. 3. Nobiliores natalibus & honorum luce conspicuos & patrimonio ditiores, perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeios & negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.

HÆc lex tertia constituit, nobiliores natalibus & honoratos & ditiores patrimonio, id est, possessionibus & prædiis non posse negotiationem exercere, non quod omnino mercatura res omnino vilis sit, maxime si copiosa, sed quod plebi non tam facile sit cum ditioribus commercium, quam cum tenuioribus, & solitis negotiatoribus. Id igitur constituitur in plebis gratiam, ut sint faciliora commercia. Itaque distinguendi sunt negotiatores ab his, qui patrimonio ditiores, vel honoribus clariores sunt: itemque a militibus: nam negotiatores dignitatem, vel militiam consequi non possunt, exceptis argentariis, *l. 1. inf. negotiat. ne milit.* Sidonius Apollin. epistol. 1. 8. dum ostendit rerum omnium vices perturbari, inquit, *negotiatores militant, milites negotiantur*. Eadem lex 1. adiicit ut milites qui negotiantur militia priuentur. Ex constitutione Francisci primi regis milites negotiantes militiæ priuilegium amittunt. beneficio tamen principis militare licet & negotiari *l. 1. sup. in quib. caus. milites fori præscript. uti non poss.* si modo in ea legatur, *mercandi & militandi.*

B

Ad legem IV.

Lex 4. Mercatores tam imperio nostro quam Persarum regi subiectos, ultra ea loca, in quibus fœderis tempore cum memorata natione nobis conuenit, nundinas exercere minime oportet, ne alieni regni (quod non conuenit) scrutentur arcana. Nullus igitur post hac imperio nostro subiectus, ultra Nisibin, Callinicum, & Artaxatan emendi seu vendendi species causa proficisci audeat. Nec præter memoratas ciuitates cum Persa merces existimet commutandas, &c.

LEx quarta præscribit Romanis & Barbaris .i. Persis cum quibus eo tempore res erat Romanis, certos fines & certas ciuitates, ultra quas eis non liceat inuicem emere quid aut vendere, alioqui merces & earum pretium fisco committuntur. ut de sale constitutum est in *l. 11. sup. de vectig.* Et Romani negotiatores qui hos fines sunt transgressi in perpetuum exilium damnantur, *l. 4. hoc tit. & l. ult. hic.* In qua l. quod additur de comite commerciorum exposuimus *sup. in tit. quæ res venire non possunt.* Excipiuntur autem l. 4. legati Persarum & eorum comites, quibus licet negotiari ultra hos fines, ita tamen ut pro rebus quas comparant, vectigal præstetur *l. a legatis, sup. de vectigalib.* nominat lex 4. tres urbes, Nisibin, quam constat Iouianum reddidisse Persis, Callinicum, de qua Procopius in secunda parte de ædificiis Iustiniani, & Artaxatam ciuitatem Armeniæ, ut Stephanus dicit, & narrat in illis ciuitatibus, a Theodosio Imp. ictum fuisse fœdus cum Persis. Scripta est constitutio ad Anthemium præfectum prætorio, qui etiam eo tempore cunctam rempubl. administrabat ut scribit *Socrat. lib. 7. in principio.*

Ad legem penultimam.

L. pen. Cessante omni ambitione, omni licentia, 563. collegiatorum numerus maneat, nullique his addendi, mutandiue, vel in defuncti locum substituendi pateat copia, ita ut iudicio tuæ sedis, sub ipsorum præsentia corporatorum, in eorum locum, quos humani subtraxerint casus, ex eodem, quo illi fuerant, corpore subrogentur, nulli alii

A *corporatorum præter dictum numerum per patrocinia immunitate concessa.*

COniunge legem penultimam cum *l. 4. sup. de sacrosanct. Eccles.* cuius inscriptio ex hac l. restituenda est. l. illa 4. definit numerum decanorum in urbe Constantinopolitana, ut sint 950. Decani deputati Ecclesiæ maiori Constantinopoleos, qui dicuntur etiam lecticarii & copiatæ, & vespillones, *Nouella 43. & 59. l. si qua, sup. de Episc. & cleric. l. 15. Cod. Theodos. eod. tit. l. 1. C. Theod. de lustralis auri colla.* Ita definiuntur ab Epiphanio in fine libri tertij aduersus hæreses, οἱ τὰ σώματα περιστέλλοντες τῶν κοιμωμένων: id est, *qui dormientium corpora humant.* Humabant enim ex constitutione Constantini, ex qua hi vespillones sumebantur ex diuersis negotiatorum corporibus. Eis etiam deputatæ erant certæ officinæ & Ecclesiæ, cui erant deputati. & illæ officinæ erant immunes ab omnibus aliis oneribus, itemque ipsi decani officinatores. Postea earum tabernarum numerum auxit Anastasius, ut essent 1100. numero, quarum vectigal tantum ad Ecclesiam veniret, & impenderetur exequiis defunctorum, *ex Nou. 43. & ex Nouella Leonis 12.* Id etiam hodie manet Constantinopoli. Hæc autem lex penultima præscribit numerum collegiatorum, qui etiam dicuntur συστηματικοί. Collegiati sunt hoc loco, ut est scriptum in antiqua descriptione Constantinopoleos, qui ex diuersis corporibus constituti solerent incendiorum casibus subuenire. Ideo in epistola Symmachi ad Valentinianum hos puto significari dum per alios fortuita arceantur incen-

C dia. Hi sumebantur, ut diximus, ex diuersis corporibus, id est, ex diuersis partibus prouinciarum, ut indicat lex pen. quæ præscribit ut sint quingenti sexaginta sex. Et ut in defunctorum locum alii substituantur, qui sint ex eodem corpore, quo defuncti fuerunt. id etiam significat lex 1. *inf. de colleg.* dum ait, eos eligi debere priuatim iudicio cuiusque corporis: nam hi etiam erant immunes ob operam quam Reipublicæ præstabant ad arcenda incendia, & erant ex negotiatorum corporibus, ut lex pen. indicat, immunes tamen intra eum numerum, ut indicat græca interpretatio. Alias etiam operas præstabant reipublicæ pro ratione imminentis necessitatis, ut Nouella Maioriani *de curialibus*, ostendit collegiatos aliarum ciuitatum pro curialium dispositione alternis vicibus operas præstare, & sibi inuicem

D succedere mutuis operis.

AD TITULUM LXIV.

De rerum permutatione, & præscriptis verbis actione.

POst tractatum *de empt. & vendit.* datur hic titulus *de rerum permutatione*, quæ vicina est emptioni & venditioni, *l. 2. hoc tit.* Deinde datur titulus de *locato & conducto*, qui etiam affinis emptioni venditioni *l. 2. D. de loc.* Ad extremum datur titulus *de emphyteusi*, quæ

E est etiam proxima locationi conductioni, vel emptioni venditioni, §. *adeo, Institut. loc.* Hic titulus est etiam de actione præscriptis verbis, non tamen de omni actione præscriptis verbis, sed de ea tantum, quæ ex permutatione competit, non de æstimatoria, vel actione præscriptis verbis: quæ datur ex negotio do ut facias, vel facio ut facias, de quibus tractatur *D. tit. de præscript. verb.* Hic igitur titulus est tantum de actione præscriptis verbis, quæ datur ex permutatione. Differentia autem inter permutationem & emptionem hæc est, quod emptio fit pretio, permutatio rebus, *l. pen. hoc tit.* quæ ait emptionem rebus non fieri pridem placuit: Nam olim hac de re fuit inter Proculianos, & Sabinianos disputatio. Sed obtinuit sententia Proculianorum

ſeparantium permutationem ab emptione, *l. 1. D. de contrah. empt. & vend.* Item emptio ex nudo conſenſu initium obligationi præbet, quia hic contractus ſuo proprio & legitimo ſignatus eſt nomine, & ideo ex nudo conſenſu parit actionem ex empto & vendito. Permutatio autem non ex nudo conſenſu, ſed ex re tradita initium obligationi præbet, quia huius contractus nomen legitimum non eſt *l. 1. §. item empt. D. de rer. permut. l. 3. hoc tit.* Permutatio igitur eſt contractus innominatus, & idem prorſus quod ſpecies quæ dicitur do vt des quod confirmat aperte *l. naturalis §. 1. D. de præſc. verb.* Nam tactans Iuriſconſultus de articulo do vt des, & dicens emptionem non eſſe, ait, quia non placet rerum permutationem eſſe emptionem. Itaque male Accurſ. putat, eo differe permutationem do vt des, quo ſpeciem a genere: & articulum do vt des, multo plura continere. hoc eſt falſum, quia omnes ſpecies huius tituli ſunt permutationum ſpecies. vt titulus indicio eſt. Hoc ſi verum eſt, falſa eſt Accurſii traditio: nam variæ ſpecies dantur, vt frumenti cum oleo permutatio, vel fundi cum fundo, vel fundi cum præſtatione annua vel menſtrua, quam poſtremam ſpeciem negat Accurſ. eſſe permutationem. titulus arguit eſſe permutationem. igitur cum vtrinque interuenit datio, permutatio eſt. Igitur ſi conuenerit inter nos nudo pacto vt veſtes inuicem permutemus, nuda pactio eſt, ex qua obligatio non naſcitur vel actio. Si pacto ſubdatur ſtipulatio, tunc naſcitur actio ex ſtipulatu: ſi ſequatur traditio, vt ſi veſtem meam tradidero, etiamſi nondum tuam tradideris, tunc eſt contractus permutationis, quia res non conſtitit ſine pacti nudi, ſed ego iam cœpi dare. ex eo contractu eſt actio præſcriptis verbis, ſiue in factum. Competit etiam condictio ob rem dati. Præſcriptis verbis actio datur in id, quod intereſt viciſſim mihi dari, quod conuenit ab eo qui iam à me accepit rem meam, *l. 4. 6. & vlt. hoc tit.* Condictio autem ob rem dati mihi datur ſi maluero rem quam dedi repetere, nec velim repoſcere quod viciſſim mihi debetur *l. 5. & pen. h. t.* In lege quinta eſt legendum, vt Haloander, *condictionis ratione*: non conditionis ratione. nam & condictio a Græcis dicitur λόγος κονδικτίκιος. ſic dicimus exceptionis ratione, id eſt, iure, in *l. hereditas, D. de pet. hered.* vt ſcriptum eſt in Pandect. Florent. hoc modo, ratione doli exceptione, legendum, doli exceptionis ratione, vt in *l. vnum ex familia §. ſed ſi vno, & l. peto §. vlt. D. de l. 2.* Ergo duplex eſt actio. ego qui cæpi dare eligam qua vti malim, nimirum condictione ob rem dati re non ſecuta, vel præſcriptis verbis actione, vt ſi ego dedi, tu non dederis. idem eſt ſi ex vtraque parte impleta ſit permutatio, vt ſi ego tibi rem meam dedi, tu mihi tuam, & mihi euincatur res quam dediſti, hoc caſu agam de euictione actione præſcriptis verbis, vel condicam rem quam dedi prout elegero, *l. 1. h. t. l. 1. §. vnde videtur D. eod. l. ſi permutationis* ❡ *de euict.* Interdum competit tantum actio præſcriptis verbis ex permutatione, non condictio ob rem dati, re non ſecuta, vt in hac ſpecie propoſita in *l. 1. h. tit.* Si cum vænalem fundum haberem, de certo pretio inter nos non ſit conſtitutum, ſed tu prerij nomine, licet incerti, alium fundum mihi dederis, non eſt emptio, quia non eſt certum pretium, nec interuenerunt nummi, aut conuentio de certo pretio, ſed eſt permutatio, ex qua competit actio præſcriptis verbis, vel vt ait lex 1. actio ad exemplum & inſtar actionis ex empto; id eſt, actio in factum præſcriptis verbis: Nam omnes actiones præſcriptis verbis ſunt ad exemplum ciuilium actionum vel ex empto, vel locato vel mandato, vel ex aliis huiuſmodi. Igitur ex ea eſt actio præſcriptis verbis in id quod intereſt, ſi fundus mihi datus euincatur. Condictio ob rem dati re non ſecuta in hac ſpecie non competit, quia hoc negotium eſt ſimilius emptioni, quam vllum aliud genus permutationis, quia rem venalem habui, & aliā rem pretii licet incerti nomine accepi. Ideo id videtur actum vt non repetatur res, vt non reſoluatur quaſi venditio hæc ob euictionem, vt non condicatur datum, quia hoc non ſolet fieri in emptione & venditione, ſed id agi videtur vt agatur tantum de euictione. Itaque euicto mihi fundo dato, eſt de euictione actio præſcriptis verbis, non condictio ob rem dati re non ſecuta. Interdum etiam eſt condictio tantum ob rem dati, non præſcriptis verbis, quoties ſcilicet imperfecta eſt permutatio, vt ſi cum conueniſſet inter nos, vt res noſtras inuicem permutaremus, ergo rem dedi alienam quæ videbatur mea, tu nildum tradidiſti: imperfecta eſt permutatio, perinde ac ſi nihil dediſſe, quia rē alienam dedi. Et hoc eſt quod Pedius dicebat, rem alienā dantem nullam contrahere permutationem: ſi nulla eſt permutatio re aliena data, nulla etiam erit actio præſcriptis verbis ex permutatione, ſed tantum erit condictio ob rem dati. 1. datæ poſſeſſionis rei alienæ, atque ita proponitur in *l. 1. §. vlt. ff. de rer. permut.* Negat eſſe præſcriptis verbis actionem. Et Accurſius male accipit non, pro non tantum, quia cum dixerit nullam eſſe permutationem re aliena data, conſequens eſt etiam nullam eſſe actionem præſcriptis verbis, ſed eſt condictio dati, quia hæc condictio non eſt ex contractu, ſed ex bono & æquo, *l. in ſumma, D. de condict. indeb.* Eſt autem æquum & bonum vt rei alienæ poſſeſſionem quam tibi dedi mihi reddas re non ſecuta. Sic in ſpecie *l. vlt. de condict. cauſ. dat cauſ. non ſec. D.* eſt tantum condictio ob rem dati, non actio præſcriptis verbis, cuius hæc eſt ſpecies: Dedi tibi pecuniam vt mihi Stichum dares. non emptio, quia in emptione res debet tradi, non dari, *l. ex empto, D. de act. empt. l. 1. D. de rer. perm.* Non eſt etiam permutatio, quia permutatio fit ſine pretio. Igitur ſi Stichum non das, & dederim pecuniam, nec mihi competit actio ex empto nec præſcriptis verbis. Sed quia æquum eſt vt pecunia mea quæ ad te ſine cauſa peruenit, mihi reddatur, condictio datæ pecuniæ ob rem, re non ſecuta, competit. Et hæc quidem ſola ex æquo & bono, & nulla alia, vt ait l. vlt. oblig. conſtituitur quam hæc ex bono & æquo. In aliis omnibus permutato eſt ſimilis emptioni, vtraque eſt bonæ fidei *l. 2. hoc tit.* In vtraque locus eſt ædilitiis actionibus, de ſanitate, de fuga, de furtis *l. 2. D. de rer. permut. l. ſciendum §. pen. D. de ædilit. edict.* In vtraque præſtatur euictio, diuerſis tamen actionibus: & vt veteres promiſcue vtebantur emptionis & venditionis verbo, etiam in locatione & conductione: nam conductorem vocabant emptorem, locatorem venditorem, mancipem emptorem: ita in permutatione vtebantur verbis emendi & vendendi *l. 1. D. de rer. permut.* vt Homerus πρίατο, id eſt, *emebat*, Plinius *lib. 33. cap. 1. Alios*, inquit, *coriis boum, alios ferro, captiuiſque rebus emptitaſſe.* Veteres libri habent, *mutaſſe.* veteres capiebant emere pro accipere & ſumere, vt Feſtus ait.

AD TITVLVM LXV.

De locato & conducto.


Vod primum hoc tit. proponitur eſt de locatione horreorum. Locator horreorum cuſtodiam omnimodo præſtat, rerum ſcilicet in horreis depoſitarum: Nam rebus furto ablatis, locator conductori ſiue horreario tenetur: leuiſſimam enim culpam præſtat, *l. qui mercedem, D. eod. tit.* Horreis autem effractis, & expilatis, locator cuſtodiam non præſtat, neque tenetur horreario, id eſt, conductori horreorum, niſi ſpecialiter

specialiter custodiam repromiserit ac receperit. De servis tamen custodiæ horreorum præpositis quæstio haberi potest propter notitiam ædificiorum: Itaque dominus eos debet exhibere torquendos siue puniendos, *l. dominus, D. eod. l. 4. hoc tit.* Nam effractis ædibus vel horreis interdum custodes puniuntur. Effractores quidem puniuntur in vrbe a præfecto vigilum, *l. 3. §. effractura, de offic. praef. vigil.* Verum cum res exigit maiorem animaduersionem, a præfecto vigilum veniunt ad præfectum vrbi, & ita in eo §. scribitur Antonnium rescripsisse Erutio Claro qui fuit præfectus vrbi. Gellius lib. 13. c. 16. Nam præfectus vigilum merum imperium non habuit, d. *l. 3. §. 1. & l. vlt. eod.* Sic in prouinciis cum res exigebat maiorem animaduersionem, noxii remittebantur a præside prouinciæ ad præfectum Prætorio, *l. 4.* Ex qua colligitur præsidem prouinciæ maiorem animaduersionem non habuisse, nec in omnibus casibus animaduertendi aut coercendi ius illi fuisse. Sicuti ex *l. si quid erit, de officio Procons.* dum dicitur de re exigente maiorem animaduersionem, legatum Proconsulis remittere ad Proconsulem, ex eo colligicolligitur, legatum non habere maiorem animaduernem siue merum imperium, vel non in omnes. Eodem pertinet lex *2. de officio rect. prouin.* Verum locator horreorum damnum effracturæ non præstat, nisi custodiam nominatim receperit, diligentissima custodia effracturam cauere potuit. Vim etiam maiorem & diuinam, siue iram diuinam, quæ ex cœlo venit, multo minus præstat, etsi custodiam repromiserit, quia aduersus illam custodia nihil potuit, *l. si ea res, D. de act. empt.* nisi nominatim casum fortuitum repromiserit. Fortuitus casus est, cui non potest resisti, qui præcaueri non potest, vt incendium, procella, impressio hostium, tempestas: furtum non est casus fortuitus, item neque effractura horreorum: similiter in vino acor, mucor non sunt casus fortuiti. Idem seruatur in deposito interueniente mercede: Nam hoc negotium cum quis res alienas suscepit custodiendas, alias est locatio & conductio: Depositum est, si non merces interuenerit, sed honor duntaxat & officium sine remuneratione Locatio est & conductio, si interueniat merces annua pro custodia. huius mercedis variæ sunt appellationes: Nam interdum merces dicitur, aliquando pretium, reditus, redactus, canon, pensio, vectigal, emphyteuma, μίσθωμα, ἐνοίκιον, in Nouell. Siue autem sit depositum, siue locatio, locator vel depositarius periculum custodiæ præstat, sed non omne: Nam effracturam non præstat, nisi conuenerit, quia ea proxime accedit ad casum maiorem, *l. cum in plures §. vlt. D. hoc tit.* Cuius §. species hæc est: Horrearius, siue conductor, horrea alij locauit, quod est ablocare, idque licet, nisi aliud conuenerit, *l. 6. hoc tit.* Igitur conductor horreorum horrea alij ablocauit, & custodiam recepit. Hanc ipse præstabit conductori suo, non locator horreario: & ideo effractis horreis, horrearius conductori suo tenebitur, qui locus est singularis. primus locator nisi ex conuentione non tenetur, nec effracturam etiam præstat. Secundo hoc titulo proponitur, locationem conductionem esse contractum bonæ fidei, & ideo in actionem ex conducto venire mercedem & vsuras ex mora, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis, *l. 2. h. t.* Adde & in actionem ex locato venire vsuras ex mora: Nam merces petitur alias ex locato actione, alias actione ex conducto, & e diuerso, res siue vsus rei alias petitur actione ex locato, alias ex conducto: & in eam venit id quod interest, non vsura: At in eam actionem, qua merces petitur siue sit ex locato, siue ex conducto vsuræ veniunt ex mora. actione ex conducto petitur merces, si faber domum exstruendam acceperit: conductor enim appellatur, actione ex locato petitur merces, si quis domum suam habitandam locauerit, tunc enim qui mercedem accepit locator appellatur. ergo ob mercedem non solutam vsuræ currunt ex mora. Quæritur autem si hoc malit locator v. c. ob non solutam mercedem ædium conductarum ædium conductorem expellere. & lex 3. significat posse expellere & eiicere. Id comprobat lex 10. §. *vltim. D. de publican.* exspectandum est biennium, vt possit expelli conductor, *l. quæro §. inter. l. cum domini, ff. eod. §. inter* species hæc est. Conuenit inter locatorem & conductorem, ne conductor eiiceretur intra tempora locations. hæc cōuentio ita accipienda est, si modo soluat pensiones. quod si biennio cessauerit, non obstante conditione poterit expelli. illa definitio biennii est vulgaris, lege quadam introducta: & ideo siue illa pactio interuenit siue non, conductoris eiectio non est ante biennium, post biennii cessationem eiicitur conductor. Quinimo vt ait *d. lex cum domini*, res eius & vasa omnia describi possunt a publicis personis, locatore id desiderante. In eiusmodi igitur re semper biennii tempus exspectari debet. Emphiteuticarius exspectatur triennium antequam commisso sit locus *l. 2. tit. seq.* quia est quasi dominus. Imo in causa fisci, id est fundo fiscali dato in emphyteusim commisso, non est locus *l. 4. inf. de fund. patr. l. 2. de fun. rei priu.* Moribus nostris non aufertur res in emphyteusim locata etiam postquam triennio annuum canonem non intulit, nisi ex condemnatione & sententia iudicis. Conductor etiam ob alias causas exigi potest quamuis pensionibus pareat, veluti si locator ædium idemque dominus probauerit domum suam propriis vsibus esse necessariam ac se hospitio carere, quo iure vtimur *d. l. 3.* Tunc debet conductor domino locum cedere. Item si velit dominus domum corrigere, ἐπισκευάσαι, id est, *instaurare* aut *reficere*: verum facta refectione, rursus conductori habitare licebit; attamen interea debet cedere: Nam si inquilinus dominum ædes reficere volentem prohibeat, domino competet interdictum vti possidetis aduersus inquilinum, quia videtur ita inquilinus domino possessionis suæ controuersiam facere, eumque sua possessione interuertere, *l. si duo §. cum inquilinus, D. vti possidet.* Præterea expelli potest conductor si male vtatur re conducta, si fundum non colat vti oportet, *d. l. 3. & d. §. inter.* Qua de re est etiam epistola Symmachi 69. *lib.* 4. ex qua apparet verum esse quod tradit Accursius, non tantum inquilinum qui re locata abutitur repelli, sed etiam damni ratione eum teneri ex locato. Idem Accurs. ad quæstionem quo tempore pensionem solui oporteat, recte respondet, inspiciendum esse quod actum est: vel si id non appareat morem regionis. Olim Calendæ Iuliæ erant solemnes pendendo ædium locatarum reditui. *l. qui balneum, D. qui pot. in pig. hab.* vel Martiæ; *l. defuncta, ff. de vsufr. Macrob. l. 1. c. 12.* Proxima quæstio est an emptor eiicere conductorem possit, & constat posse; nec enim cogitur stare locationi ab alio factæ. Verum conductori tenetur venditor in id quod interest, sicut si locator conductorem eiiceret sine causa, esset actio ex conducto vel ex stipulatu pœnæ nomine, *l. 15. hoc tit.* hoc ita nisi venditor idemque locator habitationem excepit. Quo casu est actio ex vendito secundum legem pacti, vt emptor sinat inquilinum habitare & non repellat, *l. 9. h. t. l. si merces §. 1. & l. qui fundum, D. eod. l. Iulianus §. vlt. de action. emp.* Alia exceptio est: nisi fiscus vendiderit domum suam quam locauerat: Nam emptor stabit locationi, & percipiet pensiones. Id fauore fisci noue introductum est, *l. vlt. de iure fisci.* noue, ait lex, vt exoneretur fiscus, ne teneatur conductori. Quod dixi de emptore, locum etiam habet in legatario: nam hic potest expellere conductorem, conductor vero habet regressum aduersus heredem, *l. nihil proponi, in fine, de leg. 1.* Idem seruatur in fructuario, cui cessus est vsufructus fundi, *l. arbores §. 1. de vsufr.* Hi possunt expellere conductorem iure dominii, quia ipsi non locauerunt, nec auctoribus locationis stare coguntur. At

emphyteuticarium expellere non possunt, quia quasi dominus est, & rei vindicationem habet. Ita recte Accursius in *l. 9.* sed neque conductorem habentem ius specialis hypothecæ, id est, cui domus conducta obligata est pignori specialiter nomine conductionis. Ita recte Bartolus in *d. l. 9.* & hoc iure vtimur, quia hic etiam vindicationem habet iure hypothecæ, sicut alter iure emphyteuseos. at conductor qui non habet ius hypothecæ expelletur. Conductor autem expulsus ab emptore non habet interdictum vnde vi, cum non possideat: sicut nec si expellatur a domino, vel ex causa, vel sine causa. Eadem ratione etiam interdictum vnde vi non habet, sed actionem ex conducto in id quod interest. quin imo ipse conductor tenetur interdicto vnde vi, puta, si emptorem iubente domino euntem in possessionem fundi empti vi repellat, quia videtur ipsum locatorem possessione pellere, & eam sibi vindicare, quam non habebat: nam conductio neque ius dominii neque ius possessionis tribuit, *l. colonus, D. de vi & vi armata.*

Ad L. V. VI. VII. VIII. IX. XIII. & XIV.

Certi iuris est, ea, quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini. Nam ea quoque pignoris iure tenentur.

PRoponitur differentia inter inquilinum & colonum. Inquilinus est conductor prædii vrbani, colonus conductor prædii rustici. inuecta & illata ab inquilino tacite sunt pignori obligata pro pensione, Olim ea nominatim solebant obligari, hodie id habetur pro expresso. Est igitur tacitum pignus. Inuecta autem a colono in fundum conductum non sunt tacite obligata, sed ibi nata tantum, id est, fructus fundi: Quoniam hæc duntaxat solebant olim obligari pro pensione, & ideo in eis constitit tacitum pignus, non in vasis, *l. si seruus §. locaui, D. de furtis.* Non potest autem locator pignoris taciti obligationem exequi nisi post biennii cessationem, sicut nec conductorem eijcere: quod proponitur aperte in *l. cum domini ff. eod.* & significat Martialis *l. 12.* Ait pensione pro bima, quia non est pignorum retentio nisi ex biennii cessatione. post biennium locator retinere potest vasa omnia, sarcinas, friuola, mancipia, & præcludere ædes, ne quid deportetur, *l. pen. D. in quib. caus. pig. tac. contr.* Vsuræ tamen statim currunt ex prima cessatione non obseruato biennio, *l. 2. & 17. h. t.* Illam autem differentiam inter colonum & inquilinum probat *l. 3. & vlt. inf. in quibus causis pig. vel hyp. tac. contr. & l. 4. 6. & 7. D. eod. tit. l. 4. in princip. D. de pact. l. 5. & 6. hoc ipso tit.* Nam in ea *l. 5.* voluntas & scientia est accipienda pro conuentione, vt in *l. 5. in quibus caus. pig. vel hyp. tacite contrah.* Ait igitur lex 5. inuecta a colono in fundum conductum, tacite non esse pignori obligata, nisi inuecta sint voluntate domini, ea scilicet pactione, vt pignori essent pro mercede. Non sunt ergo pignori nisi ex conuentione expressa, *§. interdict. de interdict. Instit. l. 5. C. in quibus caus. pig. vel. hyp. tac. cont.* At inuecta ab inquilino in ædes conductas sunt pignori, etiam sine voluntate domini, id est, tacito iure. & non tantum inuecta ab inquilino, sed etiam inuecta ab eis, quibus inquilinus postea cænacula domus ablocauit, *l. solutum §. solutam, de pig. act.* Non tamen inuecta ab eis, quibus inquilinus gratuitam habitationem præstitit, *l. 5. D. in quibus caus. pi. vel hyp. tac. contr. in §. solutam*, vilia vasa inquilinorum vocat friuola, vt Sidonius Apollinaris VII. ep. ea retinentur pro mercede ædium locatarum. His addenda est alia differentia inter colonum & inquilinum. Primum sta-

A tuendum est, quod quemadmodum locator non potest iure expellere conductorem sine causa, ita conductor non potest temere discedere intra tempus conductionis, post tempus conductionis inuitus non retinetur. *l. 2. h. t. l. locato. §. 1. de publican.* Verum solent publicani retineri post tempus conductionis, licet hic mos inhumanus sit, si maximos fructus ex conductione vectigalium perceperint, & finito tempore tantundem locari non possint, ea prioribus pensionibus coguntur suscipere, *l. cotem, §. vlt. eod.* & ita in specie *l. 7. hoc tit.* publicanus qui conduxerat octauarij vectigal in quinquennium, hodie conducitur in triennium, *l. 4. de vectigal. & commiss.* post quinquennium retentus est: Verum qui pro eo prioris quinquennii nomine fideiusserunt, sequentis temporis non tenentur, ipse cogitur B reconducere, fideiussores sequentis temporis nomine non tenentur, *l. 16. hoc tit. & l. 3. §. cum quinquennium, D. de iure fisci.* Impleto etiam tempore conductionis cuiuslibet, si conductor sua sponte in eadem locatione permaneat, locatore non abnuente, aut non contradicente, id est, si vterque taceat, tacite videtur renouata locatio, tacite videtur reconduxisse eisdem pensionibus, & pignoribus, *l. 16. hoc tit. l. item quæritur §. qui impleto, & l. seq. D. eod.* sed non eisdem fideiussoribus. & fideiussores igitur temporis quidem præteriti nomine tenebuntur, at sequentis temporis nomine non tenebuntur. Itaque non videtur rem conduxisse eisdem fideiussoribus. non videtur etiam reconduxisse in idem C tempus, vt si prius conduxerit in quinquennium, sed in annum tantum, & si post annum rursus taceant locator & conductor, in alium annum videtur reconduxisse, & sic deinceps. Quod seruatur in rusticis prædiis tantum, quorum fructus annui sunt: Aliud est in ædibus, nam ex taciturnitate illa non videtur reconduxisse in annum, sed prout habitauerit, ita etiam obligabitur, *l. item quæritur §. vltim.* Et hæc est alia differentia inter colonum & inquilinum, & sic etiam ab initio si fiat locatio prædii rustici non adiecto tempore, facta esse videtur in annum. At locatio prædii vrbani facta sine tempore, facta videtur prout habitauerit inquilinus. Addenda est hæc quæstio an vis maior cœli pertineat ad onus conductoris, quæ tractatur in *l. 8.* vt si quæ calamitas siue grando disperdat fructus omnes, an eius anni D pensiones debeat colonus? Placet non teneri *l. si merces §. vis maior, D. locat.* Ait lex, vis maior, quam θεοῦ βίαν vocant, non esse in damno coloni, id est, exonerari præstatione pensionis eius anni, si plusquam tolerabile est læsi sint fructus: nam & modicum damnum ferre debet, cum & magnus ei fructuum prouentus non auferatur. Et ita appellatur in *l. fluminum §. seruus, de dam. infec. Gellius lib. 9. cap. 11.* Libri Βασιλικῶν, habent θεομηνίαν. Huius præter vim cæli multa sunt exempla, veluti fluminum, graculorum, sturnorum *l. ex conducto §. 1. eod.* item *locustarum, l. 18. hoc tit.* Quam perniciem locustarum etiam iram Deorum *lib. 11. cap. 29. Plinius vocat.* Item hostium vel latronum impetus. Hanc etiam vim colono locatæ præstat, si latrones fundum totum vastarint, quia debet locator remittere E pensionem eius anni. Quod si latrones res coloni proprias eripuerint, id damnum non præstabit colono, *l. 13. hoc tit.* sicut non præstat damnum seminis, *l. ex conducto §. penult. D. eod.* Remittit tantum pensionem ob vastatos fructus. Item si labes facta sit, locator damnum agnoscit, *d. l. ex conducto §. sed & si labes*, Græci ὄλισθον, interpretantur, videlicet si paululum resederit terra. labes a lapsu, *l. vlt. eod.* Idem non est labes quod χάσμα. Separatur in ea *l.* nam cum ait lex: *sed etsi ager terræ motu ita corruerit, vt nusquam sit*, his verbis significatur χάσμα, Plautus vocat ostium Acherontis, Græci Plutonium & Charonium. vtrumque agnoscit locator. Item vredo, quæ dicitur, ἐρυσίβη, aut solis feruor insolitus, aut incendium segetis, damnum est locatoris, quia

quia mercedem non accipiet. verum modicum damnum pertinet ad conductorem, si non omnes fructus læsi sint. Item vini acor & mucor, item si raucis aut herbis segetes sint corruptæ, damnum est conductoris. debuit herbas exstirpare. Ita est Florentiæ scriptum, raucis. Græci vocant. rectius in *l. si seruus* §. *inquit, ad leg. Aquil.* auenam interpretantur αἰγίλωπα: Raucæ non sunt herbæ, sed vermes, vt recte Budeus ex Plinio explicat. Conclusio: vim maiorem locator agnoscit, id est, eius anni mercedem non exigit actione ex locato, quo vis maior fundo nocuit: sicut nec eius anni fructus exiguntur ex conducto quoties omnes fructus locator percepit contra fidem locationis *l.* 18. Hoc ita nisi aliud conuenerit. *l.* 9. §. Iulianus *D. eod.* Item, nisi sequentium vel præcedentiũ annorum vbertas compenset sterilitatem eius anni, *dict. leg. ex cond.* § *Papinianus, & l. 8. h. tit.* nisi mos regionis id postulet, vt vim maiorem ferat, *dict. l. 8.* quæ eo loco est corrupta. Ait, si tamen expressum non est conuentione, vt mos regionis postulabat. Harmenopulus recte *in 3. ep tom. Aut mos regionis postulabat,* id est, si conuentione non fuerit expressum, vt vim tempestatis agnosceret conductor, vel si mos regionis id postulat: alioqui *lex 8.* probaret ea, quæ sunt moris non venire in iudicium bonæ fidei. quod falsum est, *l. quod si nolit* §. *quia assidua, de ædil. ed.* Nam vt vulgo est scriptum, hæc est sententia, calamitatem debet agnoscere locator, si aliter non conuenerit, vt mos regionis postulabat. Ergo satis non est, hunc morem fuisse regionis, nisi ita conuenerit, quod est falsum. Atque ita pactio & consuetudo regionis separatur in *l.* 19. *h. tit.* Et hactenus de colono. Videamus de inquilino. constat ad inquilinum etiam non pertinere vim maiorem, vt si domus exusta sit, *l. si quis domum* §. 1. *D. loc.* Hoc damnum est domini, quia ei res sua perit; non tamen tenetur conductori ex conducto quidquam præstare domo exstincta, nisi forte merces data sit in antecessum. Et generaliter in actionem locati conducti venit dolus & culpa, non casus fortuitus, *leg.* 8. *hoc tit.* Vulgo negant his actionibus leuissimam culpam venire. Ostendi tractans de locatione horreorum, etiam leuissimam culpam venire. hoc significat verbum custodiæ in *l. 28.* dum ait venire dolum & custodiam. plus dicit, quam si dolum & culpam, *l.* 1. §. *sed & custodiam, D. de peric. & comm. rei vend.* Idem significat *l. si merces,* §. *seruo, D. loc.* Inde quæritur quid locator conductori præstare debeat, si rem alienam locauerit, & ea euicta sit a domino? Si sciens locauerit, constat, doli nomine eum teneri actione ex conducto, in omne id quod interest, ita vt habeatur ratio & damni dati, & lucri intercepti, atque ita æstimetur quod interest. Idemque est, si dolo vel culpa eius res euicta sit. atque ita, vt ex contractu emptionis, ita ex contractu locationis de euictione est actio. Sed si sine dolo & culpa eius euicta sit, & bona fide eam locauerit, non tenetur nisi, vt mercedem datam in antecessum reddat, vel vt non prorogatam remittat, atque ita liberet conductorem, *l. si fundus, cum duabus seq. D. loc.* cui opponitur lex, *si quis domum, eod.* quæ ait in ea specie, locatorem teneri ex conducto, vt præstet frui licere, ergo tenetur in id quod interest. Accursus ait, eandem speciem non esse: Nam in ea specie locasse scientem. male, cum lex dicat, bona fide. Bona fide inquam rem emisse, deinde locasse; denique ab eo rem euictam sine dolo eius & culpa. Respondendum potius, his verbis, *vt præstet frui licere,* non semper significari vt præstet id quod interest, sed vt præstet mercedis exonerationem pro rata temporis, quo fruitus conductor non sit: vel vt reddat mercedem prorogatam: Ita eadem verba accipiuntur in *l. ex conducto* §. *vbicunque, de loc. cond.* Atque hæc de inquilino. Repetendum est, nos supra esse locutos de colono, qui scilicet nummis colit, sicut de inquilino, qui nummis habitat. Alij sunt coloni partiarij in *l. si merces* §.

A *vis maior, eod. tit.* Hi non videntur proprie esse conductores; qui nummis colit est conductor. Partiarij non videntur esse conductores, id est, qui partem fructuum conferunt domino, & nihil præterea, aliam partem pro cultura sibi reseruant. Hoc genere societas contrahitur potius quam locatio, *l. cum in duobus* §. *si in credenda, D. pro soc.* & ideo damnum & lucrum est commune inter dominum & colonum partiarium. modicum damnum non pertinet ad colonum in solidum. vis maior non pertinet ad dominum in solidum, vt grando, procella, & quæuis alia vis cœli maior. Et hæc sunt locationis propria. Plinius in epistolis lib. 9. *Medendi,* inquit, *vna ratio, si non nummo, sed partibus locem.* Et sane locationem esse dicendum est, si animus contrahendæ locationis fuit, & ideo esse actionem ex locato & B conducto, licet lucra & damna communicentur: nam locatio non tantum contrahitur certo pecuniæ numero, sed & earũ rerum, quæ mensura vel pondere constant. Idque probat lex 21. *hic,* duobus modis. Primum, quia locationem vocat, *si cui,* inquit, *certa olei ponderatione, fructus fundi locasti,* id est, si fundum locasti ea pactione, vt quotannis inferatur tibi certum pondus olei pro pensione, deinde eum contractum dicit esse bonæ fidei. Ergo est vere locatio, non contractus similis locationi, nam contractus similis locationi, velut do vt facias, *l. naturalis* §. *at cum do, de præscript. verb.* non est bonæ fidei. Cum igitur ea lex dicat, esse contractum bonæ fidei, vere est locatio. Ait lex 21. locationem factam sub certo olei pondere quotannis inferendo, non ideo rescindi, quod alter plus offerat. Qua ex causa etiam constat, non rescindi venditionem, si alius maius pre- C tium offerat, etiamsi emptor non sit paratus adiicere, quod alter adiicit, nisi addictio facta sit in diem, vt in *tit. de in diem addict.* At non similiter pretium emptionis, in aliis rebus quam in nummis consistere potest. Id nusquam proditum est: nam si detur oleum pro fundo, permutatio est, non emptio, si oleum detur quotannis pro vsu fundi vel domus, locatio est, contractus est bonæ fidei. Galenus 2. περὶ διαφορᾶς σφυγμῶν, nummum σύμβολον vocat emptionis, & vend. & Plato 2. de repub. ait, esse σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς. Alij sunt coloni conditionales, ex quibus alij serui sunt qui dicuntur capite censiti, quod debeant capitationem, Gallice *mort taillable,* & adscriptitij. Alij liberi, de quibus *titul. de agricolis censitis & colonis.* Proponuntur duo genera agricolarum. Censiti: hi sunt serui, & coloni: D hi sunt liberi, licet coloni nomen generaliter accipiatur: Hi siue liberi, siue serui, dominis suis siue dominis prædiorum præstant pensiones certas in nummis vel in speciebus, plerumque in speciebus, *l. litibus, infra de agricol. censit,* id est, in fructibus, qui vt ait *l. domini, eodem,* coloni isti non audent optare pecuniam, εὔχεσθαι, precari a Deo, & propterea sunt partiarij. Vnde in consuetudinibus Campaniæ *champart* dicitur ius quoddam dominorum. De his Iust. in legibus Georgicis titulo περὶ μορτῆς, id est, de partitione. Non est Iustinianus noster, sed nouissimus quidam nomine Iustinianus. Hi coloni conductores non sunt, sed huic conditioni, id est, agriculturæ obligati sunt cum sua sobole. Sola conductio eiusmodi colo- E nos non facit, nec solum instrumentum conductionale, *l. cum scimus, inf. de agri. & censit.* Vulgo male legitur, conditionale, Græci conductionale. Æquum autem esse videtur, vt his colonis vis maior damno non sit, licet aliud obseruetur: nam & emphyteuticarius excusatur a præstatione pensionis, *l. ex conducto* §. *Papin. loc.* Quo loco agitur de agro vectigali, id est, emphyteutic. Rursus ex colonis vel inquilinis alij sunt conductores perpetuarii, diuersi ab emphyteucariis, alii sunt temporarii l. 10. hic. & hos omnes etiam uis maior excusabit. vtrumque autem genus locationis ostendit in heredem transire, §. *vlt. de loc.* nisi ita sit facta locatio,

quoad voluerit locator. hæc finietur morte locatoris A *l.* 4. *D. eod.* Opponitur lex *si domina*, *D. de vsufr.* Ea lex non negat, locationem in heredem transire, sed ait, a domino facta locatione vsusfructus, vsumfructum morte conductoris non exstingui: Idem prorsus, quod *l. si socrus, in fine, de iure dot.* in qua lege, *nam*, accipitur, παρασυντακτικῶς, pro *sed*. Igitur conductor vsusfructus non est fructuarius, quia conductio nullum ius tribuit dominii, possessionis, seruitutis, vsusfructus, licet tribuat facultatem percipiendi fructus. cum conductor non sit fructuarius, morte eius non finietur vsusfructus, sed vel intra tempora locationis transibit ad heredem, vel recurret ad fructuarium vel proprietarium, qui locauit. Notandum etiam locationem interdum fieri pluribus pro partibus, veluti per cœnacula, & tunc B constat singulos teneri locatori pro partibus, non aliũ pro alio. fit interdum locatio pluribus in solidum, tunc plures sunt rei debendi. Locatione constituuntur plures rei debendi sicuti ex omni genere contractuum, *l. eandem, de duob. reis*, *l. item quæritur* §. *duo*, *loc.* Et ideo locatione facta in solidum pluribus, ex eis conueniet quem volet in solidum actione ex locato: Sed cogetur reo actiones cedere aduersus alios pro parte, *l.* 13. *hoc tit. l. cum apparebit, eod.* At ex Iustiniani Nouella 99. non poterit alium conuenire, & in solidum conuenire, quod ex ea Nouella detur beneficium diuisionis, videlicet, si omnes soluendo sint. In *l.* 14. idem proponitur, quod in *l. ex conducto* §. *item cum quidam, loc.* videlicet eum, qui redimit, id est, qui conduxit frumentum vehendum annonæ publicæ, populi Romani, accepta pecunia videlicet in antecessum, siue promutuo. Quo lo- C co me alias decepit Harmen. lib. 2. vbi vertit promutuo ἐν προχειρείᾳ, cum sit legendum, ἐν προχρείᾳ: nam προχρεία est promutuum, *quand on auance*, quod dicitur simpliciter mutuum in *l.* 2. *de frumento vrbis Constant.* vbi Græci recte, ἐπὶ προχρείαν. igitur, si vector ille conduxerit annonam vehendam accepta mercede promutuo & fidem fallat, tenetur ex locato, *l.* 13. *& d.* §. *item cum quidam*, vt vel mercedem reddat, vel quod interest, si dolus interuenerit. His quæ diximus ad *l. si domina*, velim addi hoc, vt eius species congruat cum specie legis *si socrus*: Videtur legendum, vsusfructus locatus proprietario morte proprietarii, id est, conductoris, non finietur, sed reuertetur ad fructuarium. ita aperte in *l. si domina.* D

Ad legem XIX.

Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus seruanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alij remiserint contra legem contractus, atque regionis consuetudinem pensiones: hoc alijs præiudicium afferre non potest.

NOtandum, quod ait initio huius legis 19. in locatione maxime fidem contractus esse seruandam. Fides contractus consistit in eo, quod actum est, vel quod ex more regionis actum intelligitur inter contrahentes silentio & nudo consensu: nisi specialiter quid exprimatur contra morem regionis: nam moribus re- E gionis pacto derogari potest. Seruandus est igitur mos regionis sub ea exceptione, nisi aliud conuenerit, & seruanda conuentio. Finge: conuentio vel mos hic est, vt vis maior colonum non excuset, plures colono eundem fundum locauerunt: vnus ex eis ob vim maiorem colono remisit pensionem contra conuentionem vel morem regionis. hoc aliis non præiudicat. nec obstat, quod sint plures rei credendi: nam vnius ex reis credẽdi remissio aliis non nocet, *l. si vnus, de pact.* De conuentione seruanda est etiam lex 22. in locatione operarum certi temporis, valere locationem factam etiam sine scriptis, & heredes conductoris teneri, non vxorem,

l. 24. *&* 29. Et si conductor satisfecerit pensionibus, exstingui obligationem ex locato, & res condisuctor ei esse restituendas, *l.* 26. *hoc tit.*

Ad Leg. XX.

Qui rem propriam conduxit, existimans alienam, dominium non transfert, sed inefficacem conductionis contractum facit.

EX hac lege apparet, rei suæ conductionem non valere, & eum qui errans rem propriam conducit, dominio suo non præiudicare; si sciẽs cõducat potest præiudicare dominio suo, si animũ alienandę rei habuerit, *l. quadã mul. D. de rei vin.* vt, quod fit quotidie siue vendidero vel donauero rem meam, & nondum tradidero, transferam dominium eius rei, si eam conducam ab emptore vel donatario: sic facio eum dominum, hęc conductio pro traditione est, sicuti traditio vsusfructus *d. l. quadam mulier.* Alias hæc probatio dominij non est idonea, vel etiam hæc ratio repellendi aduersarii, qui se rei dominum dicit, non est idonea, si quis probet, se ei locasse: potest enim locasse erranti, vel non habenti animum alienandi rem suam, *l.* 23. *hoc tit.* Potest igitur conductor de dominio contendere, & vincet, si dominij probationes attulerit, nec repelletur locationis argumento, quod non est idoneum. At in possessionis causa vincetur, quia rem pro alieno possidet titulo conductionis. eam possessionem ipse solus sibi mutare non potest secundum regulam iuris *l. non solum* §. *quod vulgo, de vsurpat. & vsucap.* Sic accipiendus finis legis 23. *hoc tit.* Sed si conductor vicerit in causa dominii, tum incipiet eam rem pro suo possidere: nam noua accedente causa possessio mutatur, non sola destinatione possessoris: sed si velit locator prius sibi possessionem restitui, quam de proprietate litiget conductor, hoc facile, obtinebit, *l.* 22. *hoc tit.* Cui opponitur male lex *litibus, de agricolis censitis.* Nam ea lex non loquitur de conductore, sed de colono conditionali, qui si litiget de fundi proprietate, interim fruitur fundo præstita cautione. Nam ea est eius coloni conditio, vt sit perpetuarius: nam ius colonarium est perpetuarium. Vt autem locatori restituatur possessio, id consequetur actione locati: cui non obstabit quæstio domi- nii in re dubia, sed reformata possessione, separatim quæretur de rei dominio. Si conductor rem restituere detrectat, cum æquum est eam restitui, & in ea perstat vsque ad sententiam definitiuam, habetur pro prædone & condemnatur in duplum, id est, in rem & æstimationem, *l. pen. hoc tit. l. pen. inf. vnde vi*, quæ est coniungenda *legi pen. hoc tit.*

Ad Leg. XXVII.

Si tibi, quæ pro colonis conducti prædii prorogasti, dominus fundi stipulanti dare spopondit: competens iudex reddi tibi iubebit. Nam si conuentio placiti fine stetit: ex nudo pacto perspicis actionem iure nostro nasci non posse.

NOtandum est in hac *l.* 27. colonos non esse accipiendos pro conductoribus aut pro colonis conducti prædii, conducti scilicet ab alio, alioqui dixisset pro colonis simpliciter: sed pro agricolis conditionalibus. Sed antequam ponatur species, sciendum est quod sicut in eodem fundo potest esse emphyteuticarius, & nihilominus sunt in eo coloni conditionales *l.* 1. *inf. de mancip. & colon. patrimon.* Ita etiam plerunque fundi dominus, est conductor fundi. sunt & coloni fundo adscripti. Nunc finge. conductor fundi aliquid prorogauit pro colonis extra rem domini, id est, dedit aliquid in antecessum, vt deinde fructus aliquos ab eis

ab eis perciperet. Græci dicunt in ea l. προχρείαν, id est, promutuum. Igitur hic conductor dedit aliquid promutuo colonis: Deinde pactus est id sibi a locat. reddi, nō in ipso contractu locationis, nā formaret actionē, sed extra cōtractū, cū cōductor aliquid pro agricolis multo post prorogasset & expēdisset. Lex ait, ex eo pacto actionē non nasci, videlicet, si conuentio placiti hinc stetit, id est, si vsque ad pactum stetit, *l. diuisionem, sup. fam. ercis.* id est, si non sit nisi pactum: Quod si accesserit stipulatio, contractus est, ex quo erit actio in locatorem. Addatur, quod si constituendi animus fuerit, id est, si voluerit dominus constituere se pro colono soluturum, erit actio de pecunia constituta: at ex pacto solo non erit actio. Græci interpretes sic redigunt sententiam huius legis: Ἐὰν ὁ τοῦ ἀγροῦ δεσπότης τὴν δοθεῖσαν προχρείαν τοῖς γεωργοῖς αὐτὸς ἐπερωτηθῇ δοῦναι τῷ μισθωσαμένῳ τὸν ἀγρὸν καὶ ὑπόσχηται. *Si dominus fundi datum colonis promutuum, stipulanti conductori dare spoponderit, tenetur.*

Ad L. XXX.

Curialis neque procurator, neque conductor alienarum rerum, nec fideiussor aut mandator conductoris exsistat, alioquin nullam obligationem neque locatori, neque conductori ex huiusmodi contractu competere sancimus.

OStenditur in hac *l.* 30. decurionem procurationem non posse suscipere rerum alienarum. Item earum fieri non posse conductorem. conductio est species procurationis, item fideiussorem vel mandatorem eum esse non posse ex iis caussis pro aliis. Sic etiam clericus, qui prohibetur procurare aliena negotia, prohibetur etiam ex eis caussis fideiudere, *Nou.* 123. Et ita vulgo accipitur canon *Clementis* 20. De decurione est l. 25. ʃ. *de administrat. rer. ad ciuit. pertinent. & l. Spurij* §. *decurio, D. de decurion. l.* 97. *C. Theod. de decur. l.* 1. *inf. quibus ad conduct. prædia fiscal. acced. non licet l.* 11. *Cod.* In illis locis ostenditur, non posse curialem prædia publica aut vectigalia conducere. Quod Adrianum constituisse scribit Xiphilinus. Generaliter etiam constitutum est, ne alienas res possit procurare, *l. si quis procurat. crit.* ʃ. *de decurionib.* Et ex hac lege 30. cui coniungenda lex *non dubium. sup. de legib.* vtraque est sumpta ex *Nouella Theodos. ne curia. alien. fund. conduct.* Primum curiali interdicta fuit procuratio rerum alienarum, non conductio. *d. l. si quis procurationem.* In fraudem eius legis curiales titulo conductionis alienas procurabant res. ob id postea *Nouella Theodos.* interdicta est conductio, & censet eam esse nullam ipso iure: & generaliter definit, quod fit lege prohibente, esse ipso iure nullum, etiamsi id lege non sit comprehensum; igitur ea conductio non valebit, nec stipulatio ei subiecta; non admittetur etiam iusiurandum de hoc adactum *d. l. non dubium.* Idem vero & de militibus constituitur *l.* 31. ne scilicet procurent & conducant res alienas, vt non auocentur a suis signis, vt diximus *sup. l.* 5. *de condict. ob caus. dat.* Idem cautum est de fabricensibus, qui sunt quasi milites, *l. vlt. inf. de fabricensibus.* est autem *l.* 31. coniungenda *l. milites, infra de re militari.* quæ eandem inscriptionem & subscriptionem habent. Ad idem pertinet lex vlt. huius tituli, quæ declarat militum appellatione in hac parte contineri non tantum milites, qui subsunt magistris militum, sed etiam scholares, qui sunt sub magistris officiorum, & vt ait *l.* 11. qui in vndecim scholis taxati sunt. Marianus in notitia Romani Imperij, recenset 10. scholas fuisse sub magistro officiorum, scutariorū primam, secundam & tertiam, agentiū in rebus, armaturam seniorum, armaturam iuniorum, gentilium seniorum, gentilium iuniorum, scutariorum sagittariorū, scutariorum clibanariorum. vndecima est fabricensium. Additur in *l. vlt.* militum appellatione hic significari etiam fœderatos, quales erāt illa ætate Saraceni, qui erāt sub Philarchis, *Nou.* 20. in qua Iuliani locus est singularis, qui ducem Saracen. vertit Philarchum, recte, vt confirmat Procopius. lib. de bello Vandalico. fœderati erāt sub optionibus. Optiones autem sunt auxilia fœderatorum, vt numeri sunt militum, scholæ scholarium. Scholares erant supernumerarii milites. Suidas, in verbo ὑπεράριθμος. hi omnes milites hac constitutione comprehenduntur, & ea vetantur, ne alienas res procurent, dū militiam exercent, vt hoc crimen sit militare, & hi militia mulctantur & infamia; qui secus fecerint, & iure suo priuantur rescriptis principum, atque adeo ipso iure. Postremo, cauetur finito tempore locationis, locatorē posse alteri libere locare domum aut fundum suum, id est, eum non cogi priorem conductorem præferre alteri, etiamsi tantundem offerat. Igitur, vt in emptione est sublatum ius προτιμήσεως sic etiam in locatione sublatū est. Recte Accursius excipit locationem prædiorum fiscaliū, *l. pen. & vlt. C. de loc. prædio. fiscal.* Nam veteres conductores, qui prædia fiscalia conduxerunt, præferūtur nouis, si tantundem offerant, excipitur, nisi aliud conuenerit. Notandum ante legem vlt. h. t. desiderari constitutionem Græcam, quod intelligimus ex lib. qui inscribitur, μικρὸν κατὰ στοιχεῖον, cuius sententia est, vt intra annum locatori, vel conductori liceret soluere locationem impune tam in Italia, quam in omnibus prouinciis, nisi aliud initio contractus conuenerit. v. Obseru. lib. XII. c. XXXVIII.

AD TITVLVM LXVI.

De iure emphyteutico.

DE eodem iure emphyteut. est titulus in fine libri quinti *D. si ager vectig.* id est, *emphyteuticarius petatur.* Notanda est ea interpretatio: nam sic Florentiæ recte, & est similis interpretatio, in *l. pen.* §. *pen. qui satisd. cog.* Et ita etiam in *l. qui scit* §. *pen. de vsu.* Et vbique semper agrum vectigalem Græci interpretātur ἐμφυτευτικόν. Ager igitur siue fundus vectigalis & emphiteuticarius idem est. Posset opponi lex *etiam, inf. de prædijs minor.* quæ prædium vectigale, patrimoniale, & emphyteuticum diuersa facit. Puto hanc esse differentiam, quod vectigale sit ciuitatum, patrimoniale seu emphyteuticum fisci. Et rursus patrimoniale ab emphyteutico ita distinguitur, vt genus a specie. Nam emphyteuticum prædium, est etiam patrimoniale, *l.* 12. *de fundo patrimon. & emphyteut.* Quod item non datur in emphyteusim, sed donatur aut venditur iure priuato saluo canone patrimoniale etiam est *l.* 9. *&* 10. *inf. eod. & l.* 9. 1. *de omni agro deserto.* Item quod locatur in perpetuum est patrimoniale. Atque ita fundi fiscales, alij suscipiuntur iure priuato, quo genere suscipiens possessor & dominus constituitur. Alij suscipiuntur iure emphyteutico, quo genere suscipiens possessor vel dominus non fit, licet dominus simpliciter appelletur *d. l.* 12. Sed habetur pro domino vel possessore, & fundorum seruos manumittere potest: Alii suscipiūtur perpetuæ conductionis iure: nam & locatio fieri potest in perpetuum, *l.* 10. *sup. de loc. & cond.* Hoc genere suscipiens nec fit dominus, nec quasi dominus, & seruos dominorum manumittere non potest *l.* 2. ʃ. *de mancip. & colon. fund. patrimon.* Et ita oportet separare perpetuarios conductores ab emphyteuticariis. & ob id in *l.* 2. *sup. de officio comit. rerum priuat.* quidam codices rectius habent *perpetuarij vel emphyteuticarij*, non, *hoc est emphyteutic.* peruerse etiam ad eā legem appositus est tit. de offic. comit. sac. pal. Sic etiam Nou. Valent *de præscript.* 30. *ann.* ius perpetuum separat ab emphyteut. Vectigales autem fundi etiam sunt emphyteut. sed quāuis prædia quoque priuatorum hodie dentur in emphyteusin, tamen in toto iure nostro vectigales fundi tantū appel-

latur soli municipiorũ, siue ciuitatũ fundi dati in emph. quod prædia tantum ciuitatum eo iure addici solerent. Sed quæ de illis dicuntur, hodie trahi possunt ad prædia priuatorũ vel templorum: nã ciuitates etiam priuatorũ loco habentur, *l. eu qui, de verb. signific.* Quod vero diximus agros vectig. dici tantum agros emphyteuticarios probat *l.* 1. *si ager vectig. l. si domus* §. *vlt. de legat.* 1. Idem etiam probat *l si finita* §. *si de vectig. ff. de damn.* ꝟ. cuius sententiam exponã quod infeliciter eam tractarit Alciat. Sciendum est, vicino non cauente damni infecti, vicinũ qui sibi caueri desiderat, primo decreto a prætore mitti in possessionẽ: Secundo iuberi possidere. Primo decreto non fit possessor, sed it in possessionem. Secundo decreto non fit dominus, sed possessor, sed dominium sibi deinde adquirit vsucapione. Nũc finge: Domus vicina, cuius nomine mihi caueri desidero dãni infecti, est vectig. Sic distinguendum, aut emphyteutic. eam tenet, aut ciuitas. Si emphyteuticari⁹ teneat, nec caueat damni infecti, prætor secundo decreto me non faciet possessorem, ita vt possim dominium ædium vsucapione adquirere. Sed faciet me possessorem tantũ emphyteumatos, nec inde earum ædium dominium adquirã vsucapione, quia prædia, quæ tenentur vt vectigalia vsucapi non possunt, *l. cũ sponsus* §. *in vectig. de Public. in rem act.* sicut & tributaria & stipendiaria, qualia etiã fuere omnia prouincialia, vsucapi non possunt a possessore, & de eis acccipe hæc verba, in eo §. Et in aliis prædiis puta tributariis vel stipendiariis. Si emphyteutic. eam domum non teneat, sed ciuitas, puta, quod ad eã sit deuoluta commissi iure, vel finito tempore emphyteuseos, & ea ciuitas mihi non caueat damni infecti, prætor secundo decreto me faciet possessorem, tũ deinde dominium adquirã vsucapione, Non potest quidem prædium ciuitatis vsucapi, *l vsucap. de vsucap. & vsurpat.* At hoc prædium quod prætor me iussit possidere ob cessationem cautionis damni infecti, quodammodo desiit esse ciuitatis, & in me iure prætorio est translatum, atque adeo procedente tempore meum etiam fiet ciuili iure. Hæc est prima Accursii interpretatio, reliquæ reiiciendæ, Alciati exsibilanda est. Diximus supra, differentiam esse inter perpetuarios conductores & emphyteuticarios: Atqui nulla esse videtur. Nam & agri vectigales, qui sunt emphyteutici in perpetuum locantur sub præstatione vectigalis *d. l. 1. Si ager vectig. vel emphyteutic. l. cotem* §. 1. *ff. de publican.* Eodemque modo differẽtia esse non videtur inter conductionem temporariam & emphyteusin temporariam: nam & hæc ad tẽpus fieri potest *l.* 3. *si ager vectigal. &c.* Imo ea est differentia: quod emphyteusis quasi dominium tribuat, conductio non item: emphyteusis est alienatio *l. vlt. de reb. alien. non alien.* conductio non est alienatio: & Emphyteusis maxime hac fini cõtrahitur, vt res melior reddatur ab emphyteutic. & vt ab eo possideatur quasi dominii iure sub præstatione vectigalis siue canonis. Hæc est certa definitio emphyteuseos. Nota est ratio nominis, quia solent fundi deserti, inculti, & squalidi hoc iure in aliũ cõferri, vt ab eo colantur, inserantur, implantentur, ideo hoc negotium diximus emphyteusin .i. insitionem & plantationem, a parte demonstratur omne meliorationis genus: nam & ædes hoc iure conferuntur, vt meliores & vtiliores ab eo reddantur, & dicitur emphyteusis, licet insitioni nullus sit locus. Est etiam alia differentia inter conductionem temporariã & emphyteusin temporariã: Quod emphyteusis fiat in plures annos, cõductio non excedat lustrum: Quæ excedit lustrũ est potius emphyteusis. Eadẽ est differentia inter ius superficiarum & conductionẽ, *l.* 1. §. *quod autẽ, D. de superficieb.* Illud etiã ius superficiariũ vel est temporarium vel perpetuarium, & ius tribuit in re, quod locatio & conductio non tribuit, & quantũ existimo dicitur ἐμβαδευτικόν, in *l.* 3. §. *si ius. D. de reb. eor. qui sub tut. sunt vel cura non aliẽ.* a Græcis μβαδικὸν quod eo iure quis aliena superficie fruatur, quod est ἐμβαδεύειν Verum hoc ius hoc distat ab emphyt. quod superficiarius habeat tantum ius in superficie, emphyteut. in vniuerso prædio: Ideo superficiarius imponet tantũ seruitutem superficiei non solo. Emphyt. etiam in solo. Item differũt, quod superficiarius hoc ius sibi adquirat respectu superficiei positæ in alieno fundo suis sumptib. emphyteut. vero respectu meliorationũ. Sic differunt conductor superficiarius & emphyteutic. seu sint temporarij seu perpetuarii: sed hi in hoc omnes sunt similes, quod quotannis aliquid dño præstẽt, cõductor mercedem, emphyteutic. canonem vect. & ἐμφύτευμα: superficiarius mercedem soli, quæ dicitur solarium *l.* 2. *D. ne quid in loco publ. vel priu. fiat, l. etiam, qui potior. in pign. habeant. l.* 17. *de seruit. prædior vrban.* Ea merces consistit vel in pecunia vel in fructibus, non tantum in emphyteusi, sed etiam in locatione & conductione, *l.* 2. §. *locatio, ff. de loc. & cond. l.* 21. *sup. eod.* Nunc quæritur an emphyteusis genus censeatur esse locationis & conductionis? Potest defendi, atque ita videtur sensisse maxima pars veterum IC. genus quoddam proprium esse locationis & conductionis, quo dominium transferatur in accipientem, vt in specie legis *in nauem D. loc.* est locatio, licet dominium mutetur. Quidam tamen venditionem esse existimabant, quasi prædium datum in emphyteusin videatur emi ab emphyteuticario lege dicta vectigalis pro pretio. Primus Zeno sensit separandam emphyteusin a locatione & venditione, & specialem contractum fecit, proprio iure propriisque pactionibus munitum. Itaque non male Græci ad *l. ex hoc iure, De instit. & iu.* dum lex ait obligationes quasdam & actiones introductas esse iure ciuili: ponunt exemplum in actione ex stipulatione Aquiliana: debuit poni in omni actione ex stipulatione generaliter, & in actione emphyteuseos. Nec nos mouere debet quod quidam afferunt ex Aristotele Bizantios iam olim prædia fertilia vẽdidisse ad tempus, sterilia perpetuo: Nã etsi hoc genere negotii vsi sunt veteres, id tamẽ non pro contractu proprio & speciali habuerunt, sed pro venditione aut locatione proprium contractum Zeno fecit l. 1: hic, vt Iust. donationẽ propter nuptias. Id etiam hac lege 1. exprimitur vt contracta emphyteusi quicquid inter se conuenerint cõtrahentes de vi maiore, aut casibus fortuitis, id ratũ habeatur, quod & in locatione seruatur, *l.* 8. *de sup. loc. & cond.* Sed si de hoc nihil inter dominum & emphyteuticarium conuenerit, eadem cauetur, vt prædii absumpti periculum pertineat ad dominum, vt si fũdus chasmate, vel domus incendio perierit; sed si portio dũtaxat perierit chasmate, vel alio modo, vel aliud damnũ contigerit salua rei substantia, lex constituit vt hoc damnum pertineat ad emphyteuticarium. Igitur vis diuina, aut grando, procella, calamitas, inundatio fluminis, & hostilis deuastatio, pertinent ad onus emphyteuticarii. Id non ita procedit in locatore, nisi ita conuenerit, dixi in *Dig. l.* 8. videtur tamen ante hanc constitutionem Zenonis idem obtinuisse in emphyteuticario, *l. ex conducto* §. *Papinianus, D. loc.* 9. Dico vim maiorem pertinere ad onus emphyteuticarij, id est, non ideo ei canonem siue ἐμφύτευμα a domino remitti. Alia est causa tributorum quæ debentur fisco: nam fiscus tributis prædia releuat, per censitorem aut per æquatorem frequenter ob sterilitatem anni, vel ob portionis agri interitum. *l. forma* §. *de censibus, l.* 2. ꝟ. *de alluuionib.* Duplex est prædiorum onus. canon qui præstatur domino, hic non remittitur ob vim maiorem vel sterilitatem: tributum quod præstatur fisco, *l.* 2. *inf. de prædiis tamiacis.* Hoc tributum sæpe a fisco remittitur ob vim maiorem. Hoc etiam vulgo colligunt ex hac lege prima, in emphyteusi esse necessariam scripturam. Sed melius Accursius: Non prohibetur sine scriptis fieri emphyteusis, licet fieri dicatur in scriptis, quod hoc argumento probatur. amissio instrumenti emphyteutici nihil nocet, *l. vlt.* §. *conductio, hoc tit.* Ergo nec omissio secundum regulam a nobis traditam

tam, *titulo de fide instrumentorum*. Vnde etiamsi sit amissum instrumentum, non est necesse probare amissionem; sed contractum tantum emphyteuseos probare sufficit. Nunc videamus quid distet ius emphyteuticum a contractu libellario. Interpres vetus dicit: hoc genere contractus res in alium transfertur iure venditionis, certa summa pecuniæ initio data pretij nomine, & hoc amplius constituta certa mercede quotannis. Id etiam agitur vt renouetur contractus certo tempore, vt tricesimo quoque anno dato certo pretio: & ita certis statisque temporibus idem prædium reemitur quodammodo, & singulis annis nihilominus pensio debetur. Et si forte de renouatione actum sit, non de pretio, id est, si pretium non sit definitum quod per tempora inferri debet, iudex pretium statuet secundum qualitatem rei in libellum datæ. Atque ita reuenditur quodammodo res sæpius etiam incerto pretio. Hoc generi contractus suscipiens agrum dominus & possessor constituitur, quia certo pretio emit & reemit, & perpetuo rem tenet, quia cogitur auctor renouare contractum, & in reuenditione non est necessarium certum pretium, vt in prima venditione, & videtur appellari *διακατοχος l. 1. Cod. Theodos. de indul. deb. l. 7. infra, de omni agro deserto.* Tunc fundus addicitur ad vicem διακατοχῆς, cum addicitur possessionis titulo & iure, vt quis eum retineat iure priuato, iure dominii, *l. 11. eodem titulo, l. duodecima, de fund. patrimonial. & emphyteut. infra.* Id etiam ius appellari videtur *παροικικον in Nouell. 7.* vt ibi vetus interpres Nouellæ exposuit, & apud Harmenopulum *libro quinto in Nouella quadam Athanasij*, εἰς παροικίαν habere, & in Nouella quadam Porphyrogeneti Constantini παροικικῷ λογῳ. Erat videlicet necessaria scriptura, & inde nomen, & eosdem chartularios dici opinor in Nou. Tiberij de diuis. domin. De hoc contractu nominatim agitur *l. 1. Feudorum, titulo 5. & in l. 22. de homicid. lib. homin. in legib. Longobardorum, & apud Cassiodorum in quinto variarum*, prædia libellario titulo concessisse. *Gregorius 2. epist. cap. 1.* libellario nomine terram ad libram vnius semissis concede. *Sic l. 8. cap. 61.* voluerat terram sub specie libellorum tenere. Pretium autem illud quod datur renouandi contractus renouandæue possessionis causa, proprio nomine appellatur εἰςδεκτικον, *in Nouella Leonis decimatertia*, quasi scilicet datum admittendi & suscipiendi possessoris causa. Et ostendit Leo in ea Nouella, perpetuas emphyteuses rerum Ecclesiasticarum eodem modo renouari per certa tempora, de quibus conuenerit, & vetat εἰςδεκτικον excedere duplum emphyteuseos. sane videtur in ea Nouella proponi noua forma emphyteuseos & libellarius potius contractus, quam emphyteuticus: nam alibi non legitur renouandæ emphyteuseos nomine εἰςδεκτικον dari non mutato possessore, nam datur mutato alias emphyteuticario, *l. vlt. hoc tit.* Vt in censuali contractu, mutato domino suscipiente datur εἰςδεκτικον. Sic oportet appellare quod dicimus gallice, *lods & ventes*, quia dantur admittendi noui possessoris causa. Addendum, ideo plerosque non male libellarium contractum dixisse emphyteuticarium. Est igitur libellarius contractus noua forma emphyteuseos. Nunc videndum quid distet a precaria emphyteusis. Precaria contrahitur ab œconomis Ecclesiarum: nam sæpe œconomi ita contrahunt: quin etiam hæc noua genera contractuum excogitata sunt: nam cum alienare vetarentur, excogitarunt nouam rationem quodammodo alienandi salua mente alienationis. Hoc modo œconomus dat alicui rem Ecclesiæ, vt quis ea vtatur, fruatur, quoad vixerit, vel ad certum tempus, & vt vtatur gratuito, vel constituta certa mercede, ea lege vt is vicissim aliam rem suam eiusdem pretij det Ecclesiæ, retento vsufructu quoad ipse vixerit, vel ad certum illud tempus. finito vsufructu vtriusque rei proprietas plena

Cod.

A transit ad Ecclesiam, & interim Ecclesia alienat rei suæ vsumfructum. Sed id maxime fit in rem Ecclesiæ; nam adquirit aliam rem eiusdem pretij, licet ea statim non fruatur. In eo cõtractu meliorationis nulla fit promissio, vt in emphyteusi. dominium, vel quasi dominium non transfertur in accipientẽ, sed vsusfructus tantum, pensio annua non præstatur semper: nam gratuito sæpe datur prædium vsusfructus iure. Et hoc distat negotium ab aliis, renouatur tamen contractus plerunque ex pacto, idque fere quinto quoque anno, vt est scriptum in concilio Beluacensi. De eo contractu sæpe agitur in conciliis & legibus Longobardorum, *l. 4. de vrbanis prædiis & rust.* Videtur appellari datio in vsumfructum, in *l. iubemus §. sane non omnis, sup. de sacrosanct. Eccles. Nouella 7. & 120.* Igitur ex iis, de quibus tractamus, alij debent

B pensionem annuam & reditum, alij parem fundum, vt precarij possessores. Rursus ex his, qui pensionem debent annuam, alij sunt domini, vt libellarii, alii quasi domini, vt emphyteuticarii & superficiarii, alii non domini, vt conductores perpetuarii. Item adscriptitii & coloni conditionales qui debent pensionẽ annuã nec sunt domini, vel quasi domini asscriptitii, pensionem debent suo domino, nã sunt serui. Coloni debent domino terræ pensionẽ certam, nã sunt liberi. De quibus *tit. de agricol. censitis*. Moribus Galliæ coloni debent capitationẽ certis casibus domino, quam iure nostro soli ascriptitii debent, & fisco non domino. Alii sunt domini fundorum, qui debent pensionẽ certam annuam, quæ vulgo dicitur census. Hoc genus contractus censualis hoc habet pro-

C prium, vt qui eo iure fundum accepit, non possit eum in alium transferre sine inuestitura principalis domini, id est, senioris vt vulgo loquuntur, quæ inuestitura fit traditione scipionis vel fustis, vt est scriptum in consuetudinibus Gallorum, quod & ex veterum more traxerunt; nam & in emptionibus ita traditio fieri solebat. Est vetus exemplum venditionis, in quo ita scribitur: Tu venditor fuste illum inuestito, tu fustem illum manucapito. Helmodius in Chronica Slauorum *cap. 70.* vt dominus meus accipiat virgulam, & det in manum vestram pro signo inuestituræ. Eadem inuestitura fit in feudo, *tit. 2. lib. 2. feudorum.* Alij sunt qui non debent pensionem annuam, nec fundum parem, nec pecuniarum quicquam: sed debent tantum fidem & hominium, id est,

D vt profiteantur se fideles seniori fore, & se eius homines esse. Hominium idem Helmodius dixit sæpe, quod nos homagium. Addendum plerunque ex pacto deberi etiam pensiones ab eo, qui prædium tenet iure feudi: & ita ex pacto feudum naturã suam excedit, quod admittitur & in mandato, deposito & locato, & cæteris contractibus, qui possunt suam naturam pactis excedere, *l. Lucius l. 6. D. depos. l. naturalis §. sed si facio D. de præscr. verb.* Nam feudi natura est vt debeatur tantum fides & hominium ab eo, qui feudum tenet, qui ideo sæpe in libris feudorum, dicitur fidelis vel homo, vel homo fidei, & vassus seu vasallus vocatur, voce Lõgobarda. In libris nostris hominũ appellatione continentur procuratores possessionum, actores, custodes, conductores, emphy-

E teuticarij, libellarii. qui dicuntur etiam chartularii *l. 4. de dignitat. inf. sic l. 1. inf. de cond. procurat. præd. fiscal. l. 2. sup. de episcop. & cler. l. 1. sup. de commer.* Continentur etiam vasalli: nam hoc ius feudi est antiquissimum, vt refertur initio libri Feud. vt omnia genera redituum & pensionum, & onerum, quoquo modo duxerunt originem ex iure ciuili Populi Romani, nihilque est scriptum in consuetudinibus, quod non possit ad id ius referri vel bene vel male explicatum. Sic igitur dicimus, nihil feudo esse antiquius, sed olim potuit reuocari quandocunque pro dantis arbitrio, vt precarium, & ob id tam feudum quam precariũ beneficium appellatur, Vasalli igitur erant olim homines nostri, id est, actores possessionum vel procuratores & quasi precarij possessores, quo titulo etiam hodie si specialiter & nomina-

T ij

tim detur prædium feudi iure, poteſt reuocari pro dantis arbitrio, & hoc modo datum feudum dicitur gardiæ & gaſtaldiæ, id eſt, cuſtodiæ & actus, nam recte ſemper Accurſius interpretatur actorem gaſtaldum. Ammerb. in annotat. in conſtitutiones Caroli magni explicauit originem verbi. Ex iis vero apparet liquido qualis fuerit origo feudorum. Actores poſſeſſionum cœperunt iure perpetuo poſſidere, fidei & hominii gratia, quod quaſi precario poſſidebant. actores ſunt homines noſtri, manſit nomen hominum, res & conditio tenendi poſſeſſiones mutata eſt. Igitur, quod in libris noſtris eſt ſcriptum de hominibus, poteſt referri ad vaſallos. Quod de clientibus non ita. Quod de militibus limitaneis, quibus agri ſunt deputati, de quibus eſt lex *vlt. de fundis limitotr.* corrupte Galli dicunt *limitrophes*. Hoc, inquam, quod eſt de iis ſcriptum, non eſt ad vaſallos referédum, B quia ii tenebant eos agros optimo iure, non iure feudi. Præterea feuda tenentur tam a paganis, quam a militibus. Igitur vaſallus eſt is proprie, quem olim dicebant hominem, ſed meminerimus conditionem eius tenendæ poſſeſſionis gratia mutatam. Illud ſciendum eſt, vt mutato emphyteuticario vel cenſuali poſſeſſore debentur εἰςδεκτικὰ, ſcilicet admittendi noui poſſeſſoris cauſa, ſic mutato vaſallo, non venditione ſed ſucceſſione vel permutatione ſine nummis debentur εἰςδεκτικὰ, quæ vulgo dicuntur reſtaurationes, releuationes & redemptiones feudi. Et ſi mutetur vaſallus venditione fundi, tunc a venditore debetur auctori feudi quinta pars pretii, fere omnium gentium moribus. Et ſi inter emptorem & ven- C ditorem actum ſit, vt onus εἰςδεκτικὸν pertineat ad emptorem: tunc ab emptore auctori feudi debetur quinta pars pretii, & huius quintæ alia quinta, quod dicitur, *quint & requint*, vt ſi fundus centũ venierit, emptor debet 24. ſi mille, debentur bis centum 40. Liberi autem vaſalli, plerunque non debent reſtaurationem feudi, vel quintas, ſed tantum oſculum & manus porrectionem, quæ ſunt ſymbola hominii, & in quibuſdam locis debent aureum nummum quod dicitur *droit de chambelaige*. Requiritur etiam in feudo inueſtimentum domini mutato vaſſallo, vel aliquid pro inueſtimento. De eo agitur *2.feud. t.35.* Ex his vaſalli aliis debent fidem, & hominium tantum, alii etiam ſeruitium, alii pacem, vt procurent pacem domino ſeruari. i. vt pacatos reddant omnes, quicunque ſe extulerint contra dominum, alii pluuium. i. vt domino D ab hoſtibus capto pro eo fiant obſides. Et ita Rege Galliæ ab Anglis capto, Barones quidam homines regis inuiti dati ſunt obſides pro Rege. Auctor Summæ ruralis, qui liber eſt perneceſſarius in foro verſari cupientibus. Præterea ex vaſallis alii ſunt ligi, ſic dicuntur in legibus Longobard. & Saxon. & gentiũ cæterarum. Alij non lidi ſiue plani. & lidorũ grauior eſt conditio & arctius fidei vinculũ, quam cæterarum: nam & ampliora εἰςδεκτικὰ penſitant, &, nullo excepto, quacunq; ex cauſa dominũ tueri & defendere contra omnes coguntur. Inde illa contẽtio inter Ducẽ Brit. & Carol. VII. regẽ Galliæ: Rex Ducẽ ſibi eſſe lidum contendebat. Dux ſe planũ vaſſallum, non lidũ. ſunt vaſſallorũ vaſalli *lib.2 feud. t.55.* dicuntur *arriereuaſſaux*, & *arriereſiefs*, quæ quis tenet feudi iure, ab E eo qui idem tenet feudi iure. A vaſallis diuerſi ſunt qui dicuntur ſuſcepti: ii ſunt, qui ſe & ſua omnia tuenda potentioribus addicunt, quod iure noſtro eſt prohibitum in futurum, non in præteritum, *l.1.§. vt nemo ad ſuum patrociniũ ſuſcipiat, & in Nou.17. & in tit. de patrociniis Cod. Theodoſ.* Et in dicta *Nou. Tiberij de diuinis domibus.* Itaque remanſerunt ſuſcepti quidam, vel potius contrarius mos abrogauit eas conſtitutiones: pleroſque eiuſmodi habuit olim Eccleſia. hac ſpecie ſuſceptionis vindicabãt ſibi bona ſuſceptorum ſiue clientium, vel etiam ea eis relinquebant ſub patrocinii certa mercede, ita vt aliquid penſitarent pro patrocinio, *l.2.§. ne quis ad ſuum patrocinium, &c.* Græca eſt conſtitutio. Sententia eſt: ne quis vicarius patrociniũ polliceatur, ne agricolas in clientelam

A ſuſcipiat redituũ vel alterius lucri promiſſione facta pro patrocinio. De his Saluianus Epiſc. *lib.5 de prouidentia. Seruius 6. Æneid. Palæmon in gloſſis.* Aſſecula. i cliens, ſeu ſuſceptus. his ſunt ſimiles qui dicuntur Caſati, in conſtitutione Caroli magni & Caſarii *l.7.§. de bonis proſcriptorum.* Sic habent veteres, ſic codex Theodoſ. Vulgo male cenſuarii. Id ad extremum ſciendum eſt, alia eſſe prædia optimo iure, optima conditione, quæ nihil vlli penſitãt, quæ nec fidem, nec hominium, nec inueſtituram, nec εἰςδεκτικὰ debent, & vulgo dicuntur alodia. i. *franc aleu.* Inueni proprie allodii nomine ſignificari proprium cuiuſque patrimonium. Ita *2.feud. tit.48.* dum ait: Si datum ſit ad proprium vel ad libellum. dum ait ad proprium, intelligit alodium. dum ad libellum, dationem libellariam ſeu chartulariam *vt t.26.* & ſic in veteribus formulis Francorum collectis à Marculpho, Alode ſemper opponitur comparato. ex quibus vnam proponam. Lex eſt Francorum, ſeu lex Salica. Francos enim Salios appellari ſcribit *Amm. Marcell. lib. 17.* vt de terra Salica nulla portio hereditatis ad mulieré perueniat, quæ lex exſtat *lib. ll. Salicarum, tit. de alodio.* Eadem fuit olim lex Anglorum & Turingiorum, in qua id ita exprimitur, ne hereditas tranſeat a lancea in fuſum, & olim in Armenia, vt conſtat ex Nou. xxi. At eam l. Francis diſplicuiſſe id exprimitur hac formula, vt ſorores cum fratribus ſuccedãt in alode. Formula eſt: Gaiæ dulciſſimæ filiæ ſalutem: Diuturna ſed impia conſuetudo inter nos tenetur, vt de terra paterna cum fratribus ſorores portionem non habeant. Sed ego perpendens hanc impietatem, quod ſicut a Deo æqualiter mihi dati eſtis filij, ita & a me ſimiliter eſtis diligendi, & poſt mortem meam æqualiter vos frui meis poſſeſſionibus æquiſſimum ſit: Ideo te dulciſſima filia cum germanis tuis Lucio & Ophilio, æqualem & legitimam heredem eſſe conſtituo in tota mea hereditate, vt tam paternis quam maternis, ſiue quodcunque morientes reliquerimus, tibi æqualiter cum germanis tuis, filiis meis, vti frui liceat, eorumque partem obtineas. Alode opponitur comparato. Eſt igitur proprium patrimonium & quod tenetur proprio iure, nec pendet ex alio.

Ad Legem II.

In emphyteuticariis contractibus ſancimus, ſi quidem aliquæ pactiones in emphyteuticis inſtrumentis fuerint conſcriptæ: eaſdem & in omnibus aliis capitalibus obſeruari, & de reiectione eius qui emphyteuſin ſuſcepit, ſi ſolidam penſionem, vel publicarum functionum apochas non præſtiterit. Sin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, ſed totum triennium neque pecunias ſoluerit, neque apochas domino tributorum reddiderit: volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repellere: nulla ei in poſterum allegatione meliorationis, vel eorum quæ emponemata dicuntur, vel pœna apponenda: ſed omnimodo eo ſi dominus voluerit, repellendo, neque prætendente quod non eſt ſuper hac cauſa inquietatus: cum neminem oporteat conuentionem vel admonitionem exſpectare, ſed vltro ſeſe offerre, & debitum ſpontanea voluntate perſoluere, ſecundum quod & anteriore lege noſtri numinis generaliter cautum eſt. Ne autem ex hac cauſa dominis facultas oriatur emphyteutas ſuos repellere, & reditum minime velle ſuſcipere, vt ex huiuſmodi machinatione triennio elapſo, ſuo iure is, qui emphyteuſin ſuſcepit, cadat: licentiam ei concedimus, atteſtatione præmiſſa, pecunias offerre, hiſque obſignatis, & ſecundum legem depoſitis, minime deiectionis timere periculum.

Sicut lex prima huius tituli oſtendit, pactiones eſſe ſeruandas inter dominum & emphyteuticarium factas ſuper omnibus, & ſpecialiter ſuper caſibus fortuitis: & ſi nullæ interuenerint, vtri eos caſus adſcribi oporteat: qua in re inter emphyteuſim & locationem intereſt. Ita hæc lex ſecunda oſtendit, pactiones eſſe ſeruandas inter dominum & emphyteuticarium in omnibus,

nibus, & specialiter in eo, quod conuenerit de reie-
ctione emphyteuticarij, de quo si nihil conuenerit, alia
differentia constiti inter locationẽ & emphyteusim. Em-
phyteuticarius duplici ex causa de fundo reiicitur, quod
domino pensionem annuam non soluat, & quod apo-
chas fiscales domino non reddat, prædium debet ca-
nonem domino, tributum fisco, tributum autem fiscus
exigit vel a conductore vel a domino pro consuetudine
regionis, *l. si sine herede §. Lucius, D. de administrat. tut.*
Si etiam tributum exigit fiscus ab emphyteuticario, vel
a domino. Vt igitur dominus sit securus aduersus fis-
cum, emphyteuticarius domino debet reddere fiscales
apochas, quibus probare possit fi.. soluta esse tributa.
debet igitur emphyteuticarius & canonem soluere,
id est, pensionem annuam domino & fiscales apochas
reddere. quod si non faciat expelletur fundo emphy-
teuticarius. Rursus etiam emphyteuticarius reiicitur ob
cessationem anni, biennij, vel triennij, vel quinquen-
nij, pro vt conuenerit, *l. lex D. de pignorib.* vel etiam
ob cessationem & moram eiusmodi non reijcitur, si no-
minatim conuenerit ne ob moram pensionum annua-
rum reiiciatur. Nam si simpliciter conuenerit ne reii-
ciatur inuitus, vel si nihil conuenerit: ex hac lege in-
uitus repelletur ob cessationem triennij, id est, si per
triennium neque canonem soluerit, neque apochas
publicas reddiderit. & hac in re distat emphyteutica-
rius a conductore, in quo sufficit cessatio biennij, *l. 3.
sup. locati.* Item in emphyteuticario Ecclesiastico sufficit
cessatio biennij, *Nouella* 120. at in paganico, vt loqui-
tur Eustathius *lib. de temporibus*, exigitur cessatio trien-
nij. Idem dici potest de ciuitatum emphyteuticario:
nam & hic excidit iure emphyteutico ob canonem non
solutum, *l. 1. si ager vect. D. l. 1. inf. de administrat. rer.
ad ciuit. pertin. lib. xi.* Videtur ergo idem tempus & in
eo seruandum. Diuersum est in emphyteuticario præ-
dij fiscalis: nam hic ob canonem non solutum non in-
cidit in commissum, *l. 4. inf. de fund. patrim. l. 2. inf.
de fund. rei priuat. lib. 11.* Licet ob tributum tamen non
solutum possessor incidat in commissum, *l. 1. infra de
susceptoribus*, & ita videtur accipienda *l. 2. inf. de fundis
patrimon.* scilicet de tributis, non de canone. Alioqui
pugnaret cum quæstione legis 4. Hæc est collectio. ob
tributa non soluta fundus minoris fisco non commit-
titur. hoc datur ætati. ergo idem non datur maioribus.
ergo ob tributum non solutum fisco maiores incidunt
in commissum: At ob canonem non solutum idem mi-
noribus & maioribus datur, ne fundus fisco commit-
tatur. Itaque Accursius *l. si tutoris, inf. de administrat.
tutor.* male accipit de fundo fisci, cum sit de fundo
priuatorum, vel ciuitatum emphyteutico, qui domi-
nis vel municipibus committitur ob canonem non so-
lutum, etiamsi ius emphyteuticum fuerit minoris 25.
annis, quod tamen pertinet ad periculum tutoris, qui
rem committi passus est. sed exigitur cessatio triennij
priusquam commisso locus fiat. & ita e contrario, si do-
minus per triennium moram faciat in accipiendo ca-
none emphyteutico, hoc cedit lucro emphyteuticarij.
Anni aut biennij mora domino non nocet. & in hanc
rem Eustathius citat *leg. 32. de Episcop. audient. supra*,
in quo titulo ea lex & pleræque aliæ græcæ desideran-
tur. Itaque si dominus postquam triennio moratus est
in accipiendo canone, deinde eum petat, repelletur.
Et putem solam oblationem emphyteuticarij suffice-
re, id est, eum liberare præstatione temporis præteriti,
sicut sola oblatio liberat a canone fisco debito, *l. 4. de
col. fund. patrim.* & a tributis in præteritum, non in fu-
turum, *l. 1. infra de susceptor.* At a deiectionis periculo
non liberabitur nisi etiam eam pecuniam deposuerit &
obsignauerit: Sola oblatio non liberat a pœna com-
missi, a præstatione præteritio triennij liberat. quæ
omnia sunt singularia postquam cœpit hic contractus
haberi pro speciali: Nam regulariter, sola oblatio li-
Cod.

A berat a pœna nondum commissa, *l. Cels. §. vlt. D. de
recept. qui arbitr. receperunt.* & sola oblatio non liberat
a sorte iam debita, vel ab vsuris ex stipulatione debitis,
l. acceptam, sup. de vsur. vel ratione fructuum perce-
ptionis, *l. 4. sup. de vsur.* Sola tamen oblatio liberat ab
vsuris debitis ex sola mora, quia sola oblatio purgat mo-
ram, *l. qui Romæ §. Seia, D. de verb. obligat.* Id etiam ex
hac lege notandum, moram contrahi in rem ab emphy-
teut. ex solo triennij lapsu sine interpellatione, idque
ex definitione *leg. magnam, inf. de contrahenda stipulat.*
quam Iustinianus intelligit, dum ait, anteriori lege:
nam ambæ leges editæ sunt eodem anno. sed lex *ma-
gnam* mense Aprili; hæc Septembri: huius legis est
subscriptio *datum* 15. *Calend. Octobr.* Chalcedone De-
cio viro clariss. Consule. A qua *l. magna* non sunt ex-
B cipiendæ operæ officiales, quæ in diem non deben-
tur, sed tunc incipiunt deberi cum peti cœperint. De-
finitio est de debitis in diem quæ etiam fuit secunda
Accursij animaduersio. Postremo ex hac l. notandum,
emphyteuticarium qui ob cessationem triennij ceci-
dit suo iure, nullam habere retentionem aut petitio-
nem nomine meliorationum, vel eorum quæ ἐμπονή-
ματα vocantur. Videtur lex differentiam facere inter
meliorationem & ἐμπονήματα, nisi dicas vel esse ἑρμηνευ-
τικόν, quod verum est, vt confirmat lex vlt. Hic dicun-
tur & a Græcis ἐμπονήματα, & βελτιώσεις. Præterea non
habet petitionem pœnæ, vt si sit pœnam stipulatus, si
expelleretur, & expellatur ob cessationem triennij, non
aget ex stipulatu de pœna: nam hic casus semper exce-
ptus intelligitur in hac stipulatione, nisi cessauerit in sol-
C uendo, *l. quæro §. inter, ff. loc.* Hæc est sententia huius
legis secundæ. Nunc transeamus ad quæstiones inter-
pretum. Quærunt an emphyteuticarius expelli possit,
si in fundo emphyteutico male versetur qua ex causa
constat conductorem expelli posse, *l. 3. sup. loc.* Et em-
phyteuticarium Ecclesiasticum, *Nouella* 120. Et vulgo
admittitur in emphyteuticario paganico, vt expellatur
non tantum ob cessationem triennii, sed etiam quod a-
butatur prædio. Recte: nam per emphyteusim res vten-
da, & melioranda datur, non abutenda & deterioranda.
Secunda quæstio est, An emphyteuticarius, qui per er-
rorem cessauit triennio soluere canonem, ius emphy-
D teutycum amittat, an etiam excuset ignorantia, vt si
heres cessauerit, qui iustam habere solet ignorantiæ
causam. & placet non esse distinguendum inter scien-
tem & ignorantem: nam hæc mora committitur reipsa,
ergo personæ scientia non exigitur. Verum Accursius,
ait heredi subueniri, & restitui posse in integrũ ex clau-
sula generali, si qua iusta causa esse videbitur, sed in ea
errat semper Accursius, nam ad absentes tantum per-
tinet, *l. nec non ff. ex quib. caus. maior.* non ad ignoran-
tes. Prætor tamen solet etiam ignorantibus opem fer-
re, ex magna & iusta erroris causa *l. 2. de restit. in integ.
§. si quis agens, Institut. de actio.* Heredi igitur etiam ex
causa subuenietur ob iustum errorem, non vi illius
clausulæ. Tertia quæstio est, an valeat pactio facta inter
dominum & emphyteuticarium, ne emphyteuticarius
ob cessationem pensionum inuitus expellatur. Iam dixi,
E pactionem valere hac *l. secunda*, quæ ait valere pactio-
nes de reiectione emphyteuticarij, vt secundum id,
quod conuenerit, expellatur vel non. Huic tamen sen-
tentiæ opponit Accursius *leg. in hoc §. si conueniat, ff.
comm. diuid.* Lex ait, non valere pactionem factam in-
ter socios, ne omnino fiat inter eos diuisio rei commu-
nis, ergo etiam non debet valere pactio, de qua quæ-
ritur. Respondendum est, diuersam esse rationem illius
& huius pactionis. Illa pactio est seuerior de indiuiduo
vinculo communionis, cum publice magis intersit ne
quis perpetuæ communioni astringatur, propter dis-
cordias quas excitare solet communio, *l. cum pater §.
dulcissim. de leg. 2. l. in re communi, de seruit. vrb. præ-
dior. D.* Hæc autem pactio de qua quæritur, est benigna
T iij

quæ pœna commissi emphyteuticarium liberat. Deinde opponit *l. cum precario, D. de precar.* Si quid precario rogauero in Idus Ianuarias nulla est conuentio. Et hæc etiam conuentio est diuersa ab ea, de qua quærimus, nec sani hominis collationes sunt tam dissidentium inter se conuentionum. Sumas quamlibet etiam pactionem. Non minor erit eius, quam istius cum nostra conferendæ ratio. Si societatem tecum hac lege coiero, vt inæquales partes inter nos fiant damni & lucri, nisi opera suppleat inæqualitem, nulla est conuentio, quia natura societatis non admittit hanc pactionem inæqualitatis: nam vel non est societas, vel æquale esse debet lucrum & damnum: contra naturam societatis facta pactio nulla est, §. *de illa, Institut. de societ.* Erit quidem societas, sed illa pactio circumscribetur. Sic contra naturam precarij hæc pactio est, vt qui rem meam precario rogauit, eam teneat me inuito, verbi gratia, in Idus Ianuarias, quia natura precarij est, vt rem quam ex me habes precario, repetere possim quandocunque libuerit. ideoque detracta illa conuentione precarium valebit. Pactio potest excedere naturam contractus, non potest contraria naturæ contractus esse: vt si in deposito conueniat similem rem reddi, non eandem, est excessus qui nō admittitur *l. Lucius, D. depos.* Si conueniat rem depositam reddi Idibus, non ante Idus, hæc conuentio est contraria deposito. Nam vt precarii ita depositi natura est, vt reuocetur dantis arbitrio, quandocunque libuerit. Itaque repeti poterit depositum etiam ante Idus neglecta pactione, *l. 1 §. pen. de depos.* At pactio, de qua tractamus, ne scilicet liceat expellere emphyteutam etiam si diu cessarit in soluendo canone, non est contra naturam emphyteuseos cum omissa commissi pœna, canon alio modo domino saluus esse possit, & cum salua maneat emphyteuseos natura. Nam hæc non sunt pugnantia, esse emphyteusim & commisso locum non esse, vt nec sunt contraria esse emptionem & euictioni locum non esse: at sunt pugnantia esse emptionem, & de pretio non conuenisse, esse precarium vel depositum, nec posse quandoque reuocari, esse societatem, nec tamen communionem esse damni & lucri. Quarta quæstio est, an ob cessationem triennii dominus possit expellere emphyteuticarium sua auctoritate? Respondendum est non posse, iudicis auctoritas exigitur, *l. lex D. de pign.* Sicut in locatione. Idemque respondetur de conductore, *l. pen. sup. de loc. & conduc.* Nec obstat *l. deuotum*, quam citat Accursius, *inf. de metatis.* Species est: Si domus mea non debeat metatum, id est, non cogatur suscipere hospitem, & metator in eam veniat præparandi hospitii causa, militibus forte transeuntibus, eum expellam mea auctoritate, si exsecutorem expellam mea auctoritate, si rem meam iniuria occupet obtentu officii, *l. 5. de iure fisci l. pen. de exsecut. & exact.* Cæterum hoc modo rem meam tueor & defendo contra iniuriam metatoris, quod iure naturali permissum est. At cum expello emphyteuticarium mea auctoritate, rem meam quam habet nec reddit, sine iudice mihi vindico quod nullo iure permissum est. Quinta quæstio est, si post triennii cessationem dominus accipiat oblatas triennii pensiones, an dominus possit vti iure commissi. Hæc definitur *Nouella* 120. quæ ostendit dominum posse vti iure commissi expulso emphyteuticario, simul & præteritas pēsiones exigere; & licet ea Nouella loquatur de Ecclesiastico emphyteuticario, eadem tamen est ratio in paganico, & inter Ecclesiasticum & paganicum vna tantum est differentia in cessatione, nempe in temporis definitione de qua constat. Igitur solutio pensionum, & acceptio non liberat emphyteuticarium a pœna commissi iam commissa. at si nolit vti dominus iure commissi, & velit ius emphyteuticum perseuerare, tunc tantum pensiones exiget. Et e contrario, vt heri ostendimus, si ipse dominus per triennium fuerit in mora accipiendi oblatam pensionem non depositam & obsignatam, nihilo tamen minus vtetur iure commissi, non tamen exiget pensiones. Sunt hi duo casus excipiendi a priori definitione, alioqui: vtrumque consequetur & pensiones & fundum. Non obstat lex *post diem, D. de lege commissor.* qua etiam motus Accurs. aliter respondit. Species legis est. res est vendita lege commissoria, vt scilicet fiat inempta pretio non soluto Calend. proximis. post Calendas, & ita l. commissa, seu venditione, venditor petit pretium actione ex vendito: An poterit variare? & postea vti lege commissoria, & fundum venditum vindicare? L. ait non posse, quia ipse secum pugnat, nam dum agit pretii nomine ex vendito ratam venditionem facit; dum vtitur *l. commissoria*, irritam facit. At in specie proposita non pugnat secum dominus qui emphyteusim dissoluit, & præteriti temporis pensiones exigit. Opponitur etiam *l. vlt. D. de eo quod certo loco, l. 2. D. si quis caution.* & *l. vectigalia §. vlt. D. de publ.* Sed his medendum est eodem collyrio, vt recte respondet Fulgosius. Sexta quæstio est, si sit contentio inter dominum & emphyteuticarium de solutione pensionum, & emphyteuticarius dicat se soluisse, dominus neget, cui incumbat onus probandi. Nihil est apertius. Qui allegat solutionem, eam probare debet, *l. quingenta D. de probat. l. vlt. inf. de solut. l. asseueratio, sup. de probat.* Probatur solutio testibus tantum, vel apochis, & testibus quinque, *l. testium, sup. de testib.* & apochis munitis tribus testib. *l. 12. sup. de testib.* secundum distinctionem legis *vlt. sup. si cert. pet. de reb. cred.* Nam quandoque sola apocha sufficit. Adiicit Accursius emphyteuticarium, qui probat se tribus proximis annis soluisse, præsumi etiam soluisse superioribus, nec de solutione superiorum ab eo probationem exigi, sed de non solutione a domino, argumento *l. 3. inf. de apochis publicis*, quæ loquitur de tributis fisco debitis, non de canone dominico. Sed idem etiam trahitur ad canonē in Burboniis consuetudinibus *tit. 28.* Septima quæstio est: si dominus sit stipulatus pœnam de emphyteuticario, ni suis temporibus pensiones intulerit, an videatur renuntiare iuri commissi? Recte Accursius dicit, non videri: Nam sicut stipulatio pœnalis non tollit sortis obligationem nisi id actum sit: ita non tollit ius commissi: at si eligat dominus pœnam, non vtetur iure commissi, ni aliud sit actum vt vtroque vteretur iure commissi & stipulationis pœna: illa sæpius potest exigi nisi id actum sit. Vltima quæstio est: an si emphyteuticarius ius suum in alium transtulerit, contra eum dominus possit vti iure commissi? Respondetur, posse, cum successerit in locum prioris, sub eodem onere eademque causa, licet cum eo non sit emphyteusis contracta. itaque si cessarit in solutione pensionis per triennium, expelletur a domino. Vltimo loco hanc quæstionem Accursius adiicit, si quis alienum prædium 40. annis possederit sub præstatione canonis, & canonem soluerit quasi emphyteuticarius cum non esset, an re cognita possit deiici? Respond. Accurs. non posse deiici, sed præsumi celebratum esse contractum emphyteuticum. Sententia est, eum non posse deiici, quasi non sit emphyteuticarius, sed pro emphyteuticario haberi. vetustatem corrigere vitium possessionis, quæ fuit sine titulo. & ita qui fundum tenuit 30. annis vt vasallus, & fidem atque hominium domino exhibuit, licet ab initio non sit inuestitus, pro vasallo habetur, lib. 2. *Feud. tit. 25.* Putem & in specie proposita ab Accursio 30. annos sufficere, imo & 20. si bona fide prædium alienum possederit. In l. *vlt. inf. de fundo patrimon.* agitur de fundis fiscalibus vel templorum, & in eis exigit 40. annos, non de fundis priuatorum. At quid dicemus e contrario in emphyteuticario si 30. annis fundum possederit optimo iure sine illatione pensionum? & constat hunc non posse dominium adquirere, cum possideat alieno nomine non suo & idem esse

in conductore: nam conductores & emphyteuticarii per longissimum tempus possessionem & dominium non adquirunt, *l. cum notissimi §. penult. inf. de præscript. 30. annorum.* At aduersus ius commissi, vel petitiones ἐπιδετελειῶν siue reliquorum, *les arrerages*, poterit se tueri præscriptione 30. annorum, & in causa fisci 40. In futurum tamen non erit a pensionibus immunis, *l. comperit, inf. de præscript. 30. annor.* quia possessionis causa non mutatur, sed idem fundus manet emphyteuticus. & ita etiam vasallus non se liberat hominis conditione præscriptione 30 vel 40. annorum. Notandum in feudo non esse locum commisso, locus est commisso in locatione, in emphyteusi, in contractu libellario vel censuali. & generaliter in omnibus annuis reditibus. at in feudo cuius ratione nullus annuus reditus debetur, ob fidem & professionem hominii domino non præstitam, non est locus commisso; id est, feudum non amittitur: & sunt tantum certæ ingratitudinis causæ, ex quibus domino feudum committitur, vt si dominum abnegauerit, si violentas manus ei intulerit, si vxorem aut filiam vitiauerit. De his lib. 1. *Feud. t. 5. & 21.*

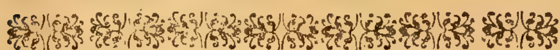
Ad legem tertiam.

Cum dubitabatur vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur alienare, vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius exspectare consensum: sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas obseruari. Sin autem nullo modo huiusmodi pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est: minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sed ne hac occasione accepta, domino minime concedant emphyteutas suos accipere pretia meliorationum quæ inuenerunt, sed eos deludant, & ex hoc commodum emphyteutæ depereat: disponimus attestationem domino transmitti & prædicere quantum pretium ab alio [reuera] accipi potest. Et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse reuera emphyteuta ab alio recipere potest: ipsum dominum omnimodo hæc comparare. Sin autem duorum mensium spatium fuerit emersum, & dominus hoc facere noluerit: licentia emphyteutæ detur, vbi voluerit, & sine consensu domini meliorationes suas vendere, his tamen personis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari ad huiusmodi venire emptionem. Necessitatem autem habere dominos, si aliis melioratio secundum præfatum modum vendita sit, accipere emphyteutam; vel si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas & idoneas ad soluendum emphyteuticum canonem transponere emphyteuta maluerit: non contradicere, sed nouum emphyteutam in possessionem suscipere, non per conductorem, vel per procuratorem, sed ipsos dominos per se, vel per literas suas, vel (si hoc non potuerint vel noluerint) per depositionem, in hac quidem ciuitate apud virum clarissimum Magistrum censuum, vel præsentibus tabellariis per attestationem, in prouinciis autem per præsides, vel per defensores celebrandam. Et ne auaritia tanti domini, magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent: (quod vsque ad præsens tempus perpetrari cognouimus) non amplius eis liceat pro subscriptione sua vel depositione, nisi quinquagesimam partem pretii, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere. Si autem nouum emphyteutam, vel emptorem meliorationes suscipere minime dominus maluerit, & attestatione facta, intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutæ, etiam non consentientibus dominis ad alios suum ius, vel emphyteumata transferre. Sin autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disposuit, iure emphyteutico cadat.

HÆc lex tertia est de alienatione iuris emphyteutici, & emponematum, seu meliorationum. & vt

A lex 1. de casibus fortuitis, lex 2. de reiectione emphyteuticarij: ita hæc lex de alienatione iuris emphyteutici seruari oportere ait quod conuenerit inter dominum & emphyteuticarium: Sed si nihil conuenerit, vel si pactionum instrumentum perierit, lex statuit vt ius suum & meliorationes suas emphyteuticarius vendere non possit sine consensu principalis domini. Græci principalem dominum πρωτότυπον vocant, quem doctores directum. Igitur non potest vendere ius suum inconsulto domino, nam debet denuntiare domino se velle ius suum, quod habet in prædio, alteri vendere & an ipse velit emere. At quæritur an possit emphyteuticarius donare ius suum domino inconsulto? Constat emphyteuticarium fisci donare posse ius suum sine consensu procuratoris Cæsaris saluo canone, *l. 1. de fund.*
B *patrim.* Accursius idem putat dicendum in priuato emphyteuticario. Recte: nam eadem est ratio, & si aliter responderis, in totum interdices donatione emphyteuticario, cum ei in totum non interdicatur venditione, sed sub hac conditione tantum, si dominus cui denuntiatum est esse venalem emphyteuticarium fundum, nolit emere eodem pretio. Donationem si prohibeas sub eadem conditione, in totum prohibeas, quia dominus semper volet sibi potius prædium donari quam alteri. Et ita liberalitati & munificentiæ emphyteuticarij in amicum de se bene meritum collatæ dominus erit impedimento semper. Igitur licebit emphyteuticario donare, domino non antestato & inconsulto, non item vendere. Poterit & permutare sine consensu do-
C mini, quia non est in potestate domini eandem rem offerre, pro qua emphyteuticarius ius suum cum altero commutat. At idem pretium offerre, est in eius potestate. Ideo est denuntiandum domino, cum possit idem pretium præstare. Igitur in hac lege tertia alienare accipitur stricte pro vendere, vt in *l. 1. hoc tit.* Alienationis, id est, venditionis, §. *adeo, de loc. Institut.* refertur sententia legis primæ, & pro eo quod est in l. prima, alienationis, in eo est venditionis: Potest etiam emphyteuticarius prædium emphyteuticum pignori obligare saluo canone, *l. tutori §. vlt. de pignerat. act. D.* Potest etiam vsumfructum & seruitutem ei imponere, *l. 1. §. 1. D. quibus modis vsusfruct. amitt.* Sed soluta emphyteusi (soluitur autem tempore, vel commisso) soluetur pignus & seruitus. At emphyteuticarius
D non potest vendere sine domini consensu. Et idem dicendum in fisci emphyteuticario, licet negauerit Accursius, *l. 1. de fund. patrimon.* Debet autem emphyteuticarius, qui iuris sui emptorem inuenit & meliorationum, domino principali testato denuntiare, se velle vendere, & quanti possit vendere, id est, se emptorem inuenisse, qui daret tot aureos, vt idem dominus possit emere totidem, si velit: nam dominus habet ius προτιμήσεως, id est, præfertur extraneo. Idem ius domino non datur in feudo, sed datur ius retractus venditione perfecta intra certa tempora. ius retractus, id est, ius redimendi feudi ab emptore, vt est in consuetudine Parisiensi *l. primo, & 2. lib. Feudorum tit. nono.* Constitutione tamen Lotharii & Friderici, feudum non po-
E test alienari sine domini consensu, *vt libro 2. Feudorum, tit. 52 & 55.* At eo iure non vtimur: nam potest feudum alienari sine consensu domini, sed dominus habet redimendi siue retrahendi ius, plerumque intra dies 40. reddito eodem pretio emptori. Igitur non habet ius προτιμήσεως, nec ius commissi, si certior non fiat a vasallo, sed habet ius redemptionis seu retractus: At ius emphyteuticum non potest vendi & tradi sine domini consensu. si vendatur non denuntiato domino, prædium domino committitur, vt ostenditur *in fine huius legis.* Denuntiari igitur domino oportet prædium esse vænale. post denuntiationem domino dantur duo menses, vt emat si velit eodem pretio post duos menses: si non emat, libere vendet emphyteuticarius, cui

volet: ad soluendum canonem idoneo, & emere non A
prohibito, & dominus cogitur eum emptorem recipere, approbare: debet autem eum suscipere non per procuratorem suum, non per conductorem suum, sed per se vel per litteras suas, sine litteris per depositionem factam in vrbe apud magistrum census. Magister census erat tantum in vrbe, non in prouinciis, qui postea dictus fuit γηνικός, *Nouel. Leonis 44.* apud eum fiebant contractuum & instrumentorum omnium publicationes, & insinuationes. Igitur dominus emptorem nouum recipiet per depositionem factam in vrbe per magistrum census, vel per testationem factam in vrbe, præsentibus publicis personis, id est, tabulariis. Depositio fit sine scripto *l. in sacris* §. *hoc si prolata, inf. de prox. sacr. scrin. lib. 12.* Quod non putauit Accursius, vt & *l. vlt. inf. de princip. ag. in rebus, l. 11.* testatio fit B
scripto. In prouinciis autem dominus principalis debet nouum emphyteuticarium suscipere per depositionem vel testationem factam apud præsidem vel ciuitatum defensores, si per se nolit, aut per epistolam. Debetur autem domino pro hac re εἰσδεκτικόν, id est, pro admissione noui emphyteuticarii, quod hac lege definitur, vt ei detur quinquagesima pars pretij (*Gallice les lots & ventes*, & dominus testato conuenitur vt nouum emptorem admittat, & post eam testationem, adhuc duobus mensibus exspectatur. post duos menses si non admittat & approbet, iam non necessaria susceptio, εἰσδεκτικοῦ, nec debetur εἰσδεκτικόν; sed alienatio valet perinde ac si nouus emptor fuisset receptus a domino. præterea notandum hæc εἰσδεκτικὰ siue laudimia deberi non tantum si ius emphyteuticum vendiderit, sed etiam si do- C
nauerit, vel permutauerit, vel legauerit, vel instituti onis iure in alium transtulerit; quod hac lege significatur, dum ait, domino quinquagesimam pretii deberi, vel æstimationis loci, qui in aliam personam transfertur; pretium refertur ad venditionem, æstimatio ad aliud genus alienationis. Nam licet emphyteuticarius possit donare vel permutare sine domini consensu, non ideo non debentur εἰσδεκτικὰ, sicut in feudo licet hodie sine domino vendi possit, non ideo minus debentur quintæ: ac similiter si pacto conuenerit vt emphyteuticarius domino inconsulto possit vendere, non ideo remissa videntur εἰσδεκτικὰ. Primum igitur caput legis tertiæ ne alienet sine domini consensu, ad venditionem tantum pertinet, ne emphyteuticarius alienet inconsulto domino. Cætera ad omnem alienationem, & vt D
nouus emphyteuticarius suscipiatur, vt inferat εἰσδεκτικόν, vt his omissis commisso locus sit.



IACOBI CVIACII I. C. RECITATIONES SOLENNES SIVE COMMENTARII

In Quintum librum Codicis.

AD TIT. I. DE SPONSALIBVS ET ARRIS sponsalitiis & proxeneticis. Anno 1575.



HIC titulus tres habet partes: Vna est de sponsalibus, altera de arris sponsalitiis: E
tertia de proxeneticis. Et obseruandum est in primis, hanc esse mentem conditoris Codicis, vt quos omisit contractus libro superiore, hoc lib. persequatur, & actiones proditas ex iis, ac præcipue matrimonii contractum, qui etiam nudo consensu perficitur, vt emptio locatio, societas, mandatum & emphyteusis, qui expositi sunt libro superiore. Et hoc obiter serua quod dico, emphyteusin perfici nudo consensu, sicut emptionem & locationem, quibus adsimilatur; nec esse ad eam perficiendam necessariam stipulationem, nec scripturam: matrimonium in quam nudo consensu perficitur: nam neque verba, neque scripturæ proprietatem desiderat, neque dotem, neque concubitum, neque pompam, neque vxoris deductionem in domum viri, *l. pen. ff. de donat. int. vir & vxor. l. si donationem, inf. de nupt.* quæ sunt quidem per consequentias matrimonii propria, sed reliqua, non principalia, quæ rem negotiumque conficiant, nudus consensus rem conficit. Nuptiæ igitur siue matrimonium est conuentio nuda, quæ fit inter ciues, marem & fœminam ad sobolem procreandam spectans, eo animo votoque, vt in vna domo totam vitam viuant socialiter. De hac conuentione tamen plenius dicemus, cum ad tit. quartum qui est de nuptiis peruenerimus. Ab ea enim ordiri vetamur cum ordine titulorum, tum re ipsa: nam licet matrimonium consensu nudo trahatur, vt emptio, vel locatio, tamen ad eum non peruenitur statim vt placuit primus sermo de nuptiis: & repentino quod contrahitur, id haud quaquam sapientes probant. Ac rectissime *D. August. 8. confess. Institutum est*, inquit, *vt iam pacta non tradantur statim, ne vilem habeat maritus, datam, quam non suspirauerit sponsus desideratam & dilatam.* Nullus est contractus, cui tot adiiciantur contractus alii, ne de pactionibus loquar: nam & celeberior est contractus cæteris omnibus, quippe qui primus est omnium contractuum, vt ait Hierocles *lib. de nupt.* Contractui vni, qui principalis est, non tantum pactiones adiiciuntur, sed & contractus alii, eumque ambiunt & circunstant, vt emptionem & venditionem arrarum datio, traditio rei, & cautiones. Matrimonii licet vnus sit & principalis contractus, sunt alii, qui, vt ad eum perueniatur, vel eum præcedunt, vel vbi completus est, eum sequuntur, vel modo præcedunt, modo sequuntur, vel qui penitus dirimunt eam conuentionem, vt diuortium, quod contractum esse certum est, *l. iurisgentium* §. *quinimo, D. de pact. l. si vxor, de iudic.* Sed qui ad eum constituendum, confirmandum, vel corroborandum spectant, hi sunt, dotis datio vel promissio, donatio ante nuptias vel propter nuptias, sponsalia, arrarum datio. dotis promissio est contractus, dotis etiam datio contractus est, *l. exigere, D. de iudic. l. contractus, D. de reg. iur.* Dotis inquam datio contractus est, qui præcedere, vel sequi matrimonium potest, vt Paulus ait *libro 2. Sentent. tit. de dot.* Et si sola præcedat, nondum est matrimonium: Nam dotis datio vel promissio nuptias vel sponsalia non facit, *l. si sponsalibus, D. de iur. dot.* Imo nec dos est proprie antequam nuptiæ sequantur, *l. 3. D. eod.* Inest enim dationi vel promissioni dotis tacita conditio, si nuptiæ sequantur, *l. stipulationem, & l. quia autem, D. eod. l. 4.* §. *1. D. de pact.* Et ante nuptias igitur dos imperfecta est, dotisve contractus imperfectus est, *l. necessario, D. de per. & com. rei vend.* Item donatio ante nuptias est contractus: nam ei negotium est aliquod, qui olim præcedere nuptias, hodie etiam sequi potest, sicut dos, & ob id mutato nomine hodie dicitur donatio propter nuptias, non ante nuptias, *l. si constante, inf. tit. 3.* Item sponsalia contractus est, qui præcedit tantum nuptias. Arrarum quoque datio contractus est, qui etiam præcedit nuptias, & quia pars prima huius tit. est de sponsalibus, de eo contractu prius nobis agendum. Sponsalia hodie contrahuntur nudo consensu, sicut nuptiæ, *l. 4. & vlt. D. eod.* Idcirco recte contrahuntur inter absentes per internuntium, vel per epistolam, vel per aliam quamlibet personam interpositam, veluti per procuratorem, pararium vel proxenetam, Et recte in *l. 4. quotidie fieri. & d. l. vlt. plerunque fieri*, vt absens absenti despondeatur, vt hæ conditiones expediantur interpositis personis, quæ expediri per alium non possent, si vt olim sponsalia fierent per stipulationem: nam stipulationes nunquam fiunt per alium, *l. 1. in pr. ff. de verb. obl.* Et secundum hoc ius nouum, quo sponsalia nudo

consensu contrahuntur, puto accipiendam esse definitionem Flor. positam in *l. 1. D. eod.* vt *sponsalia sint mentio & repromissio futurarum nuptiarum.* Non satis est mentio; nam mentio est primus sermo, & tractatus de nuptiis contrahendis, nondum contractus, nondum sponsalia. In *l. nam cum, D. pro soc.* tractatu habito coiri societatem, non tractatum scilicet, sed conclusionem tractatus esse societatem. Ideo additur in definitione, *repromissio*, quo nomine fateor plerunque significari nudam cautionem, siue promissionem stipulanti factam non datis fideiussoribus, sed dico illo loco significari nudum consensum, quo hodie sponsalia perficiuntur, imo in iure quod est verissimum, promittendi & repromittendi verbum latissime patet: Nam & pactum eo significatur, & nudus consensus, & dictio, & pollicitatio, & omnis contractus, *l. sciendum, §. dictum ff. de aedil. edic. l. 9. in pr. ff. de duob. reis, l. pactum ff. de pollic. l. si pacto sup. de pact. l. nuda, inf. de contrah. stip.* Et ideo minus est *promittere* quam *spondere.* Seneca in epist. *Iam non promittunt de re, sed spondent.* Promittunt qui quamcumque conuentionem inueniunt, etiamsi obligatio ex ea non nascatur, & qui paciscuntur. igitur spondent tantum qui stipulanti promittunt, quod est firmissimum vinculum iuris, & vt ait *l. sponsio D. de verb. sig.* sponsio appellatur, non tantum quae fit per sponsus interrogationem, nempe his verbis, *spondes, spondeo*, sed etiam omnis promissio stipulatioque, licet fiat aliis verbis, *promittis? promitto, fideiubes, fideiubeo. Sponsus* Varroni est *contra sponsum rogatus:* sponsor qui vicissim rogatus est, an sponderet, vt fiebat olim in sponsalibus: Aetate autem Florentini desierant sponsalia fieri per stipulationem, satisdato fiebant, id est, datis fideiussoribus, non nuda repromissione, vt Seruius auctor est in illum locum Virgilii, *& gremiis abducere pactas.* Olim igitur sponsalia per stipulationem fiebant *l. 2. ff. eod. tit.* Arnob. 4. contra gentes. *Habent*, inquit, *interpositis stipulationibus sponsas.* & idem addit, *sponsis pactas & speratas.* pactae addita stipulatione fiebant sponsae. Nudum enim pactum non facit sponsalia, & aliud est nudum pactum, nudus consensus longe aliud: Nam etsi pactum sit nudus consensus, non tamen omnis nudus consensus est pactum, sed vel pactum, vel contractus. Emptionem recte leges perfici nudo consensu: nudo pacto fieri nusquam leges, quod idem est de sponsalibus atque nuptiis. Stipulatio pactam sponsam facit; stipulatio est remedium, quod adhibetur pacto, *l. licet, sup. fam. ercisc.* Et vitiosa est argumentatio, si quis dicat: Pactum est nudus consensus, emptio perficitur nudo consensu, ergo emptio perficitur nudo pacto: nam propositio non est absolute vera. Nec enim pactum est simpliciter nudus consensus: sed nudus consensus, qui non transit in proprium nomen: Nudus autem consensus, qui transit in proprium nomen, vt emptio venditio, locatio, sponsalia, nuptiae, contractus est non pactum. Et breuiter idem est conuentio, & consensus, *l. 1. §. 1. de pact.* Omnis conuentio consensum habet. Conuentio est genus, ergo & consensus est genus, & species duae, pactum & contractus. Verum ad rem. Olim igitur, cum per stipulationem fierent sponsalia, non fiebant per alium: Nam stipulatio non contrahitur per alium inter absentes, sed fiebant inter eos ipsos, qui erant contracturi nuptias, inter se vel inter patrem puellae & adolesc inter parentes puellae & adolescentis, qui de nuptiis futuris liberorum suorum conspondebant inuicem suo nomine, non filiorum, ignorantibus filiis, & nonnunquam inuitis. Ideoque sponsiones illae eos tantum tenebant, non filios aut filias, nisi consensissent, & licebat his patribus dissentire hac in re, in quorum potestate erant, *l. 2. ff. de rit. nupt. l. sponsalia, & seqq. ff. de sponsal. l. Titia, ff. de verb. oblig.* Igitur omnis nuptiarum potestas non est in patre. Et recte Comicus: *Vxorem decrene-*

A *rat dare sese mihi pater hodie, nonne oportuit praesciisse me ante, nonne communicatum oportuit?* Id vero quod ita agitur inter parentes vulgo existimant esse despondere, sed falluntur: Nam verbum illud commune est. Despondere etiam dicuntur inuicem per se, qui conueniunt de futuris nuptiis inter se, *l. si quis tutor §. quamuis, ff. de rit. nupt.* vel etiam, qui eorum nomine conueniunt hodie nudo consensu, vt *l. 4. ff. de sponsf.* desponsae a patre, in *l. tutor, ff. de ritu nupt.* additur *destinata a patre.* Desponsatur per conuentionem seu consponsionem. Destinatur testamento citra conuentionem, vt in *l. non est matrimonium, ff. de rit. nupt. non desponsam a patre*, inquit, *nec testamento destinatam.* Et vt his verbis Comici vtar: *Te isti virum do amicum, tutorem, patrem.* Et inde in *d. l. tutor*, sic omnimodo videtur legendum esse; *tutor vel curator adultam vxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa, destinataue te-*
B *stamento, nominata conditione nuptias puella sequuta fuerit tutoris vel curatoris. nominata conditione*, id est nominato viro, cui eam destinabat pater, puta demonstrata persona viri, cui filiam nubere pater cupiebat post mortem suam, quod est perspicuè verum. Porro ex stipulatione futurarum nuptiarum, quae olim interueniebat & sponsalia perficiebat, vt auctore Gellio Seruius Sulpitius scripsit, *libro de dotibus.* Ex quo libro refertur alia sententia in *l. quod Seruius, ff. de condict. caus. dat.* Et Neratius quoque auctor iuris *lib. de nupt. ex ea*, inquit *stipulatione actio dabatur* sponso, in id, quod vxorem accipi vel dari intererat, & consequenter erat olim etiam poenae petitio, quasi vice eius quod
C interest, si stipulationi fuisset subdita poena, quod etiam probat Nou. *Leon. 18.* Quod improbat, *dict. l. Titia, ff. de verb. obligat. & l. pen. infra hoc tit.* ne metu poenae adstringantur matrimonia. Vnde consequens est improbari actionem quanti interest: Nam altera alteri succedanea est, & datur in eum, per quem stat, quo minus nuptiae fiant. Est tantum petitio legitimae poenae, non conuentionalis: petitio ex lege, non ex conuentione, nempe amissio arrarum, si eas dederit is, per quem stat quo minus nuptiae sequantur, vel si eas acceperit, duplum arrarum *l. 5. hoc. tit.* vel etiam vt adiicit, ex conuentione quadruplum. Quid igitur poenam probat conuentionalem, eamque quae perueniat ad quadruplum? quia videlicet veteri iure etiam legitima fuit poena quadrupli, *l. 1. Cod. Theodos. si rect. prou.*
D & ius vetus redacto quadruplo in duplum, non ita est antiquatum, quin possit ex conuentione reduci, sub eo colore, quod & quadrupli poenam ius aliquando probauerit. Alioquin non esset poenae illius petitio legitima supra duplum petitio. Nam certa est definitio *l. vnica C. de sentent. quae pro eo quod interest profer.* eas tantum poenas posse exigi, quae legibus certo fine statuuntur, vel quae cum competenti moderamine proferuntur: quod ne accipias de conuentionalibus, per quas quisque sibi cauit, sed de iis, quae proferuntur, de mulctis, scilicet quae proferuntur sententia arbitrio iudicis cum competenti moderamine: est enim mulctarum modus quidam *in tit. de mod. mulct. & l. propen. ff. de verbor. sign.* Ea est definitio *d. l. vnica*,
E cui si obiiciatur lex *pen. h. tit.* habes iam quod respondeas. Et rursum, si ei obiiciatur *l. si dictum, ff. de euict. l. si procurator ff. de iur. fisc.* euictionis nomine contrahentes posse cauere, non duplum tantum, sed triplum & quadruplum pretii, hoc mirum videri nemini debet, quandoquidem lege nulla constituta est ei rei certa poena, nulla certa taxata quantitas euictionis nomine, & licet moris sit duplum cauere euictionis nomine, tamen non est lex certa, vt plane liceat contrahentibus sibi cauere etiam supra duplum. Nam vbi lex deficit, vel sententia iudicis, conuenientibus aut contrahentibus quiduis conuenire licet. Nec rursus obstat *l. 4. §. vlt. ff. si quis caut.* quae admittit ex conuentione poenam

iudicio sustendi causa, quæ est amplior eo quod statutum est edicto prætoris, quod prima facie vehementer obstare videtur. Nam vt respondeam: cautio iudicio sisti est prætoria, quæ in id quod interest concipitur, *l. quoties, ff. de verb. oblig.* Et tritum est illud, id quod interest licere deducere ad certam summam, quod plerunque eius æstimatio sit incerta, *l. vlt. ff. de prætor. stip.* etiamsi pluris deducatur in eam summam, quam reuera intersit, modo non excedat duplum in casibus certis, quoniam id quod interest in cas. cert. finitur duplo. Et id igitur, quod explicandi causa additur, quantum intersit & in casibus incertis, modo non excedat æquum & bonum. Est in hanc rem *l. 6. ff. de prætor stipul. in præt. stipulat. omnibus*, ergo & iudicio sisti, etiamsi a prætore sint conceptæ, & habeant formulam certam & conceptionem, veluti quanti ea res est, vel quanti interest, tamen posse, si quid contra factum erit, conuenire de certa pœna, & pœnæ stipulationem committi ex conuentione. Prætoriis quidem stipulationibus nihil posse addi, nihil detrahi, nec earum formulis dicitur in *l. in conuentionalibus, ff. de verb. obligat.* Sed nec immutat eas qui vel addit, aut detrahit eis, & quidquid in eis est incertum, redigit ad certam summam & æquam. Igitur restat vera definitio *l. vnicæ*. Supra autem tractauimus de patribus despondentibus filios, aut filias, & de pœna quæ adijcitur iis desponsionibus. Sæpe vsus sum *sup. l. Titia, ff. de verb. oblig.* Et æquum est ideo me speciem ad eam legem apponere, quæ est veluti arx quæstionis huius. Species hæc est: Vir & vxor post matrimonium contractum, quod erat eis secundum (nam vterque expertus erat aliud coniugium) consenserunt, & conuenerunt, vt viri filia, quam ex prima vxore habebat, desponderetur filio vxoris, quem ex alio matrimonio habebat. Neque hæ nuptiæ vetitæ sunt, quia nec cognati sunt inter se, nec affines. Nec enim cognati viri affines sunt cognatis vxoris, nec filij viri affines sunt filiis vxoris ex alio matrimonio procreatis, sed cognati viri affines sunt vxoris, & contra cognati vxoris affines sunt viro, nam ipsi inter se cognati sunt. Sunt igitur inter eos iustæ nuptiæ, & ita quotidie fit, vt mater & filia nubant patri & filio. Et hoc est quod ait *l. generali §. inter, ff. de rit. nupt.* Inter priuignos, viri scilicet & vxoris quos ἀλληλοπρογόνους, Theophil. vocat in *§. mariti, Instit. de nup.* contrahi posse nuptias, etiamsi communem fratrem ex nouo parentum matrimonio susceptum habeant. Recte igitur parentes illi, vt proposui, consensere, vt vxoris filia filio mariti desponderetur, ac præterea etiam huic conuentioni adiecerunt pœnalem stipulationem, si quis eorum parentum nuptiis impedimento esset, atque ita eam desponsionem deuinxerunt pœnæ vinculo. Postea vir constante matrimonio diem suum obiit, ac post mortem patris filia noluit nubere filio nouercæ, vt conuenerat inter coniuges, citra consensum liberorum: potuit nolle nubere: nam sponsio patris non tenuit filiam. Quæritur, an ex ea stipulatione pœna peti possit ab heredibus patris, quasi per patrem factum sit, dum viueret, ne nuptiæ complerentur: Et respondet I. C. pœnam peti non posse, hac ratione, quia contra bonos mores stipulatio fuit interposita, cum inhonestum sit vt ait pœnæ vinculo matrimonia constringi, siue futura, siue iam contracta, quia ea libera esse oportet. Hæc est sententia legis *Titia*. Sed si verum est quod ait, eam stipulationem pœnalem esse contra bonos mores, esse inhonestam, igitur Leo *Nouell.* 18. non potuit probare eam stipulationem, quæ pugnat contra bonos mores, contra honestatem, pudorem, & ius naturale quod mutari non potest iure ciuili. An dicemus, eam Nou. esse contra ius naturale? minime: nam distinguendum est, alios esse bonos mores ciuiles, alios naturales, *l. item apud Labeonem §. & idem ait, ff. de iniu.* & alia esse inhonesta ciuiliter, alia naturaliter, *l. probrum 41. ff. de*

A *verb. sig.* Inhonestum esse ciuiliter matrimonia & sponsalia vincire metu pœnæ *l. Titio 100. §. 1. ff. de cond. & demonst.* Ea vero, quæ sunt inhonesta ciuiliter, posse leges efficere, vt amplius pro inhonestis habeantur. Atque ita in vsu euenit sæpe, vt quæ nunc sunt inhonesta, post non inhonesta esse videantur, vel contra, quoniam scilicet hos mores ius ciuile induxit, non ius naturale. Et sane etiam *d. l. Titia* significat eam stipulationem pœnalem, non esse nullam ipso iure, quæ sane nulla esset ipso iure, si aduersaretur iuri naturali. Et vtrique iuri igitur: nam quod naturale est, & ciuile est, & significat ipso iure pœnæ exactionem esse efficacem, si promissor omiserit exceptionem doli mali, dum conuenitur ex stipulatu. denique eam stipulationem pœnalem non esse nullam ipso iure, sed irritam fieri per
B exceptionem doli mali. Hic non morarer diutius, nisi animaduertissem Modestinum I. C. non indignum existimasse tractatu, quæ essent differentiæ inter sponsalia & nuptias. Nam is certe Modestinus *libro 4. different.* docuit quæ essent differentiæ inter sponsalia & nuptias sub hoc tit. Eos enim libros distinxerat titulis de sponsalibus & matrimoniis, sicut ex fragmentis veterum Iurisconsultorum siue reliquiis constat, eum tractasse differentiam inter depositum & commodatum lib. 3. *sub. hoc tit. de depos. & commod. & lib. 6. differentiarum*. Differentias inter scientes & ignorantes. Et summa quidem illa & notior differentia inter sponsalia & nuptias est: Eo distare has ab illis, quo spes distat a re ipsa, Nam sponsalia sunt spes nuptiarum, speratæ nuptiæ: *l. pen. h. tit.* spes nuptiarum in *l. 6. ff. eod l. si vxor §. Di-*
C *uus, ff. ad leg. Iul. de adul. l. 2. inf. de repud.* & quæ dicuntur speratæ in auctoribus, eæ sunt vel sponsæ vel pactæ. Nam & pactiones de futuris nuptiis, licet sine stipulatione obligationem non pariant iure ciuili, tamen etiam sunt spes nuptiarum. Aliam differentiam *eod. lib. 4. differ.* Modestin. exposuit in *l. ea quæ ff. ad municip.* Vt scilicet ea, quæ desponsa est, non mutet domicilium, nec forum propter sponsalia, antequam contraxerit nuptias. Vxorem vero constat mutare domicilium & forum, & vbi domicilium habet maritus, ibi eam conueniri, & facere munera publica quæ mulieribus conueniunt *l. vlt inf. de incol. lib. 10.* Et eleganter *in l. 12. C. Th. de nauicul. vt in litibus*, inquit, *caussisque priuatis mulieres conuenit sequi fora maritorum, ita in publicis necessitatibus eandem rationem seruari con-*
D *uenit*, vt munera publica vbi obit maritus, ibi & obeat vxor. Alia differentia est ex eod. lib. Mod. in *l. 14. ff. de sponsal.* In nuptijs definitam esse ætatem, nempe in fœm. 12. an. in mascnlis 14. vel quod idem est, & notandum, in masculis 15. in fœminis 13. annorum. Nam cœperit oportet in fœmina annus 13. in mare 15. Atque ita non sunt iustæ nuptiæ, nisi illa faciat anno 13. ille 15. incœpto, cuius vel diem vnum, aut vnam horam attigisse satis est. Et hoc ita demonstrat Nouella Iustiniani 100. *& Nou. Leon. 78. & Nou. 2.* Alexii Comneni *de sponsal.* In sponsalibus autem non est definita vlla ætas, vt ait *d. l. 14.* Et quod subiicit eadem *l. quapropter & a primordio ætatis sponsſ. effici possũt, si modo id fieri ab vtraque persona intelligatur, id est, si non sint minores, quam septẽ*
E *annis.* hic non definit certam ætatem: sed exigit tantum, vt sponsus & sponsa intelligant, quid agatur, quod non contingit ante completum 7. annum, qui finis est infantiæ. Et hoc idem de 7. annis notatur *Nou. 2. Alex. de sponsal.* Falsum autem est, quod quidam existimant lege Iulia & Papia definitam ætatem in sponsalibus *auctore D. Augusto* Nam hoc tantum Sueton scribit: Augustum coarctasse tempus sponsas habendi, id est, vt confirmat *l. 2. hoc tit. & l. patri, C. Th. eod.* vt post sponsalia scilicet & puellæ puberis non traherentur nuptiæ, & diu sponsæ haberentur, sed acciperentur vxores intra biennium a contractis sponsalibus, alioqui eam impune sibi posse quærere conditionem aliam, si ducta non fuerit intra

nt intra biennium a sponsalibus arris non redditis, sed A tamen si per eam stetit. quominus fierent nuptiæ intra biennium, quod lex Augusti præscripsit tũ eam arras restituere in duplum, vel in quadruplum ex conuentione. Idemque est, si impuberis puellæ 10. anno ætatis contracta sunt sponsalia, nec vxor accipiatur post completum annum 12. ætatis, quod est fere intra biennium a sponsalibus, si cœperint sponsalia 10. anno ætatis: Nam hæc etiam retinet arras, quas accepit, & impune alium sibi maritum adoptat. At contra si per eam stetit, quo minus vbi peruenit ad nubilem ætatem, nuberet cui desponsa fuerat, reddet arras in duplum, vel in quadruplum ex conuentione, & ostendit etiam *d. l. patri*, quod heri tamen probaueram tantum ex *l. vnica C. Th. Si prouinciæ rector, vel ad eum pertinentes*, &c. iure veteri, quadrupli fuisse constitutam pœnam, cui etiam B hodie locus est ex conuentione, non iure ipso vltra duplum, *l. pen. hoc tit.* Sed si sponsalia contracta sint cum puella ante 10. annum ætatis suæ: Possunt enim contrahi a primordio eius ætatis, quæ intelligit quodammodo quid agatur, *d. l.* 14. vt iure quoque stipulatur ea ætas, quæ excessit infantiam, id est, annum 7. & promittat quoque iure tutore auctore, *l.* 1. §. *pen. ff. de obl. & act.* Si, inquam, cum puella contracta sint sponsalia ante 10. annum, non sunt illegitima, sed immatura, quia iam certum est, non posse nuptias intra biennium contrahi, quod non possit peragi pubertas intra biennium, quæ in nuptiis exigitur. Atque ideo, quia scilicet sunt immatura, & biennii præscriptionem eludunt, hoc casu ex vtraque parte cessant pœnæ omissarum nuptiarum vel renuntiatæ conditionis, *d. l. patri*: & ita C etiam hoc casu præmiis maritorum non fruuntur, quæ dedit lex Iulia & Papia, vt contra ei, qui cœlebs permansisset, indixit pœnas: non fruuntur, inquam, præmiis maritorum, qui cum puella ante 10. annum ætatis sponsalia contrahunt, etiamsi eam vxorem duxerint post completum 12. annum, quia scilicet non acceperunt, nec potuerunt eam accipere intra biennium. Ob immatura sponsalia, non illegitima tamen, præmia maritis procedunt & priuilegia a die sponsaliorum, si modo non durauerint sponsalia vltra biennium. Et ita omnino est accipiendus hac de re locus apud Dionem 54. cum tractat de legibus perlatis ab Augusto. Et addenda est etiam huic præscriptioni biennii inductæ l. Iulia & Papia & confirmatæ, *l. 2. h. t. & d. l. patri*, Addenda, inquam, est exceptio, *l. pen. ff. de sponsal.* quæ omnino pertinet ad hanc rem, cum sit ea lex inscripta ad *l. Iul. & Pap.* quarum legum fuit magna pars de sponsalibus & nuptiis, & maritandis ordinibus, id est, de nuptiis senatorum & patriciorum, quibus cum eis esset D coniugium. Exceptio hæc est nisi valetudo sponsi vel sponsæ, vel mors parentum, vel capitalis pœna quæ fuerit inflicta sponso vel sponsæ, vel longa peregrinatio ex necessitate suscepta coegerit trahere sponsalia in triennium forte, vel quadriennium, vel quinquennium. Nam eleganter *l. si quis tutor* §. 1. *ff. de ritu nupt.* iniquum esse dilationem, quæ non dolo, sed ex necessitate contingit cuiquam esse fraudi vel noxæ. Itaque ex serie & progressu disputationis huius, circa præscriptionem biennii iam satis enodatæ a me, plusquam manifestum est, in *d. l. pen.* cum ait, sæpe iustas & necessarias causas efficere, vt trahantur sponsalia, & differantur nuptiæ, non solum *in annum vel biennium, sed etiam triennium vel quadriennium, & vlterius*, abundare illa verba, *annum vel*, nam huic rei nunquam fuit E præscriptus annus vlla lege: sed biennium tantum. Atque ita igitur scripsit auctor *d. l. pen.* non solum biennium, quod scilicet lege Iulia & Papia præscriptum est: sed etiam triennium, vel etiam vlterius ex causa necessaria differri nuptias a contractis sponsalibus. Et præterea potest addi quarta differentia, in nuptiis esse necessariam testationem lege Iulia, aduocationem testium, scilicet quod vxor ducatur liberorum procreandorum causa, vt est in fragmentis Vlp. tit. 3. Nam & in concubinatu testatione opus erat, *l. 3. de concubinis*. concubinatus est honestum & legitimũ nomen, at hodie nullus in vsu, stupra sunt non concubinatus, qui vulgo concubinatus dicuntur. Concubinatus est species matrimonii, & concubina vxorem imitatur, vt ait Iulian. antecessor in Nouell. quarta, & in antiquis inscriptionibus dicitur vice coniux. & qui nascuntur ex concubinatu patrem habent, & possunt demonstrare, & dicuntur liberi naturales. Qui nascuntur ex stupro, non possunt alium patrem demonstrare quam populum, nec liberi naturales dicuntur. In sponsalibus autem nihil interest, testatio interponatur, necne, *l. 7. ff. de sponsal.*



AD TITVLVM II.

Si rector prouinciæ, vel ad eum pertinentes sponsalitia dederint.



Arrarum datio est contractus *l. contractus, sup. de fide instrum.* qui adhibetur his contractibus, emptioni, venditioni, locationi, conductioni, & sponsalibus. Et præit locationem vel emptionem impletam, id est, perfectam, nondum impletam, puta nondum re tradita, nondum numerato pretio, & similiter præit matrimonium, & dantur arræ ab emptore venditori, vel a locatore operæ alienæ, id est, qui aliquid faciendum dat conductori, vel a conductore rei alienæ, qui accepit rem alienam vtendam fruendam, dantur & prorogantur locatori, & a sponso sponsæ, non contra; quoniam ii sunt, qui magis videntur appetere impletionem contractus, emptor sc. locator, conductor & sponsus. Idcirco arræ vinculo rem adstringunt: in omnibus autem idem semper est ius. Ac primum in emptione vel locatione ita ius est, vt ea impleta arræ reddantur, maximè si certum corpus datum sit arræ nomine, *l. ex empto* §. *ego illud quæro, ff. de act. emp.* vel vt imputentur in pretium, si consistant in nummis *l. vlt. ff. de lege commiss.* Et eodem exemplo igitur arræ sponsalitiæ sequutis nuptiis redduntur vel imputantur in donationem propter nuptias, quam vicissim pro dote, quam accepit maritus, adfert vxori, & ex nouissimis constitutionibus in nuptiis mutua dos interuenit, dos mulieris, & donatio propter nuptias, quæ dos est viri, ac idcirco dicitur a Græcis ἀντίφερνα contraria dos. Deniq; arræ spõsalitiæ exemplo cæterorum contractuum, in quibus solent arræ interuenire, vel redduntur impletis nuptiis, vel imputantur in dotem viri, id est, in donationẽ propter nuptias, sic vocantur in *l. vlt. tit. seq.* Et notandum diligenter magnam esse differentiam inter arram sponsalitiam, & donationem, & munus sponsalitium, quod longe distat a donatione propter nuptias. Sed interim tantum hoc moneo, hanc esse differentiam inter arras sponsalitias, & munus sponsalitium: arram dat tantum sponsus, non sponsa, munus sponsalitium non tantum sponsus, sed etiam quandoque sponsa, *l. cum veterum. & l. seq. tit. 3. inf.* Quamuis ea lex dicat raro euenire, vt tam sit liberalis sponsa, quod verum est, & vsus comprobat. Item arræ sequutis nuptiis redduntur, munera sponsalitia non redduntur, sed remanent apud donatarium, vt annulus pronubus non redditur, quem sponsus sponsæ muneri dedit, nam eius annuli mera donatio est, *l. si donatæ.* §. *vltim. ff. de donat. int. vir. & vx.* Denique ea munera non redduntur, sed cedunt lucro donatarii, nisi conuenerit munera quandoque reddi soluto matrimonio, vel diuortio, vel morte viri aut mulieris, quæ dederit *l. 7. & 12. tit. 3.* Et hoc sequutis nuptiis. Quid si non sequantur nuptiæ? si non sequantur

culpa eius, qui munus accepit sponsalitium, redditur munus in simplum: si culpa dantis, non redditur, *d. l. cum veterum.* Et hac in re dissident munera sponsalitia ab arris spōsalitiis: nam etiamsi ea distinctio adhibeatur in arris, vtrius, scilicet, culpa nuptiæ non sequantur, tamen vbi non sequuntur culpa eius, qui accepit, scilicet, sponsæ, redduntur, non in simplum (exceptis certis casibus) sed in duplum, vel ex conuentione in quadruplum, cum conuentio quadrupli permittatur, quod fuerit ea pœna aliquando iure comprobata, *l. pen. hoc tit. l. 6. C. Th. eod. l. vn. Cod. Theod. si Rector prouinc. l. 1. Cod. Theod. si nupt. ex rescr. pet.* Et hoc, vbi nuptiæ non sequuntur alterutrius culpa. Videamus quid sit dicendum, si ideo non sequuntur nuptiæ, quod inciderit mors sponsi vel sponsæ? an etiam hac in re est differentia inter arras spōsalitias, & largitatem sponsalitiam? admodum. Nam si B interuenerit mors sponsæ, & hæc sola impedierit nuptias, arræ non redduntur, sed cedunt lucro heredum sponsæ *l. 3. hoc tit.* Munera autem sponsalitia redduntur donatori vel heredibus eius, *l. 2. Cod. Theodos. eod.* Et hoc si interuenerit mors sponsæ. Quid si mors sponsi interuenerit? si liberalitatis causa munera contulerit sponsus in sponsam, post mortem eius quæ contigit ante nuptias, non redduntur, *l. 1. de donat. l. si tibi tit. 3. inf.* Vbi maxime velim expendi illa verba, *liberalitatis causa*, id est, vt statim ea munera accipientis fierent, nec vllo casu ad donatorem reuerterentur, vt esset mera liberalitas: igitur nec mortuo donatore ante nuptias ad eius heredem reuertentur. Sed si contemplatione futuri matrimonii & titulo sponsalium & nuptiarum ea donatio siue largitas facta sit, secundum distinctionem *d.* C *l. 2. Cod. Theod. de sponsal.* non redduntur hæredi extraneo, patri, matri, vel filio, heredibus redduntur. Hæc est distinctio *l. 2.* quam non probauit Iustinianus, quandoquidem eam non retulit in suum Codic. sed probauit magis aliam distinctionem in *l. si à sponso, tit. 3.* Vt scilicet distinguamus, an in sponsalibus carpserit osculum sponsus an non. Nam huius rei veteres erant religiosissimi, vt etiam pleræque nationes, ne cuiquam detur temere osculum, ne sponso quidem: sed semel tantum confirmandorum sponsaliorum causa vt Nou. Alexii Commeni de sponsalibus, ait confirmari sponsalia data arra & osculo. Igitur non abs re, *d. l. si a sponso.* distinguit vtrum acceperit sponsus osculum, an non: Nam si non acceperit, & moriatur ante nuptias, omnino reddentur heredibus munera sponsalitia. Idemque erit si D accepit osculum, & munera quædam dederit sponsa: namq; mortuo sponso ea recipit, etiamsi interuenerit osculum: sed si sponsus ea munera contulerit in sponsam, & moriatur ante nuptias, heredibus eius, vt dixi, redditur. ex *d. l. si. à sponso*, dimidia pars munerum, atque ita sponsalitia largitas pro parte manet apud sponsam, quæ præbuit osculum, pro parte reuocatur ab heredibus sponsi, quasi scilicet ius osculi, quod est argumentum magnum pudicitiæ veterum, ius augeat sponsaliorum, & quæ præbuit osculum, sit quasi vxor, vel plusquam sponsa. Nec tamen satis est, vt ait *Quintil. declam. 279.* vxorem aut maritum osculo tantum putari. Atque ita cernitis qua ratione, quoue modo munera sponsalitia heredibus donatoris vel donatori restituantur interueniente morte sponsi, vel sponsæ, cum tamen E arræ nunquam reddantur morte dissoluente spem nuptiarum *l. 3. hoc tit.* & reddantur tantum interueniente culpa sponsæ, quæ accepit. facit hac in re solemnis locus Solini *cap. 16.* dum scribit de moribus Thracum: *Nupturæ, inquit, non parentum arbitrio transeunt ad maritos, sed quæ præ aliis specie valent subarrari volunt, & licentia taxationis admissa, non moribus nubunt, sed præmiis.* Quanquam ille locus videatur potius esse accipiendus de dote, quam mulieri offert vir, atque adeo in quibusdam libris legi, non *subarrari* sed *subhastari*, vt scilicet si qui plus obtulerit nubant. Nam addit, *eas* A *quas premit formæ dedecus dotibus emere quibus coniungantur, sicut præmiis & quasi dotibus veluti sub hasta, forma præstantes viri coemunt*, Tacitus de mor. German. refert, Germanos olim obtulisse dotes vxoribus non vxores maritis. & tandem etiam hoc introduxere in orbo Romano nouissimi Impp. dum quasi ex vtraque parte conferri voluerunt dotem a muliere donationem propter nuptias à viro. Restat vt admoneam etiam idem ius esse in omnibus contractibus in quibus interuenit arra: Vt si culpa emptoris, vel locatoris, vel conductoris, vel sponsi, non impleatur contractus, vel matrimonium arras amittat, quod & pactis adiici solet, *l. 6. & vlt. ff. de leg. commiss.* Nec tamen necesse erat adiici, quoniam ius ita se habebat. plerumque quod vulgo pacisci solent contrahentes, tandem transit in ius commune, & pro pacto atque conuento habetur: & frequens vsus tacita pacta inducit. Quod si culpa venditoris, locatoris aut conductoris, vel sponsæ non impleatur contractus: ius commune est omnibus vt reddantur arræ in duplum, *l. contractus sup. de fid. instrum. §. 1. Inst. de empt. l. Rhodia cap. 19. l. 3. & pen. hoc tit.* Excipiuntur tamen certi casus quibus tantum in simplum tenetur sponsa, vel parens sponsæ qui arras accepit, etiamsi nuptiis impedimento fuerit, quos casus facile percipies ex lectione *d. l. pen.* Necesse est tamen referre hic conuenienter præter casus exceptos in *l. pen.* excipi alium casum in *tit. 2. si rector prouinciæ vel ad eum pertin. sponsal. ded.* id est, arras. Casus hic est. Si rector prouinciæ vel quiuis alius qui officium administrat in prouincia, & potest esse terrori prouincialibus, (nam Cyrillus male in hac re distinguit præsidem a cæteris administrantibus officium publicum) si is in quam in ea prouincia puellam desponderit & subarrarit, vt potuit. Nuptiæ enim ei interdictæ sunt, non sponsalia, non potest ducere vxorem in ea prouincia in qua fungitur officio publico, sponsalia contrahere potest. Et ita si despondeat puellam in ea prouincia oriundam, vel in ea domicilium habentem, si post depositum officium, quo tempore cum ea contrahere potest nuptias. ea noluerit nubere, liberatur reddendo simplum, id est, arras quas accepit, & nihil præterea, in *l. si quis officium, ff. de rit. nupt.* Neque tenetur in duplum, etiamsi ipsa det causam repudio, quia præsumitur non sua sponte fecisse sponsalia cum eo, sed territa & coacta potestate & viribus officij publici, atque ideo liberatur reddendo simplum. *d. l. si quis officium.* Cui obiicitur *l. 1. hoc tit.* Propterea quod ait, eam lucrari arras, atque ita nec simplum reddit. Sed vt hoc exponam clarius, nihil est verius quam necessitatem reddendarum arrarum hac constitutione remitti. Et ita accipiendam esse, *d. l. si quis offic.* vt non aliter reddat arras quam si sua sponte & vltro eas reddere velit, vt fit plerunque, vt nolint quicquam retinere, quæ repudiant sponsum, ex eius bonis. Et vero honestius esset arras reddere: sed si nolit reddere, non exigentur. Hæc est mens huius constitutionis. Denique constitutio est remissio necessitatis, indulgentia, venia, vel vt posteriores loquuntur, dispensatio, Græci οἰκονομίαν interpretantur. Falso autem quidam, cum reuera ita sint hæ duæ leges in concordiam adducendæ, comminiscuntur *l. si quis offic. ff. de rit. nupt.* esse de sponsalibus, & constitutionem huius tituli esse de nuptiis. Hoc vero falsum esse ostendit series titulorum & titulus ipse, qui ostendit constitutionem etiam esse de sponsalibus, *si rector. prou.* alioquin nihil distaret hic titul. a tit. *si quacunque præditus potest.* Superfluus etiam esset ille titulus si vterque esset de nuptiis. Et discrimen hoc tamen intercedit, quod hic de sponsalibus est, ille de nuptiis. Ac præterea si contraxisset nuptias prouinciæ rector, vel qui ad eū pertinet, cui ipse operam hac in re dedisset, iniustæ essent nuptiæ: & sicuti dos fieret caduca, in *d. l. si quis offic. §. veterem.* ita oporteret arram fieri caducam nec

nec cedere lucro vxoris iniustæ. Nec illud omittendum A est in hac constitutione arras appellari sponsalia, & pignora, vt *l. 6. Cod. Theod. de sponsal. & l. vlt. j. de ingen. manum. l. 1. inf. si nupt. ex rescript. pet.* Hieronymus *de virginitatis laude, humanorum sponsaliorum pignore subarrari.* Atque ita animaduerto tres primos tit. huius libri esse de sponsalibus, sed primi primam partem esse de sponsalibus, id est, repromissione futurarum nuptiarum, quæ etiam ita definitur ab Alexio, prima contrahentium conuentio. nec tamen eodem significatu sponsalia accipi in sequentibus duobus tit. sunt hi tres de sponsalibus, sed non eodem significatu in omnibus accipi sponsalia. in primo tit. nuncupantur sponsalia mentio & repromissio, in secundo sunt arræ sponsalitiæ, vt dixi: in tertio donatio propter nuptias, vt in *l. patri* B *Cod. Theod. de sponsal. in l. 2. inf. de sec. nupt. & l. prædia inf. de præd. min. Nouel. Valent. de Episcop. iud.* & aliis plerisque locis. Et quarto significatur in eodem tit. 3. sponsalia esse munera sponsalitia, *l. 3. eod.* quæ quam distent ab arris, iam ostendi. Ac præterea obseruandum est *hoc tit.* 2. non tantum teneri rectorem prouinciæ, qui prouincialem despondit, eamque subarrauit, sed etiam ad eum pertinentes, quibus ipse fauerit hac in re, qui à Græcis dicuntur προσήκοντες, hi sunt liberi, cognati, affines, domestici, assessores qui dicuntur participes consiliarij, *l. 2. sup. de contract. iudic.* Apud Plautum, *in Mil. glor. Socium tuorum consiliorum & participem consiliarii.* Tertia pars tit. est de proxeneticis, quo nomine significantur mercedes siue præmia, quæ debentur intercessoribus siue conciliatoribus nuptiarum, aliorumue contractuum. Nam vt ait *l. vlt. ff. de sponsal.* etiam conditiones nuptiarum, quæ passim dicuntur simpliciter C conditiones, expediuntur interpositis personis. Sed in hac tertia parte agitur tantum de his, qui conciliatores, interpretes, & sequestres sponsalium vel nuptiarum sunt. quantũ pro proxenetico, pro opera & conamine illo ferred ebeant aut possint, quos etiã Seneca vocat *pararios*, quasi medios inter duos: nam veteribus pares, id est, duo, & Diodorus Siculus generaliter huiusmodi homines vocat μεσίτας τῶν ὁμολογιῶν, id est, *sequestres conuentionum:* & in venditionibus & emptionibus Dinarchus & Isæus vocant προπράτορας, & Lysias, προπράτας. & Aristophanes προπόλας & Plato προπωλοῦντας. Sed proxeneticum, id est, præmium quod eis datur, etiam φιλάνθρωπον, id est, benignũ munus vocatur *l. 2. ff. de proxe-* D *netic.* quod scilicet benigne eis largiantur ij quibus operam nauant, quibusue conditionem quærunt: Nam dicta lex 2. non dicit Philanthropi per Synæresim, ἔπαθλον φιλάνθρωπον *præmium liberale*, quod vno nomine licet dicere φιλάνθρωπον. His vero proxeneticis modum imposuit pro quantitate dotis & donationis propter nuptias, *l. vlt. hoc tit.* quæ hic deest, & est Græca quam ego integram edidi libro vndecimo obseruat. vnde petes sententiam eius, & cætera de proxeneticis. Illud tamen inculcabo ex *d. l. vlt.* non posse huiusmodi homines in coeundis sponsalibus interpositos vel nuptiis immixtos, non posse exigere proxeneticum, nisi stipulantibus eis promissum sit non paciscentibus. Pactio enim non sufficit, & extra ordinem non possent peti proxenetica citra stipulationem. Est enim sordi- E dum proxeneticum accipere, vt ait *lex 3. de proxenet.*

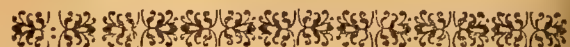
AD TITVLVM III.

De donationibus ante nuptias, vel propter nuptias & Sponsalitiis.

QVæ sunt partes huius tit. prior *de donationibus ante nuptias, vel propter nuptias:* posterior, *de sponsalitiis.* Et tamen hoc tit. priores sunt constitutiones *de sponsalitiis*, id est de muneribus sponsalitiis, quæ sponsus vel socer aut socrus, dat sponsæ, vel socero, & e contrario: Nam hæc plerunque munera sunt reciproca, quæ quam distent ab arris sponsalitiis supra satis ostendimus: posteriores autem constitutiones 4. sunt *de donationibus ante nuptias*, vt olim dicebantur, hodieque dicuntur donationes propter nuptias, quia non tantum præcedere, vt olim, sed etiam sequi nuptias possunt, *l. pen hoc tit.* Eius nominis Iustinianus reformator fuit, quæ enim res olim vocabatur donatio ante nuptias, eam dehinc voluit vocari donationem propter nuptias. Sciendum autem est, vt hæ partes huius tit. breuiter explicentur, donationem omnem valere inter sponsum & sponsam, *l. 1. ff. de donat.* atque etiam stipulationem factam inter sponsum & sponsam donandi animo, excepto casu *l. 3. hoc tit.* si mulier sponsum in dote decepit; puta si dotem minorem attulerit, quam fecerat spem sponso forte, & interim spe amplioris dotis sponsus promiserit se daturum mulieri res quasdam forte magni pretii, namque harum rerum horumve munerum non erit mulieri petitio efficax, indigna est munere quæ decepit virum in dote: & excepto etiam casu *l. 5. hoc tit.* si turpis fuerit causa promittendi vel dandi muneris sponsalitij. Vt si forte impostor quidam fingens se esse cœlibem, cum haberet vxorem desponderit puellam, & promiserit munera multa: neque enim ea potest desponsa petere, quia turpis est stipulatio turpisque promissio, cum non possit habere sponsam & vxorem: vel etiam si hic idem dederit munera quædam, vt promissa non possunt peti a sponsa, ita data non possunt repeti a sponso, quia vbi solius dantis turpitudo versatur, non sponsæ quæ munera accepit, nescia ficti cœlibatus, cessat condictio. Et hoc idem Græci notant ad *l. 5.* & Accursius etiam concludit retineri quæ ille dederit munera ab ea, quam non iure despondit, & idem Accursius id euidentius explicat in *l. 4. ff. de cond. ob turp. causam.* Excepto etiam *casu. l. 4. hoc tit.* si donatio facta sponsæ collata sit in tempus matrimonii, vt scilicet non ante res traditæ fiant sponsæ, quam impletæ nuptiæ fuerint, vt in *l. cum hic status §. si sponsus, ff. de don. inter vir. & vx.* quia scilicet inter virum & vxorem donatio non valet, nec ea igitur, quæ confertur in id tempus, quo erunt mariti ambo, donatio inter sponsum & sponsam valet, inter virum & vxorem non valet, id est, constante matrimonio non potest vir vxorem vllius rei suæ per donationem facere dominam, nec contra vxor virum (loquor de donatione simplici.) Nam donatio propter nuptias quæ cum dicatur propter nuptias iam non est mera, simplex, siue directa; hæc inquam, etiam constante matrimonio fieri vel augeri potest, sicut dos, quæ etiam a veteribus connumeratur inter donationes, ita tamen vt donatio propter nuptias non excedat quantitatem dotis erogatæ vicissim ab vxore, ne fraus fiat legibus hac ratione prohibentibus donationes inter virum & vxorem. Nam quod excedit dotem, simplex donatio est. Non est autem propter nuptias, si superet modum dotis, id est, dotem. donatio propter nuptias igitur non potest maior esse dote, minor potest esse, *l. vlt. hoc tit.* Imo hodie ex *Nou.* 97. neque maior, neque minor, sed æquales quantitates dotis, & donationis propter nuptias & pretia æqualia esse oportet, atque omnino congruere summas dotis & donationis propter nuptias, vt igitur dos, ita etiam donatio propter nuptias, quæ contraria est dos, constante matrimonio constitui potest, quod Martianus Capella lib. de nupt. Merc. testatur: qui locus omnimodo pertinet ad ius nostrũ. *Arcanus*, inquit, *prisci iuris assertor, magna nepotũ obsecratione consulitur. Respondítq; etiam regulariter matrimonio copulato, dotẽ dicere fœminam viro nullis legibus prohiberi.* Et eleganter *l. pen. h. t.* non obesse eiusmodi munificentiis, id est, dote vel donatione propter nuptias, interdictas esse liberalitates

Cod. V

tempore nuptiarum: hæ enim munificentiæ excipiuntur, quia non sunt donationes simplices, sed contractus, quibus inest negotium aliquod, illa scilicet, dum datur propter dotem, & hæc dum datur propter donationem propter nuptias, & propter onera matrimonii. Et rursus eleganter *lex vlt. hoc tit.* ea quæ dantur propter nuptias esse quasi ἀντίφερνα, non dationes simplices: donatio igitur propter nuptias magis est æquamentum dotis siue amussis, siue ἀντίφερνη, id est, contraria dos, quodue contra dotem offertur, quam mera donatio. Et rursus in *d. l. vlt.* & nomine & substantia nihil distare dotem a donatione propter nuptias. Nam vtraque donatio dici potest, vtraque dos, neque etiam substantia distant, nam eadem vis est & natura vtriusque. Idem ius vtriusque, pacta æqualia de lucro nuptiali, quæ paciscuntur inuicem, vt scilicet præmoriente viro lucretur vxor donationem propter nuptias aut eius partem: & contra præmoriente vxore, vt similiter ex dote lucrum ferat maritus. pacta hæc æqualia esse oportet, & æqualia lucra, & vt dixi ex *d. Nouella 97.* æquales summæ esse debent. ergo & accidentia sunt eadem, maxime cum pacta æqualia esse oporteat, & vt ait *d.* lex *vlt.* in summa æquis passibus vtraque ambulat, & eleganter quod magis declarat quid sit donatio propter nuptias, additur in *d. l. vlt.* donationem propter nuptias fieri propter dotis dationem, & non esse donationem simplicem, sed factam propter dotem & propter nuptias: simplicẽ donationem non fieri propter nuptias, sed propter nuptias prohiberi iure ciuili inter virum & vxorem: quia nec fiunt propter nuptiarum affectionem, quæ iam contractæ sunt, sed propter alias causas, forte an libidines, vel vnius coniugis egestatem, *vt l. 1. & 2. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Ex his facile conficies donationis propter nuptias definitionem, nimirum hoc pacto: donatio propter nuptias est contractus, quo quis dotem contrariam vxori offert; donatio n. propter nuptias est æquamentũ, leuamentum, examen, amussis, sacoma dotis. Contractum esse apparet *ex Nouel.* 119. vt donatio propter nuptias specialis sit contractus, & ex ea Nouella hæc donationon indiget insinuatione, id est, actorum publicorum testificatione & confectione nec ex parte viri nec ex parte vxoris. Hæc tamen recantat Iustinianus *Nouel.* 127. dum vult vt ex parte vxoris si agatur de lucro ei adquirendo ex donatione propter nuptias soluto matrimonio, eam donationem non indigere insinuatione, ex parte viri indigere, vt pariat ei lucrum æquale ex dote in casum mortis mulieris, vel in casum iniusti repudij. Olim hæc donatio propter nuptias indigebat insinuatione, simulac munus omne sponsalitium, præterquam si donaretur minoribus ætate fœminis, *l. 1. l. 3. l. vlt. C. Th. de sponsalibus. l.* 17. *l. vlt. hoc tit. l. sancimus* §. *alias vero, inf. de donat. l. vlt.* §. *simili quoque modo, inf. de iure dot.* Et quod supra dixi sponsaliũ nomine etiam significari donationem propter nuptias, est verissimum: nam quod *lex 2. sup. de nup.* vocat sponsalia, eam legem enarrans Iustinianus in *Nouell. 22.* interpretatur donationem propter nuptias. denique & sponsalium nomen est commune & repromissioni futuri matrimonii, & donationi propter nuptias & arris sponsalitiis & muneribus sponsalitiis. Et ideo recte glos. Græcorum sponsalia interpretantur ἕδνα: nam ἕδνων nomine & apud Homer. significantur ea quæ spõsus dat sponsæ, siue sit munus sponsalitium siue donatio propter nuptias, & contra, quæ sponsa sponso. Et continentur etiam eo nomine quæ dicuntur θεώρετρα καὶ ἐπαύλια, munera scilicet quę dantur sponsæ, quo die primum ei eam videre licet & colloqui: ea autem ἀντάυλια καὶ καλάυλια, quæ vocant munera sponsalitia, nuptialitia, dico ea esse quæ conferunt cognati & affines sponsæ, quando munera sponsalitia exspectat a cognatis & affinibus, de quibus fit mentio in *l. 1. §. præterea, ff. de tut. & rat. distr. & l. tutorum §. vlt. ff. de admin. tut. l. inter donum, ff. de verb. signific.* Quibus locis etiam ostenditur eam erogationem non esse necessariam, & culpari tutorem si quid impenderit in munera sponsalitia pupilli nomine. Non est etiam illud omittendum, sponsalitiæ largitatis nomen etiam porrigi ad donationem propter nuptias: nam quod lex 4. *inf. de sec. nupt.* vocat sponsalitiam largitatem, quo nomine propria specie videntur tantum significari munera mutua maritorum, eam legem enarrans Iustinian. in d. Nouel. 22. interpretatur donationem propter nuptias, vt non male vetus interpres *Nouell. 97. Vt sponsalitia largitas specialis sit contractus,* id est, donatio propter nuptias.



AD TITVLVM IV.

De Nuptiis.

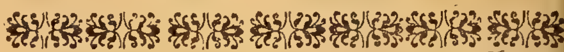
Expositis contractibus iis qui ante nuptias fieri solent, aut fieri solebant, vt donatio propter nuptias, consequens est vt tractet de nuptiis siue matrimonio ipso. Matrimonii siue nuptiarum definitionem tradidi ab initio huius libri, nimirum esse *conuentionem nudam, quæ fit inter marem & fœminam liberorum procreandorum gratia, ea lege votoque, vt in vna domo totam degant vitam socialiter*, quæ definitio substantiam rei explicat longe aliter quam Modestini definitio tradita in *l. 1. ff. de ritu nupt. Matrimonium esse coniunctionem maris & fœminæ, consortium vitæ, communicationemque diuini & humani iuris*: quæ definitio ex effectu concepta est, vt si quis definiat societatem, communicationem damni & lucri in negotiatione, vel communicationem vniuersorum bonorum, vel partis: matrimonium enim, id est, nudus consensus, quo eum contractum perfici constat, inducit & creat coniunctionem maris & fœminæ, simul ac coitionem corporum. Ita enim accipienda sunt illa verba, coniunctio maris & fœminæ, vt in *l. 1. ff. de iust. & iur.* pro coitione corporum, vt inuicem alter alteri in constituendo contrahendoque matrimonio sui corporis potestatem faciat, vt inuenio apud Macarium *Homil.* 32. quod olim fiebat plerisque locis, solemne fuisse in contrahendis nuptiis, conueniendis, vt diceret alter alteri: καὶ τὸ σῶμα μου σόν ἐστι, id est, *corpus meum tuum est*: Nudus ille verborum consensus, est consensus in coitionem corporis. & additur in definitione Modestini, consortiũ omnis vitæ, vt intelligatur matrimoniũ esse societatem omnis vitæ & fortunæ, siue prosperæ, siue aduersæ, vt est in Themistii oratione 3. βίου κοινωνία, id est, *vitæ societas*. Ac præterea additur in definitione Modestini, *Communicatio diuini & humani iuris*, vt intelligatur vxorem etiam esse sociam sacrorum, id est, iisdem vti sacris, iisdem obligari sacris, quibus vtitur obligaturque maritus: sicuti dicitur heredem obligari & alligari sacris defuncti, & filiumfam. alligari sacris paternis: sic vxorem etiam dicimus vti iisdem sacris cum marito, sicut eodem foro & domicilio vtitur, iisdemque honoribus, in *l. vlt. inf. de incol. l. mulieres,* ĩ. *de dignit. libro* 12. *l.* 10. *hoc tit.* In qua notandum est, quod ait, eam quæ nupserat clarissimo viro, veluti senatori, eiusue filio, si eo mortuo nupserit secundi ordinis viro, eam amittere dignitatẽ prioris mariti: secundi ordinis virum illo loco non esse plebeium hominẽ, vt Accurs. male ait, sed equestrem dignitatem, vt aperte demonstrat lex *vn.* ĩ. *de equestri dignit. lib. 12.* quæ nominatim secundum ordinem facit equestrem. Et ad summam hic adnotandum ex *l. 4.* ĩ. *de crim. expil. hered. vxorem sociam humanæ rei atque diuinæ domũ suscipi, vel domi suscipi.* Sic est legendum, quod miror nondum fuisse emendatum, vt in quibusdam veteribus exemplaribus: Nam quid illa verba significẽt, quæ vulgo leguntur, *sociam humanæ rei & diuinæ domus suscipi*? Quæ quidem lectio

lectio ineptissima est. Sed hæc sunt perspicua admodum. Videamus nunc qua de re agatur hoc titulo. Constitutiones huius tit. omnes eo pertinent, vt intelligatur, quæ sint permissæ & quæ prohibitæ, quod etiam agitur in quinto, sexto, septimo & octauo: atque adeo hi 5. tituli eodem spectant, & hic noster quartus dat initium huic tractationi. Cæteri igitur sunt appendices huius, & quasi sequelæ. Ergo incipit tractare in hoc titulo, quæ nuptiæ sunt permissæ & quæ prohibitæ. Permissæ enim sunt quædam, quæ videbantur prohibendæ, aut quæ olim prohibitæ fuerunt, & ita permissæ sunt patrono nuptiæ cum liberta, etiamsi eadem patrono alumna fuerit, quod videtur olim obtinuisse, propterea quod alumna in plerisque loco filiæ est: sed tamen in hoc titulo permittuntur nuptiæ patrono cum liberta, etiamsi alumna fuerit, *l. 15. l. 26.* Permittuntur nuptiæ cum consobrina in *l.* 19. quo iure vtimur. Nam ex eo gradu cognatorum, ex tranuerso hodie ducimus vxorem, & consobrini sunt in quarto gradu. Permittuntur etiam inter dispares ordinis dignitatis honestatisque personas, in *l. 23. §. pen. hoc tit.* quæ olim existimabantur esse impares nuptiæ, & omnes nuptiæ impares inutiles sunt: nam pares paribus conditione & dignitate coniungi volebant, aut certe inter personas dignitate impares interuenire solemnitates nuptiarum, & instrumenta dotalia *l. 22. hoc tit.* Item permissæ sunt nuptię militi cuiuscunque ordinis aut cōditionis cum ingenuis mulieribus, etiam sine solemnitate, sine dotalibus instrumentis, *l. 21. hoc tit.* Et generaliter hodie in nuptiis non exiguntur dotalia instrumenta, neque solemnitas nuptiarum, nisi inter personas illustres, *vt Nouella* 74. Et quod dixi de solennitate nuptiarum animaduertendum est, vulgo nuptias dici, non quod in definitione nuptiarū antea exposuimus, sed solemnitatem, pompam, festiuitatem & celebritatem nuptiarum. Et hoc sensu pleraque exaudire oportet scripta in testamentis & cōuentionibus facta mentione nuptiarū, quia solent homines plerunque abusiue loqui in testamentis, & conuentionibus, vt vulgus loquitur, nec propriis nominibus vti *l. non aliter* §. 1. *ff. de leg. 3.* Et ideo ex *l.* 24. *h. tit.* in conuentionum, vel etiam vt Græci addunt recte, in legatorū aut fideic. conditionibus, quæ conferuntur in tempus nuptiarū, vel in nuptias, *veluti dato illi tempore nuptiarum filia mea, dato illi cum nupserit filia mea*, non esse ea verba sic intelligenda, vt accipiantur de eo tēpore, quo solo consensu nuptiæ contrahuntur, vel de ætate nubili filiæ, puta quæ excedit annū 12. sed de celebritate, festiuitate, pompa nuptiarum. & hæc de permissis nuptiis. Dicamus de prohibitis, & præmittamus illic prohibitas nupt. stupra esse, nō nupt. & liberos spurios esse, nō iustos & legitimos. Et prohibitæ sūt quidē nuptiæ liberto cū patrona, vel eius filia aut nepte, vel vxore quondā patroni, *l. 3. h. t.* Prohibitæ cum concubina patris, quæ est vel fuit, *l. 4. h. t.* Prohibitæ ei, qui officium in prouincia administrat cum muliere aut virgine inde oriunda, vel ibi domiciliū habente, *l. 6. h. t.* Prohibitæ cum suscepta ex sacro baptismate, *l. 26. h. tit.* quæ loco filiæ est. & perpetua prohibitione non tantum inter parentes & liberos, sed etiam inter eos qui sunt loco parentum vel filiorum, & eam quæ suscepta est ex sacro fonte quæ dicitur a Græcis filia adoptiua. Prohibitæ olim etiam erant nuptię lege Iulia & Papia sexagenario cū quinquagenaria, arida vtero & sterili, quæ tamen hodie sunt permissæ a Iustin. *l. 27. hoc tit.* Et ideo debui hanc quoque speciem referre inter nuptias permissas, non inter prohibitas. Verum pergamus. Prohibitę etiā sunt nuptię senatori aut filio senatoris cum libertina, etiamsi patronus ipse sit eius libertinæ, quasi scilicet impares, *l. 15. & pen. hoc tit.* quod genus imparis matrimonii secundū ius Codicis sane prohibitum est, vt dixi. ideoque hoc titulo prohibentur hæ nuptiæ. Itaque rectius hanc speciem repono inter prohibitas nuptias, quod hoc libro & hoc titulo Cod.

A prohibeantur, vbi agitur de nuptiis, quanquam verius si ex Nouellis non esse prohibitas, propterea quod ex eis hodie, quod attinet ad alias personas quam patronum, libertini pro ingenuis habentur. Denique non est libertinitas hodie nisi inter patronum manumissorem & manumissum, non inter cæteras, quia manumissi pro ingenuis habentur vbique: & ideo elegans est quod definitur in *l. pen.* vt si is qui duxerit libertam cùm esset equestris ordinis, deinde fiat senator, hoc casu non dissolui nuptias, quæ ab initio non potuissent contrahi ex lege Papia inter libertam & senatorem, ex post facto iniuste contractæ dissolui non possunt, quia maior fælicitas mariti non est idonea causa dirimendi matrimonii rite contracti, quod plerique nobiles regni, compotes voti non obseruant, & male. Nam perpetua est regula
B *l. 3. inf. de interdict. matrim.* matrimonium rite contractum ex post facto non vitiari. Prohibitæ etiam sunt ingenuis hominibus cum famosa muliere, puta cum scenica, quæ se immiscet, prostituitque ludis scenicis, vel cum scenicæ filia. Et addit tantum exceptionem Iustinianus in *l. 23.* nisi scenica resipuerit, & ad bonam frugem redierit, pœnitentia quidē non aboleri infamiam, vt est in *l. palam D. de rit. nupt.* sed si pœnituerit scenicam ex rescripto principis, & confectis dotalibus instrumentis, erit ei cōnubium cum ingenuo: hanc igitur omnem infamiam rescriptum principis deleuit: principis enim est abolere infamiam. Quoniā ergo pœnitentia sola non sufficit, necesse est notam anteactæ vitæ deleri rescripto principis, atque etiam vt solemnitates nuptiarū adhibeantur. Et quo minus resipiscant, nullis tenentur
C obligationibus, puta si se perpetuo theatro addixerint: namque possunt redire ad bonam frugem sine metu harum obligationum, quæ ipso iure nullæ sunt, *l. vlt. hoc tit. & Nouella* 51. Ratio non est eadem, quæ *leg. 23. sup. de episcop. aud.* licet sit eadem sententia vtriusque, quia ea lex vlti. scripta est ad Episcopos, hæc ad magistratus ciuiles, & concepta est aliis verbis, vt initium demonstrat. Sed quod maioris est momenti, addamus etiā prohibitas esse nuptias & illicitas eas, quæ ab initio contrahuntur, siue dissolutæ postea renouantur sine auctoritate patris, in cuius auctoritate est puella vel adolescens, *l. 7. & l. 12. hoc tit.* Iniustæ sunt nuptiæ, quas contraxit vel renouauit filiusfamil. aut filiafam. sine auctoritate patris. Idemque est si filia sit emancipata, non dico si filia sit minor 25. annis: nam emancipata, maior 25. an-
D nis habet arbitrium nubendi cui velit, sed emancipata minor 25. annis debet nubere patris auctoritate. Quod si patre sit orbata, debet nubere tutore auctore & matre & propinquis. Quod si forte inter se non consentiant, & cupiat mater eam coniungere nobiliori, tutor plebeio: huius arbitrium rei suscipiet iudex, dirimetque hanc controuersiam, & dabit ius nuptiarum secundum arbitriū, vel tutoris, vel matris, vel propinquorū, prout melius ei esse videbitur, quod ostenditur in *l. 1. & l. 18. & l. 20. h. t.* Placet autē quod *l. 1.* facit mentionē tutoris, non curatoris: Nam tutoris auctoritas omnimodo est necessaria ad nuptias contrahendas. *Vlp. in fragm. tit. de tut.* Si patronus, qui est tutor mulieris absit, in locū eius alium tutorem non dari, nisi duobus casibus .i. ad adeundam
E hereditatem, *l. 17. §. tut. ff. de appell.* & ad has nuptias contrahendas. Ad hæc inutilis est auctoritas curatoris vel propinquorum, quia non est legitimus auctor vel arbiter, neque sunt etiam affines propinqui, *l. 8. hoc tit* Curator enim tantum solam rei familiaris administrationē, non personæ curam gerit. Igitur si puella sit vtroque parente orbata, cui malit ipsa nubere tantum spectandum est, neque requiritur auctoritas curatoris vel propinquorum, nisi forte ea erubescat suam sententiam exponere, quo casu si varii sint cōpetitores, relinquitur arbitrio iudicis, vocatis propinquis, *l. 20. hoc tit.* Vbi autē superstes est pater qui filium aut filiam habet in potestate, vel etiam cuius filia emancipata minor est 25. annis,

certum hoc est & tunc inutiles esse nuptias atque iniustas, si sint factæ sine consensu patris: nec requiri tamen consensum expressum patris, satis est, si non contradicat nuptiis, taciturnitatem patris imitari consensum *l. 5. hoc tit.* & est veluti parœmia quædam sumpta ex iure, vt scribit Gregorius Nazianzenus *2. orat. de pace*, eum qui tacet consentire videri, & silentium pro consensu haberi, & taciturnitatem consensum esse docet parœmia, quæ scilicet hoc obtinuit in multis negotiis, vt sit taciturnitas pro consensu, & raro pro dissensu. Etiam non est omittendum quod cauetur *l. pater, hoc tit.* quæ lex est admodum singularis: nam quod est in ea proditum, nusquam alibi reperitur. Est de patre qui filiam exposuit egestate coactus, alioquin pater non exponeret filiam, qui etsi eam non educauerit, sed educata fuerit ab extraneo, & adoleuerit apud eum, non ideo amisit ius patriæ potestatis: imo non valent nuptiæ B cum ea puella contractæ sine auctoritate patris qui eam proiecit. Et si forte qui eam collegit expositam, & exhibuit adultam factam apud eum, si velit coniungere filio suo, æquum est & honestum vt non aduersetur pater, qui eam exposuit: sed tamen non cogitur consentire, nec cum filio educatoris contractæ nuptiæ, iustæ erunt dissentiente patre, qui nunc eam adultam factam vindicat, & vult eam elocare suo arbitrio: Sed quia summa ingratitudo hæc est, vt non agnoscat beneficium, quod accepit ab educatore filiæ, & non faueat voto eius cupientis eam suo filio coniungere: ita plectitur tantum pater, vt reddat sumptus alimentorum in hoc tantum casu: Vbi Thalelæus notat in hoc tantum casu reddi alimenta, quia regulariter non redduntur educatori sumptus alimentorum. Et ea de re C ait exstare constitutiones in *tit. de infantib. exposit.* quod est omnino falsum. Imo *l. 1 eius tit.* exigit solutionem alimentorum, si dominus vel patronus ancillam vel libertatem se inuito vel ignorante expositam vindicet: Nam necesse est vt reddat educatori alimenta, nisi vindicet a fure, huic non redduntur alimenta, sed bonæ fidei possessori tantum, qui in hanc expositam exercuit misericordiam. Et breuiter vt apparet ex *l. 16.* oportet nos separare filium & patrem, libertum & patronum, dominum & seruum, & demum hac in re ita constituere: Si sciente domino vel patrono expositus sit seruus vel ancilla, libertus vel liberta, ei nunquam repetitionem vel vindicationem dari mancipii vel liberti, sed neque educatori licere alumnum quasi seruum retinere, aut libertum suum asserere. Expositione enim D fit ingenuus, alioquin videretur educator pietatem exercere, vt ait lex *3. inf. de infant. exposit.* mercimonio contracto, pietas non esset educatori, si pro mercimonio alumnos vellet redigere in seruitutem, vt dicitur de Paulo Samosatensi, eum pietatem existimasse esse φορισμὸν quasi *reditum*, *c'est à dire vn reuenu*, & plerique existimant hodie. Igitur si sciente domino vel patrono expositus fuerit seruus vel libertus, amittit dominium aut ius patronatus: si ignorante & inuito, vindicat quod suum est, redditis impensis alimentorum, nisi vindicet a fure. In patre & filio, vel filia aliud est: nam non amittit ius patriæ potestatis, etiamsi filium exposuerit, aut filiam. vt ait *d.* lex 16. & vindicans eum eamue, E non refundit expensas alimentorum, nisi in casu *d. l. 16.* dum non fauet voto pii educatoris, cupientis suo filio alumnam coniungere. Est euidens discrimen. Nec alia ratio reddi potest quam quod indulgendum magis sit affectioni patris, quæ omnes affectiones superat, quam affectioni domini aut patroni. Et quod dicitur de non reddendis expensis, omnino congruit cum iure: Nam quæ quis expendit pietatis gratia, non veniunt in actionem negotiorum gestorum, *l. 1. sup. de neg. gest.* Et hic pietas sola nouit educatorem expositi, & vt ait *l. 2. ʒ. de infan. exposit.* voluntas amica misericordiæ, vt Tertull. in Apolog. *filios exposuit suscipiendos ab aliqua misericor-*

A *dia prætereunte extranea.* Nec illud etiam omittendum, quod tamen fuit omissũ in prima parte tit. 1. hac in re esse differentiam inter sponsalia & nuptias, Exposui enim illic aliquot differentias exemplo Modestini, restat adhuc hæc vna: Quod & si nuptiæ non possunt contrahi vel reconciliari sine consensu patris & auctoritate, maxime si puella aut adolescens sint in eius potestate, tamen dissolui non possunt auctore patre inuita filia. Sponsalia dissolui possunt auctoritate patris. Denique non possunt nuptiæ solo dissensu patris dissolui, sponsalia possunt *l. 10. ff. de sponsal. l. dissentientis inf. de repud. l. 11. hoc tit.* quæ dat etiam actionem marito aduersus socerum, qui inuitam retinuit filiam suam. Certum est dari interdictum de vxore exhibenda in *l. 2. ff. de lib. exhib.* quia ius patriæ potestatis non potest turbare bene concordatum matrimonium, sponsalia potest, vt Chremes apud Comicum, *vxorem negat se daturum filiam, quam tum ante desponderat.* Denique solus pater dissoluit sponsalia, non nuptias. Postremo sunt prohibitæ iniustæ & nefariæ nuptæ, *l. 17. hoc tit.*



AD TITVLVM V.

De incestis & inutilibus nuptiis.

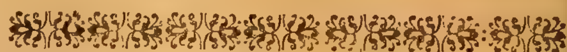


POst titulum generalem de nuptiis datur specialis titulus *de incestis & inutilibus nuptiis*, persequitur scilicet hic tit. (quod cœpit anteriore) genera nuptiarum explicare, quæ iniustæ, inutiles, & illicitæ sunt, & quæ atrociori nomine incestæ dicuntur & nefariæ. Nam & ex inutilibus nuptiis superiori titulo hæ expositæ sunt, si quis filiusfamil. faciat nuptias sine auctoritate patris, qui modo auctor esse possit, id est, qui furiosus aut mente captus non sit, si puella sine auctoritate tutoris, quia ad nuptias contrahendas adultæ non sufficit auctoritas curatoris, tutoris opus est, sicut ad adeundam hereditatem etiam puberi. Si libertus patronam aut patroni vxorem, filiam, neptem ducat. si quis in ea prouincia, in qua officium administrat nuptias contrahat. si susceptam ex baptismo, quam filiolam appellamus: hæ nuptiæ inutiles & illicitæ sunt, vt dictum est titulo superiori. Hoc tit. eis adiungũtur aliæ causæ inutilium nuptiarum, vt si liberta quæ nupsit patrono, eo inuito transnubat alii, *l. 1. hoc tit.* Potest ex lege Iulia & Papia, *l. vlt. ff. de diuort. l. in eo iure, ff. de ritu nupt.* Item si quis vxorem habet ducat alteram, *l. 2. hoc tit. l. eum qui, ʒ. ad l. Iul. de adult.* quod tamen aliquando permisit Valentinianus Imperator. sed cui sapientior mens est, nec superstite vxore, nec diuortio non facto alteram despondere licet. Et turpes sunt nuptiæ, turpia sponsalia, *l. 5. de donat. ante nupt.* Nouis nuptis non fit diuortium cum priore: diuortium nũquam fit tacite, sed certis quibusdam & solemnibus verbis. fiunt etiam iure ciuili inutiles nuptiæ inter seruum & conseruam, *l. 3. hoc tit.* Notum est illud Plauti in Asinaria, *Quid istuc est seruiles nuptiæ?* Infliguntur grauissimæ pœnæ decurionibus, qui coniungunt se ancillis alienis, hoc enim fit in fraudem Reipubl. cui seruiũt decuriones, quia qui ex contubernio nascuntur, (est enim contubernium nõ matrimoniũ) serui nascuntur, & serui nõ sunt pares muneribus Reipublicæ obeundis, decuriones sunt minores senatores (sic solent appellari.) Maioribus autem senatoribus puta vrbis Romæ veteris & nouæ non tantum prohibitę sunt nuptiæ cum ancillis, sed etiam cum libertinis, & generaliter cum omnibus humilibus, abiectis, & famosis mulieribus, quæ specialiter numerantur in *l. 7. hoc tit. & l. 1. ʒ. de nat. lib.* Ita vt non liceat his, quæ numerãtur, adiungere alias quasi humiles, abiectas, & famosas, Et nimirũ hæ sũt in hoc numero scenica, mimica, scenicæ,

ſcenicæ, aut mimicæ filia, tabernaria, tabernarii aut lenonis filia aut arenarii, atque propola, quæ publice inſtat, & mercaturam vilem exercet: Nam & hæc mulier abiecta humiliſque cenſetur & indigna connubio ſenatoris. Qua de re etiam actum eſt titulo ſuperiori, addita exceptione in *l. 23.* niſi ſcenicam aut mimicam, quæ ad bonam frugem redierit, relicto theatro vel pulpito, princeps reſtituerit famæ. Igitur in hoc titulo præfinitur quæ ſint inutiles nuptiæ, quas attigerat etiam *tit. 4.* Ac ſane de inutilibus & inceſtis nuptiis actum fuerat ſuper. tit. Et fere enumeratæ omnes perſonæ cum quibus inceſtum & ſtuprum committitur *l. 17. & l. 23. §. pen.* Sed tamen titulo proprio & de inceſtis tractare voluit, ſimul ac de aliis inutilibus, quamquam fuiſſent expoſitæ titulo ſuperiori. Et hic agitur de inceſtis nuptiis. Inceſtæ nuptiæ ſunt, vel inter cognatos, vel inter affines, & ex iis aliæ ſunt nefariæ, aliæ non ſunt nefariæ. Nefariæ ſunt quæ inceſtæ ſunt iure gentium, id eſt, quæ abhorrent a iure naturali, quæ religione, pudore, ſanctitate omni procul abſunt, & quas damnat naturalis ratio (Idem eſt naturalis ratio, ius naturale, & ius gentium, inter homines ſcilicet: Nam omitto ius naturale, quod eſt commune cum brutis animalibus & mutis) Quæ ergo ſunt inceſtæ iure ciuili, non ſunt etiam nefariæ. Inceſtum igitur aut committitur iure ciuili, aut iure gentium, *l. vlt. ff. de rit. nupt. l. vlt. ff. de condict. ſine cauſ. l. ſi adulterium cum inceſtis in princ. & §. 1. & 2. ff. ad leg. Iul. de adul.* Dicamus de inceſto iure gentium. Inceſtum iure gentium committitur primum quod ad cognatos attinet, prima linea inter parentes & liberos in infinitum, cuiuſcunque ſint gradus, *l. nuptiæ, ff. de rit. nupt.* cum filia, nepte, pronepte, &c. matre, auia, proauia, cuiuſcunque gradus ſint parentes aut liberi: Nam & velim præſciri in hoc tractatu, primum non obſeruari gradus cognationis, etiamſi quis quærat ad quem gradum iure ciuili matrimonia contrahi non poſſunt. Dicam hoc non poſſe definiri ex graduum definitione certa, ſed ex enumeratione tantum perſonarum, quæ legibus comprehenſæ ita ſunt, vt pateat cum eis non eſſe connubium, id eſt, ius legitimi matrimonii. Ergo quod ad cognatos attinet iure gentium inceſtum committitur inter parentes & liberos cuiuſcumque gradus in infinitum. Quod autem ad affines attinet, iure gẽtium inceſtum committitur inter eos affines tantum, qui inter ſe ſunt parentum liberorumque numero vice-ue, vt iure gentium inceſtum committitur cum priuigna, *la fille de ma femme.* Nam eſt mihi pene filia: Ego ei ſum vitricus, & pene pater. Et conſequenter iure gentium inceſtæ ſunt nuptiæ cum priuigna, mortua ſcilicet vxore mea, quia duas habere vxores non poſſum, quia priuignæ filia eſt mihi pene neptis. Si enim priuignam appello filiam, vt vulgus vocat, & filiam eius vocabo neptem, hæ appellationes ſolæ vetant coiri nuptias inter me & illas, priuignam ſcil. aut priuignæ filiam, *l. Ariſto, ff. de ritu nup.* Et ſimiliter inceſtum committitur iure gentium cum nouerua, id eſt, quæ nouerca fuit, id eſt vxor patris: nam ſi adhuc ſit vxor, certum eſt me eam ducere non poſſe. Inceſtum igitur committitur cum nouerca, nam & ea pene mihi mater eſt, matriſque loco colenda, vt quæ ſucceſſit matri in eadem domo, & quæ ſequitur veſtigia matris. Et ita Spartianus: *Nouercam matrem quinimo vxorem duxit.* Sic Phocylides ait, Μ. τέρα δ' . ς . μα ῖην μιὶ ἐπ' ἴχνια βᾶσαν. *Vt matrem cole, quæ ſucceſſit matri in eadem domo, & quæ ſequitur veſtigia matris.* Et eadem de re idem Spartianus in Caracalla: *Matrem, non alio dicenda erat nomine, vxorem duxit, & ad parricidium induxit inceſtum,* id eſt, *nouercam duxit.* Et apud Senecam, *committe curas auribus matris meæ,* id eſt nouercæ. Pudor igitur vetat eam ducere, quam voco matrem, quamuis nec cognata mihi ſit, nec affinis:

A nam morte patris aut ſoluto matrimonio procuľdubio finita eſt affinitas: ſed colimus & renouamus affinitatis memoriam, adeo vt etiam nefaria coniunctio ſit cum ea, quæ fuit concubina patris, *l. 1. §. pen. ff. de concub.* quia concubina ea nouercam imitatur. Et eadem ratione iure gentium inceſtum committitur cum nuru, id eſt, vxore filii, quæ eſt mihi pro filia, & nurum imitatur, vel quæ fuit concubina ſoceri, quia ſocrum imitatur, vt vel imitatio matris, vel quaſi matris nos iubeat abſtinere nuptiis. Hæ ſunt inceſtæ nuptiæ iure gentium, & iure ciuili & omni iure, quas quemcunque puderet, aut pudere deberet contrahere, etiamſi nulla ea de re ſcripta lex eſſet. Nunc dicamus de inceſto quod committitur iure ciuili. Inceſtum committitur iure ciuili inter cognatos ex tranſuerſo, vel a latere, non in infinitum, vt in recta linea, non inter omnes, ſed inter quoſdam ex iis, & non pro graduum lege quod abrogaui iam ab initio, ſed pro arbitrio legum, quæ vetuere nuptias inter eos: Nam hæc omnis prohibitio inter cognatos a latere eſt iuris poſititij, ita vt quæ nunc ſunt prohibitæ, olim ſint permiſſæ, vel contra, quia res tota pendet ex arbitrio legum, nec gradibus hac in re certus finis datus, qui diſcerneret eas, quæ duci poſſunt, ab iis quæ duci non poſſunt. Quod ſic demonſtro ex ſecundo gradu, a quo incipiunt cognationes ex tranſuerſo (nam in iure tranſuerſali iure ciuili non eſt gradus primus) iure ciuili populi Romani non licet ſororem ducere, ſiue conſanguineam, aut germanam aut vterinam: At ex Demoſthene conſtat multis in locis licuiſſe Athenis germanam vxorem ducere, non vterinam. Ex quo efficitur non eſſe veras has nuptias iure gentium. Commune enim hoc ius eſt, & nunquam mutat: ſed iure poſititio in *l. 8. & 54. D. de rit. nupt.* vox *ſororem*, eſt Triboniani, non auctoris: Nam ſororem prohibemus ducere legibus, non moribus. Et hoc de ſecundo gradu. Ex tertio gradu a latere ſiue ex tranſuerſo, non licebat olim vxorẽ ducere: poſt licuit patruo ducere fratris filiam, idque ius diu permanſit, adeo vt quod eſt in *l 17 ſup. tit. prox. præterea fratris tui filia, & ex ea nepte,* hæc verba non fuerint in integra conſtitutione Diocletiani & Maximiani, ſed ex iure nouo addita ſunt a Triboniano: Nam Diocletiani tempore patruo erat connubium cum fratris filia, quam vulgus vocat neptem. Spartianus neptem vocat, ſed non boni auctores: & eſt corrigendus locus Ouid. 3. de Ponto. *Ætherea tibi fratre nepos.* tamen non nepos legendum. Itaq; in Pandectis nuſquam inuenies inter nuptias illicitas proferri patrui nuptias cũ fratris filia. Hodie ſũt quidem illicitæ, fateor, *l. vlt. hoc tit. §. frat. Inſtit. de nupt.* Diu fuere licitæ: Nec tamen licuit vnquam auunculo ducere ſororis filiam, quod mirum eſt. In Pandectis ſunt multi loci quibus vetatur auunculus ducere ſororis filiã, quæ eſt in tertio gradu: nullus locus quo vetatur patruus ducere fratris filiam. Nec alia ratio reddi poteſt, quã quod ita ſit ius poſitum. Sicut nec cur licuit Athenis ducere ſororem, germanam non vterinam. Ergo hoc ius diu ita fuit, vt ex tertio gradu duci poſſet vxor, nempe fratris filia, quamquam non potuerit ex eodem gradu duci ſororis filia: & ſimiliter non potuerit duci ex eodem gradu matertera vel amita, quæ etiam dicitur patertera in antiquis inſcriptionibus. Itaq; res hæc non pendet ex certa graduũ finitione, ſed ex iure ciuili. Sed pergamus. Ex quarto gradu licet iure ciuili vxorẽ ducere veluti cõſobrinã, *l. celebrãdis, ſup. tit. prox.* Hodie non licet ex nouiſſ. conſtitutionib. ducere conſobrinã. Et merito, quia pene ſoror eſt, & recte etiam appellatur ſoror ſimpliciter in *Philip. 2. Sorori & vxori,* .i. cõſobrinæ, ſorori patrueli. Et ideo nos Galli rectiſſime meo quidem iudicio fratrẽ patruelẽ patris, vocamus patruũ, *le frere de mon pere, c'eſt à dire mon oncle.* Et ſimiliter ſororẽ patruelẽ patris, vocamus amitã, ſicut ſororẽ germanã matris vocamus auunculũ .i. *tãte.* Ac præterea ex quarto gradu non

licet, nec licuit vnquam ducere nepté sororis, licet ex eodem gradu licuerit ducere consobrinam, id est, neptem fratris, vt appareat gradus hos non seruari secundum legem præscriptam, sed arbitrium principis. Et in *l. sororis ff. de rit. nupt. sororis proneptem ducere non possum, quia parentis loco ei sum.* Videtur autem auctor noster scripsisse *neptem* non *proneptem*, quia sum ei parentis loco, id est, aui loco, sicut sororis filiæ sum patris loco, id est, auunculus: Nam proneptem sororis vxorem ducere ætatis ratio satis vetat, vt ait *Paul. 2. Sentent. tit.* 19. Ergo de nepte id scripsit, quod ei sit aui loco: nam cum pronepte sororis ætas nunquam fert vt coeant nuptiæ. Ac præterea ex quarto gradu non licet ducere amitam & materteram magnam, *l. per adoptionem* §. 1. *ff. de rit. nu.* Et hoc de cognatis. Inter affines autem eos tantum prohibitæ fuerunt iure ciuili nuptiæ, & habitæ pro incestis, quos recensui ante, id est, qui parentum vel liberorum locum inter se obtinent, vt inter generum & socrum, & inter socerum & nurum, inter vitricum & priuignam, inter priuignum & nouercam, quando ij inuicem se appellant matres & filios, patres & filias. Inter affines hactenus stetit prohibitio iure ciuili, vt indicat *l.* 4. §. *hos itaque, ff. de grad. cogn.* sed postea iure nouo inter affines porrecta est etiam prohibitio ad eos, qui neque parentum neque liberorum loco sunt: vt non est connubium cum fratris vxore, vel duabus sororibus, *l. 5. h. t. l. 2. & 4. C. Theod. de inc. nupt.* Et notanda hic est fabula, vt hæc coniunctio damnetur magis, aut merito videatur damnanda, Prognes & Philomelæ Cecropiæ domus æternum opprobrium, vt ait Horatius. Item cum leuiro non est connubium, id est, cum fratre mariti, *l. 5. & vlt. hoc tit.* Et obseruandum est l. pen. huius tit. tolli Æyptiorum legem, quæ permittebat fratri ducere vxorem fratris virginem, id est, cum qua non fuisset coniunctus frater defunctus, quod forte vsurpauerunt ex Deute*c. ca.* 25. sed quam hæ nuptiæ fuerunt detestatæ, si vis intelligere, legas Egesippum *lib. 2. cap. 2*2. & Ioseph. *de bello Iudaico cap. 11. lib. 2.* Vterque loquitur de Glaphira quadam muliere, quæ nupsit duobus fratribus, & post mortem prioris nupsit fratri, vnde secuta sunt eius familiæ dispendia, vt solent etiam ex huiusmodi infælicibus matrimoniis sequi ruinæ. Et notandum quod ait lex pen. *hoc tit.* Ægyptios hoc colore permisisse nuptias fratris alterius, quod prior frater non se miscuisset mulieri, quod non deintegrasset eam, quasi scilicet nuptias faciat concubitus, quod ius nostrum reiicit: Nam vxorem facit consensus nudus, & ideo Modestinus definit matrimonium, maris & fœminæ coniunctionem esse (id est, συνουσίαν, vt ego interpretatus sum) vulgi morem sequitur, qui & nuptias facere dicit de quacunque commixtione, vt Petronius Arbiter: *Iacuerunt vna, non ea tantum nocte, qua nuptias fecerant, sed & altero & tertio die.* Et alio etiam loco, *postulantibus omnibus nuptias fecerunt*: & Interpres Latinus Æsopi illius, qui de vita Alexandri scripsit: *Ille*, inquit, *deposito sceptro, accensoque lecto nuptias agit.* Igitur vxorem existimamus eam esse, cum qua conuenit vt vxor esset, & omnis vitæ socia, etiamsi nondum coierit corpore. Obseruanda est igitur ea fratris vxor, perinde ac si rem habuisset cum fratre defuncto: Nec sequenda amplius lex Ægyptiorum. Hic denique videmus etiam cũ affinibus quibusdam incestum committi iure ciuili, licet non referant locum parentum aut filiorum. Et differentia illa inter incestum iure gentium & iure ciuili maximi momenti est. Nám error iuris gentium neminem excusat, non mulierem, non minorem 25. annis si incestum commiserit iure gẽtium, quia ius gentium nobiscum nascitur, & notum est omnibus, *l. 2. sup. de in ius voc.* At error iuris ciuilis excusat mulierem & minorem 25. annis, si incestum commiserit iure ciuili per matrimonium, non per stuprum vel adulterium: nam hæc sunt probra iuris gentium. Excusatur igitur minor & mulier, si modo protinus errore comperto dirimat matrimonium, *d. l. si. adulterium.* Error autem facti excusat omnes, puta si ignari necessitudinis cum sororis filia vel nepte contraxerint nuptias dummodo errore comperto protinus dirimant nuptias, vt ait lex *4. hoc tit. si modo diremerunt.* Vbi est archaismus in verbo illo *diremerunt*: Est est alius archaismus in illo loco, *errore acrissimo.* sicut dicitur celerissimus equitum. Et ex Cn. Manlio in Iliade apud Priscianum, *celerissimus aduolat Hector*, quæ loquendi formulæ rectæ sunt, sed antiquæ, vnde notanda sunt verba *d. l.* 4. *in locis sup. dictis.*



AD TITVLVM VI.

De interdicto matrimonio inter pupillam & tutorem, seu curatorem filiosque eorum.



IN hoc tit. proponitur alia species inutilium illicitarumque nuptiarum ex oratione Marci & Commodi, & S. C. quo cauetur ne tutor vel curator aut eorum filii ducant impune pupillam suam, aut patris sui, antequam tutor vel curator rationes reddiderit tutelæ suæ vel curæ, & præterierint tẽpora restitutionis in integrũ, intra quæ auxilio prætoris rationes, quæ redditæ essent, retractari possent, hoc est, intra annum 26. vt est in *l. non est, ff. de rit. nupt. & l. qui pupillam, ff. ad l. Iul. de adult.* Videlicet sexto anno computato vtili, non continuo, cæteris continuis annis, vt *l. 6. h. tit.* Hodie dicerem secundum Iustinianum intra 29. annum, quoniam anno vtili Iustinianus substituit quadriennium continuum ad petendam restitutionem in integrum. Cur voluit senatus ne duceret pupillam suam vel patris ante redditas rationes firmatasque tempore? causa prohibendarum nuptiarum quæ mouit Senatum, sane fuit suspicio fraudis tutorum vel curatorum: plerumque enim tutores vel curatores huiusmodi nuptias appetunt vel ambiunt sibi aut filiis, vt puella ducta in suam familiam, conturbent, inuertant vel cohibeant rationes reddendæ tutelæ, aut curationis, vt eam circumscribant in suis rationibus, rerumue suarum, vt fraudem administrationis suæ tegant. Denique vt puella, quæ vtique semper reueretur maritum & socerum, qui patris loco est, a verecundia tardetur exigere rationes ab eo. Hoc ostenditur in *l. libertum* §. 1. *& l. pen.* §. *sed videamus, ff. de rit. nupt. l. pen. hoc tit.* Quæ ratio etiam efficit, ne tutori permittatur adoptio pupilli vel pupillæ, *l. nec ei, ff. de adopt.* Vt etiam non permittatur adoptio mariti pupillæ suæ, *d.* §. *sed vid.* ne scilicet captetur his rationibus remissio rationum puellæ quas tractauit tutelam aut curam administrans. Hæc constitutio S.C. siue prohibitio habet locũ in tutoribus vel curatorib. tantum (quod notandum est) non autem porrigitur ad eum qui pro tutore administrauit, cum non esset curator, non ad procuratorem, non ad gestorem. *l. vlt. hoc tit.* quamquam & ij rationem reddere debeant, alioquin paulatim quilibet reddendis rationibus obnoxius, eam cui obligatus esset prohiberetur sibi vel filio suo coniungere matrimonio, quæ non est mens S. C. *l. pen.* §. *pen. ff. de rit. nupt.* Et obseruandum est prohibitioni causam dedisse non tantum, ne rationes cohiberent, vt dixi supra, sed etiam & potestatem, quam habet tutor, vel curator, & qua fretus facile potest huiusmodi nuptias extorquere a puella, quæ maxime obseruat tutorem & curatorem suum: Et vt dicam vno verbo, rationem potentatus, vt ait l. *præfectus, ff. de rit. nup.* Cur qui officium administrat in prouincia prohibetur ex ea vxorem ducere? ratione potentatus, quo fretus appeteret nuptias quaslibet. Cur inter pupillam? eadem, inquit ratione. Et hæc nuda potentatus suspectio non est

in protutore vel procuratore, vel gestore voluntario. A Addamus prohibitionem S. C. etiam consistere in pupilla tantum: Nam matrem pupillæ ducere nihil vetat *l. 3. h. t.* Pupillo quoque meo filiam meam collocare nihil vetat, *l. 5. h. t. l. libertum. §. vlt. ff. de rit. nup.* Et ita is qui officium publicum administrat in prouincia, quamdiu administrat, licet non possit ex ea prouincia sibi ac filio vxorem adiungere, potest tamen filiam suam in se dignam conditionem collocare in ea prouincia, *l. si quis officium §. vlt. ff. de rit. nupt.* Nec alia ratio est, quam quod gener non ita reueretur socerum vt nurus: Nurus verecundia fere semper remittet redditionem rationum, quam non remittet generi verecundia, quæ talis non est: non enim tantum vir socerum erubescere solet, vt nurus, & ob id nurus adquisitio cohibet quidem rationem reddendæ tutelæ: sed non etiam generi B adquisitio. Gener enim non erubescit exigere rationes a socero, vt nurus. Sic explicanda est ea ratio. Rursus addamus etiam, si ad ea quæ dixi, casue personas quas dixi, non porrigatur S. C. de quo est hic tit. porrigatur tamen (licet scriptum sit tantum de filiis tutorum & curatorum) etiam ad nepotes, vt in *l. 59. ff. de rit. nupt.* In hoc S. C. filii appellatione continentur nepotes: & placet mihi valde vetus scriptura huius tit. quæ habet *libero:* pro *filios.* Pertinet etiam hoc S.C. ad filium quemcunque, liberos quoscunque, filium sui iuris vel emancipatum, filium illegitimum vel naturalem, quæsitum & natum ex contubernio, vel in seruitute quæsitum, *l. 4. hoc tit. & l. non est, de rit. nupt.* Porrigitur etiam ad libertum tutoris vel curatoris, *d. l. non est, & d. l. liber-* C *tum.* Porrigitur ad patrem tutoris vel curatoris, si in eius potestate sint. Porrigitur & ad fratrem qui in eiusdem patris potestate est, *l. pen. §. sed videamus.* Porrigitur etiam ad heredem extraneum tutoris vel curatoris, nondum redditis rationibus, *l. si quis tutor §. vlt. l. libertum §. 1. ff. eod.* Porrigitur etiam ad sponsalia & nuptias, ne ducat vxorem, & despondeat impune *l. tutor. de spons.* Et dico *impune,* quoniam tutor, vel curator, vel filius coercetur legibus si eiusmodi nuptias contraxerit, fit infamis, & punitur etiam extra ordinem, *d. l. non est & l. amplissimi, l. licet, inf. de exc. tut.* Cum eo commune est cæteris nuptiis inutilibus, vt dos fiat caduca, & donatio propter nuptias, & arræ & munera *l. 4. & 6. sup. tit. prox.* & filii qui nascentur ex ea coniunctione D sunt illegitimi, & iniusti. Et vt hoc etiam obiter admoneam, in hoc tit. pupillam accipere nos oportere, vt accepimus nouercam & nurum, priuiginam & socerum *tit. super.* Nouercam, id est, quondam nouercam, non eam quæ adhuc nupta est patri, & quæ nouerca est vera mihi, ne eam ducam satis prohibet me infamia binarum nuptiarum. Et ita pupillam, id est, quondam pupillam: Nam pupillam quæ nondum pubuit, ne ducam, satis vetat ætatis ratio. Vltimo loco, velim vos addere ad hoc S. C. duas exceptiones. Vna hæc est: nisi pupilla a patre ei tutori aut filio desponsa, destinatave inter viuos aut testamento, testamentove denominata sit, in *d. l. non est, & l. qui pupillam ff. ad l. Iul. de adult.* Ex quibus vt dixi alias in *l. tut. ff. de rit. nup.* ita videtur legendum: varia est scriptura, vt sunt varii li- E bri: sed hæc melior videtur esse, quam proferam: *Tutor vel curator adultam ducere non potest, nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiæ sequuta fuerint, ex d. l. quamuis, & d. l. non est.* Aut certe hoc modo, quod nunc primum adiicio: *nisi a patre destinata, testamentoue nominata, conditionem nuptiarum sequuta fuerit, ex d. l. quamuis.* Altera exceptio hæc est: nisi quis nurui suæ curator datus sit. Qua re euenit, vt pupilla inueniatur nupta filio curatoris, nondum redditis rationibus, quod est contra S. C. Et tamen matrimonium non dissoluitur, sed alius curator dandus est, *l. 3. h. t.* quia matrimonium rite contractum nunquam ex post facto corrumpitur: & in matrimoniis vacat ea regula: vt quæ ab initio constiterunt in irritum recidant, si deueniant in eum casum, a quo incipere non potuissent, *l. pro patre, ff. de reg. iur.* Et idem etiam erit si vxori meæ curator datus sim, *l. amplissimi, inf. de excus. tut.* Neque enim soluitur matrimonium, sed corrigitur dato alio curatore & substituto. Et ita si eam, quæ vxor mea fuit, deinde diuortio facto ducat Seius, & postea Seium adoptem in locum filii: eueniet vt nouercam priuiginus habeat in matrimonium, nec propterea solueretur matrimonium, *l. 12. in princ. ff. de rit. nupt.* melius erit impedire eam adoptionem. Idemque erit si quis generum adoptauerit in locum filii, nec enim dissoluentur nuptiæ, quasi non possint consistere cum sorore, quod verum est, licet alii quidam dixisse ferantur dissoluendas esse nuptias, *l. pen. §. sed & filius, D. de rit. nupt.* Namque melius est eam adoptionē impedire, aut emancipare filiā. *l. per adoptionem, D. de rit. nupt.* Idemque erit si maritum pupillæ meæ adoptauero, aut adoptare velim: huic enim adoptioni obuiari oportet, ne videatur soror nupta fratri, *d. l. pen. §. sed videamus.* Et ita si eques vel plebeius qui duxit libertinam, postea fiat senator, cum quo libertinæ ab initio non est connubium, non ideo dissoluetur connubium, in *l. vlt. sup. de nup.* Et placet generalis definitio *l. 3. hoc tit.* rite contractum matrimonium ex post facto non posse vitiari.

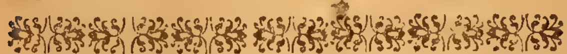
AD TITVLVM VII.

Si quacunque præditus potestate vel ad eum pertinentes ad suppositarum iurisdictioni suæ aspirare tentauerint nuptias.



IN hoc tit. 7. eadem ratio prohibet nuptias, quæ in superiori titulo, nempe ratio potentatus, *l. præfectus, ff. de rit. nupt.* quod iam exposuimus. Et punitur constitutione huius tituli etiam conatus & faciendi initium, licet non perpetrata sit res, puta si is, qui officium in prouincia administrat, per impressionem appetierit nuptias mulieris aut virginis, ex ea prouincia, inuita ea aut parentibus eius, punitur grauissima pœna, quam aperiet lectio constitutionis. & ea quam tentauit promissis aut minis abducere, domusque eius omnis, vel parentes eius, quos æque tentauit, protinus habita contestatione impressionis eius siue concussionis, liberantur iurisdictione siue potestate huius, *Ils ne le recognoissent pas pour Magistrat.* Sæpe in iure punitur etiam conatus: imo vero dicitur æquali sorte puniri scelus & sceleris voluntas in *l. quisquis, inf. ad l. Iul. maiest. & l. 1. Cód. Theod. ad l. Iul. de amb.* Hoc vt existimo non tantum habet locum in crimine læsæ maiestatis, sed in omni atrociori crimine, non etiam in leuiori, *l. 22. §. sed etsi, ff. de minor. l. cogitationis, ff. de pœn.* In grauioribus delictis nihil distat scelus a consilio, conatu, voluntate. corruptores alienarum nuptiarum adsessores, solicitatores alienarum vxorum, etiamsi effectu potiri non potuerunt, coercentur, *l. 1. ff. de extraord. crim.* & qui etiam tentauerit nuptias deuotæ virginis, *l. si quis, sup. de episc. & cler.* Et recte Seneca *declam. 7. Scelera,* inquit, *quamuis citra exitum subsederint, puniuntur:* Et ita quoque fur, raptor, effractor, vecticularius manifestus, etiamsi rem non peregerit, punietur. Et in *declam. 274. insidiatus ciui, etiam si non effecerit scelus, pœnas tamen legibus soluet.* Et similiter patriæ proditoris consilium & voluntas punitur, quasi rei læsæ maiestatis. Et est hac de re elegantissimus locus in oratione Maximi Tyrij: *Adulterum enim,* inquit, *lex punit, non eum tantum qui perpetrat rem, sed etiam eum qui perpetrandæ rei consilium inuit: & simili-*

liter effractorem conantem effringere ædes alienas, licet deprehensus fuerit in ipso facinore, nec rem potuerit peragere: & similiter eum qui meditatus sit proditionem aduersus patriam, licet eam non perduxerit ad effectum. Et ita in hoc tit. notandum est verbum illud *tentauerit:* Nam tentasse crimen est. De hac causa prohibitarum nuptiarum etiam actum fuit *sup. l. 6. de nupt.* Sed hoc interest quod *l. 6.* est de matrimonio: Hic titulus est de pœna tentantis interdictum matrimonium. Et hac de re actum est in tit. *2. huius lib.* sed hic titulus est de nuptiis tentatis, ille de sponsalibus. Sponsalia fuere permissa, vt etiam concubinatus, *l. vlt. ff. de concubin.* non nuptiæ, initiaue nuptiarum, lineæ nuptiarum.

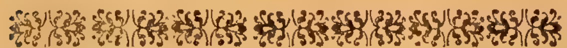


AD TITVLVM VIII.

Si nuptiæ ex rescripto petantur.



N hoc titulo octauo est etiam alia species & vltima prohibitarum nuptiarum siue inutilium: si nuptiæ petantur ex rescripto principis absque consensu puellæ. Nullum non facinus hæc nostra ætas vidit: Nam vidit etiam ex rescripto principis appeti nuptias inuitæ, iubente principe, vt nuberet puella illi quem maxime abhorrebat. Constitutio 1. huius tituli maxime vlciscitur eum, qui impetrat talia rescripta, & qui obrepit principi: Nam præsumimus deceptum fuisse principem, qui subscribit his precibus illicitis, precatore obrepsisse principi, & licet negare non hoc voluisset princeps, tamen obreptum principi fuisse, & subreptitium fuisse rescriptum: atque adeo inutile, & puniendum eum qui hoc vti velit. Et ita etiam ex rescripto non licet petere in matrimonium fratris & sororis filiam, *l. 2. hoc tit.* Notandum tamen in quibusdam casibus ex rescripto peti nuptias cum consobrina. hoc iure ex *l. celebrandis, supra de nupt.* sunt permissæ nuptiæ simpliciter sine rescripto principis, quo tamen iure nunquam vsi sunt Christiani: Nam vt recte ait D. Augustinus, *Christiani existimant, id quod est licitum, fieri illicitum vicinitate illiciti.* Consobrina autem vicina est sorori, cum qua illicitæ sunt nuptiæ. deinde, nuptiæ fuerunt permissæ cum consobrina non simpliciter, sed ex rescripto principis, *l. 1. Cod. Theod. eod. tit.* Et huius rescripti exstat formula apud Cassiodorum *in fin. 7. Var.* Ac postremo vetitæ sunt nuptiæ inter consobrinos, etiam ex rescripto principis. Secundo cum tutore vel curatore erant permissæ nuptiæ ex rescripto principis, si probasset mores hominis, & laudasset, nec existimasset interuersorem esse rationum reddendarum, *l. pen. sup. de interd. matrim.* Item cum ea, quæ est mihi impar dignitate, etiam permittebatur connubium ex rescripto principis, *l. 23. sup. de nupt.* Et hac de re etiam exstat formula apud Cassiodorum *eod. lib.* Illud proculdubio est ex rescripto principis, posse peti eam, quam despondit pater, aut duplum arrarum, *l. 1. hoc tit.*



AD TITVLVM IX.

De secundis nuptiis.



Ixit ante de illicitis nuptiis, quarum ostendit varia esse genera: nunc dicturus sum de secundis nuptiis, quæ illicitæ etsi non sint, tamen non sine causa vicinitatem illicitarum sequuntur, cum pœnis quibusdam obnoxiæ sunt, quæ explicantur in *l. 1. hoc tit.* Atque adeo quasi illicitæ videri possunt. Et statim *l. 1. hoc tit.* indicit pœnas mulieribus, quæ contrahunt secundas nuptias, antequam priorem virum eluxerint, id est, an-

A tequam priori viro religionem luctus quam debent persoluerint? Nam etsi non sint illicitæ vel illegitimæ nuptiæ, quæ fiunt intra tempus luctus, tamen immaturæ sunt: & immaturitas nuptiarum coercetur, immaturas vocat *l. 1. hoc tit* & similiter ἀώρους *Nou. 22. & 39.* ὀψίμους, *& Plinius 4. epist. nuptias lugentis, nuptias senis, quorum alterum immaturum, alterum serum est,* & Apul. *lib. 8. ne forte immaturitate nuptiarum, indignatione iusta manes acerbos mariti ad exitium salutis tuæ suscitemus.* Et ita si mulier defuncto marito susceperit tutelam filij impuberis, quem ex eo procreauit, & nondum finita tutela alii nupserit: non sunt quidem illicitæ nuptiæ, sed immaturæ, quod non exspectauerit pubertatem filii. Et coercentur hæ nuptiæ iisdem pœnis, B quibus quæ coitæ sunt intra legitimum tempus luctus, *Nou. 22. de nupt.* Et similiter, quæ fiunt sponsalia cum puella, quæ nondum impleuit decimum ætatis annum, immatura sunt. Et vt nominatim scribit Sueton. *in Tiberio cap. 34* hanc immaturitatem sponsalium coercuit Augustus: sed tamen non sunt illegitima, *l. in sponsalibus, D. de spons al.* Non quicquid pœnæ subiicitur, illegitimum est, posset enim alio vitio laborare quam illegitimi. Et sciendum est hac in re meliorem esse conditionem maris quam fœminæ. Nam vir non luget vxorem, nullam debet vxori religionem luctus, *l. 9. de his qui not. infam.* Vxor elugere debet virum, & hoc verecundia matronalis exigit. Luctui mulierum lex præscripsit certum tempus, nempe annum, de quo dicemus in *l. 2. hoc tit.* Sed excepti sunt mariti quidam in- C digni luctu, vt qui suspendio vel alio genere mortem sibi consciuerunt, vt transfugæ homines, proditores patriæ, & damnati perduellionis, *l. 11. D. de his qui not. inf.* Tiberius generaliter capite damnatos lugeri vetuit, auctore Sueton. Vbi autem non est lugendus maritus, vel est indignus luctu, si mulier non sit prægnans, nuptum ibit impune, etiam statim post mortem viri: si sit prægnans, non potest alii nubere, antequam pepererit, propter turbationem sanguinis, vt ait *l. 11.* διὰ τὴν τῆς γονῆς ἀδηλίαν, vt ait *l. 52. sup. de episc. & cler.* Quæ est Græca, propter prolis incertum, ne scilicet re habita cum alio fiat genus incertum & dubius sanguis. Et eadem ratione si dissoluatur matrimonium non morte viri, sed diuortio vel monachismo (quod olim obtinuit) & sit prægnans mulier: iam hic cessat quidem ra- D tio luctus, cum mortuus non sit maritus: sed si prægnans sit non potest alii impune nubere, antequam pepererit, *d. l. 52. & l. consensu §. si vero. & l. constante, inf. de repud.* Vbi autem elugendus est maritus, mulier antequam eum eluxerit, etiamsi interim partum ediderit, cum eam prægnantem reliquisset vir, potest quidem alii despondere se, sed non nubere, quia debuit marito hanc obseruantiam luctus, & post editum partum. Nec hic spectatur tantum turbatio sanguinis: sed honor debitus memoriæ defuncti. Cæterum post editum partum, vel si liqueat eam non esse prægnantem, potest alii nubere ex rescripto principis, vel senatus, *l. 10. D. de his qui not. inf.* Remittet scilicet princeps honorem quem debemus, & iusta quæ debemus defunctis E nos ipsi soluere eo non possumus. Quibus autem pœnis coerceatur, quæ intra tempus luctus nuptum iuit, & alii nupsit, hoc explicatur in *hac l. 1.* & proponuntur in ea pœnæ quinque.

Ad L. 1. Si qua mulier.

Si qua mulier nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione præstiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis: præterea secunda viro vltra tertiam partem bonorum in dotem non det: neque ei ex testamento plus quam tertiam partem relinquat. Omnium præterea hereditatum, legatorum, fideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers.

Has

Hæc namque omnia ab heredibus vel coheredibus, aut ab intestato succedentibus vindicari iubemus: ne in his, in quibus correctionem morum induximus, fisci videamur habere rationem. His etiam amittendis, quæ prior maritus ei suprema voluntate reliquerit: quanquam hæc, quæ mulieri a priore viro relinquuntur, & per immaturum matrimonium vacuata esse cœperunt, primo a decem personis edicto prætoris enumeratis, id est, ascendentibus & descendentibus, ex latere autem vsque ad secundum gradum, scilicet gradibus seruatis, deinde præsumi a fisco iubemus. Eandem quoque mulierem infamem redditam, hereditates ab intestato, vel legitimas, vel honorarias, non vltra tertium gradum sinimus vindicare.

IN hac lege proponuntur pœnæ quinque, quibus coercetur mulier, quæ intra tempus luctus alii nupsit. Prima est, vt sit infamis mulier, quæ non seruat religionem luctus priori viro, & præmature nubit alii, quod est ex edicto prætoris, ex quo non tantum ipsa infamis fit: sed etiam is qui sciens eam ducit, vel pater eius, in cuius est potestate, si non contradixerit, itemque pater, in cuius potestate fuerit mulier, si intra id tempus eam alii nuptui collocauerit, *l. 1. ff. de his qui not. inf. l. decreto, sup. eod.* Dum dico hos esse infames, multa dico, nam infamiæ sunt innumera damna. Infames in perpetuum omni honore & dignitate priuantur: denique nullius honoris gerendi capaces sunt, *l. 1. D. ad leg. Iul. de vi priu. l. 2. inf. de dignitat. l. 8. inf. de decur. l. 1. sup. de re mil.* Item iudices dari non possunt, *l. cum prætor, D. de iudic.* nec milites legi possunt, *l. 4. §. ad tempus, de re milit. & Theoph. §. vlt. Instit. de except.* accusare non possunt, *l. qui accusare, D. de accus.* nec agere populari actione, quasi non sint in populi vel ciuium numero, *l. 4. D. de popul. act.* non possunt etiam assidere in consilio iudicum siue magistratuum, siue consiliarii esse, *l. 2. D. de offic. adsess.* non possunt postulare pro aliis, *l. 1. §. ait prætor. D. de postul.* Est enim aduocatorum ordo seminarium dignitatis, vt eleganter ait Valentin. in *Nou. de postul.* Et infames incapaces sunt dignitatum: non possunt etiam fieri procuratores ad lites, nec ipsi litigare per procuratores, *d. §. vlt. de except.* Sed interim, quia infames non possunt assidere iudicibus, nec iudices dari, nec postulare pro aliis, quæ sunt munera Iurisconsultorum, ex eo efficies nec Iurisconsultos, nec doctores esse posse. Inuenio etiam infames si quid deliquerint, seuerius puniri quam integræ famæ homines, *l. capitalium §. vlt. D. de pœn.* Sunt itaque infamiæ detrimenta multa. Secunda pœna nubentis intra annum luctus, quæ proponitur in hac lege, hæc est, vt nouo marito in dotem dare vel relinquere testamento non possit plus quam tertiam partem bonorum suorum. Quod vtique verum est, si nulli existant liberi ex priori matrimonio. sed si existant aliquando ex priori marito, marito nouo ne tertiam quidem partem bonorum suorum relinquere potest, videlicet si cui ex liberis prioris coniugii minus tertia reliquerit, quod hic Accursius recte notauit ex *l. hac edictali, hoc tit.* ne scilicet nouus maritus plus habeat ex bonis mulieris, quam filius prioris mariti. Vnde aperte quærit idem Accursius, quid sit dicendum non existentibus liberis ex priori matrimonio, si forte mulier nouum maritum heredem instituat ex asse: Et cum multa varia dicat Accursius, hoc solum verum est, maritum ex tertia parte heredem fore testamentarium, quam solam legibus capere potest: reliquam partem habiturum heredem legitimum, quod aperte confirmat *l. 6. D. de vulg. subst. & l. 55. §. vlt. D. de leg. 2.* Atque ita eueniet certe, vt mulier sit pro parte testata, pro parte intestata, vt habeat pro parte testamentarium heredem, pro parte legitimum: Nam in hoc nos compellit lex, quæ vetat maritum secundum plus capere triente. Tertia pœna, quæ proponitur in hac lege hæc est, vt cum ea

A mulicre non sit testamenti factio, id est, vt nihil possit capere ex aliorum testamentis, & codicillis vel donationibus causa mortis: denique vt sit incapax solidi, vt nihil possit capere, & consequenter quod ei relictum est pro non scripto erit. Et (vt solent in iure quæ pro non scriptis sunt) id quod ei relictum est alieno testamento, non cedit fisco, sed remanet apud heredem testamentarium, vel legitimum a quo relictum est, vel coheredi accrescit ac collegatario, vel obuenit substituto, in *l. vnica. §. 3. in princip. inf. de cad. toll.* Quarta pœna est, si mulier nupserit intra annum luctus, vt quæ ei reliquit suprema voluntate prior maritus, ei auferantur quasi indignæ Solent autem plerunque quæ eripiuntur quasi indignis fisco cedere, sed non vtique semper, non certe hoc casu: Nec enim statim cedunt fisco, sed B vt est in hac *l. 1.* fisco præferuntur decem personæ enumeratæ edicto prætoris, id est, edicto de bonorum possessionibus, quod Accursius non explicat illa in parte, *vnde decem personæ*, quæ præfert decem personas extraneo manumissori secundum ius vetus, quod hodie sublatum est, *§. 1. Instit. de bon. poss.* Decem personæ hæ sunt, pater, mater, auus, auia, tam paterni quam materni, filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia, frater & soror, tam consanguinei quam vterini: His decem personis postferendus est fiscus, & iis deficientibus vocandus. Et inter eas personas vtique seruanda est graduum prærogatiua, vt scilicet proximior excludat remotiorem, seruanda paritas graduum, vt qui eodem sunt gradu cuiuscunque sint ordinis simul vocentur & excludant fiscum in iis, quæ huic mulieri C reliquit prior maritus suprema voluntate. Et supremæ voluntatis nomine, non oportet tantum intelligere testamenta, sed etiam codicillos, & epistolam fideicommissariam, & donationem propter nuptias, *l. 2. hoc tit.* & donationem causa mortis, nam & hæ comparantur vltimæ voluntati, *l. vlt. sup. de don. caus. mort.* Imo donationem inter viuos quia inter maritos habetur pro donatione causa mortis, *l. 12. inf. ad l. Falc.* ergo pro vltima voluntate. Nec mirum si late pateat vltimæ voluntatis nomen, cum & in secunda parte huius l. æque late accipi oporteat testamenti nomen, vt probat *l. hac edictali, hoc tit.* Et quia quærit etiam Accursius, neque id explicauit bene, quare huic mulieri relicta testamento extranei nunquam cadant in fiscum: relicta testamento prioris viri cadant post decem personas. Ratio D est euidens, quia indigna plane est quæ quicquam ferat ex prioris mariti bonis, cui iniuriam fecit non seruata religione luctus: & indigni successor plerunque est fiscus, & indigni locum subit atque subintrat: Extraneo vero nullam iniuriam fecit, nec (quod censeo valde notandum) si viuo marito castitas exigatur ab vxore, mirum videri debet, cum & mortui sancte debeat seruare per annum venerationem atque memoriam, nec minus fuit adulterii rea si intra annum peccauerit, vt est in *§. vlt. Nouel. 39.* vel si nupserit intra eum annum, non remaneant impunitæ nuptiæ præcoces. Et earum pœna est quinta & vltima, vt hæc mulier cognatis & agnatis suis non possit succedere ab intestato iure ciuili, vel prætorio vltra tertium gradum. Et hæ sunt pœnæ quibus plectuntur hæ nuptiæ immaturæ. Sed E obseruandum est, infamiam, quæ prima est pœna, etiam postquam in eam incidit mulier posse aboleri rescripto principis, *l. si qua, inf. ad Tertullian.* quæ est coniugenda cum hac lege prima. Nam & ipse Iustinianus eas coniunxit in *Nouella 22.* & ita nobis fit auctor coniungendarum legum, quoties vna lex scissa est in varias partes, vel dispersa in varios locos, vt altera ex altera lucem accipiat. Principis est famam restituere. Et eleganter Cassiodorus libro *3. Fas est principi maculosas notas vitiosasque opiniones abstergere*, & quod notandum est, collatio honoris, id est, si infamem princeps donauerit honore aliquo & dignitate, in hoc est famæ restitu-

tio tacita, *l. imperialis* §. *similes, sup. de nupt.* Hodie constitutionibus Pontificum ex hac causa est etiam abolita pœna infamiæ in *cap. pen. & vlt. de secund. nupt.* alias pœnas non inuenio Pontifices aboleuisse, sed vt indicat *l. si qua etiam*, indulgentia Principis singulari beneficio etiam ceteræ omnes pœnæ remitti possunt, maxime si non existant liberi ex priori coniugio, quibus secundo faciat iniuriam. Nam si existant liberi ex priori coniugio, princeps non alias remittet pœnas legitimas, quam si bonorum, quæ habet mulier tempore secundarum nuptiarum, semissem relinquat liberis prioris matrimonii partiendum inter eos æqualiter, ita vt in partem morientis intestati fratris sine filiis veniant reliqui fratres, non mater, & vt is semis non ante redeat ad matrem, quam si omnes liberi prioris matrimonii decesserint intestati aut sine filiis: Nam filii excludent matrem, atque etiam eorum heredes testamentarii, quæ est sententia *dictæ legis si qua.*

Ad Legem II.

Si qua ex fœminis perdito marito, intra anni spatium alteri festinauerit nubere, (paruum enim tempus post decem menses seruandum adiicimus: tametsi id ipsum exiguum putemus) probrosis inusta notis, honestioris nobilisque personæ decore & iure priuetur: atque omnia quæ de prioris mariti bonis, vel iure sponsalium, vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat.

IN lege secunda huius tituli definitur tempus, intra quod defunctum maritum mulier elugere debet. id fuit olim decem mensium, quod & idem fuit olim spatium anni, cum inciperet a Martio & finiretur in Decembri, quod idem est pariendi legitimum tempus, *l. 3. §. vlt. D. de supel. leg.* Hæc lex secunda addit duos menses, ita vt mulier sit in luctu duodecim mensibus post mortem viri, quamquam & hoc ait ipsum se existimare esse exiguum tempus, quod scilicet pudicæ mulieres diutius colere debeant defuncti memoriam & extendere luctum in longius tempus. sed lex contenta est anno duodecim mensium. Lugendi etiam sunt parentes & liberi & agnati & cognati, *l. parentes, D. de his qui not. infam.* Sed huic luctui non est præscriptum certum tempus: relinquitur enim in arbitrio cuiusque, vt cum volet deponat lugubria, quæ sumpsit ob amissum parentem, vel filium, aut filiam, vel cognatum. Hic quoque luctus non est impedimento nuptiis, *l. liberorum, D. eod.* Et qui hunc luctum non luget aut peragit, non notatur infamia, nec si omiserit luctum patris, id est, si non sumpserit habitum lugubrem amisso patre, *d. l. parentes.* Itaque multum hic luctus differt a luctu, quem mulier superstes persoluere debet marito defuncto. Nam mulieri ad maritum lugendum præscriptus est annus, & interim alii nubere non debet, vel si alii nupserit, notatur infamia. Et eleganter hæc lex secunda definit infamem eum, *qui honestioris nobiliorisque personæ decore ac iure priuatur.* Quem vocas infamem? eum qui probrosis inustis notis, honestioris nobiliorisque personæ decore ac iure priuatur. Nobilitatem exstinguit infamia, quod notandum. Nec nobilium igitur magnus est hodie numerus. Etiam additur in hac lege quod manifesto non fuerat expressum *in l.* 1. mulierem, quæ properauit ad secundas nuptias intra annum luctus, amittere quæ sponsalium iure ex prioris mariti bonis ad eam peruenerunt, id est, iure donationis propter nuptias, vt interpretatur Iustin. in *Nou.* 22. Quæ Nouel. est veluti liber quidam de primis & secundis nuptiis, qua sunt enarratæ miro artificio constitutiones omnes huius tit. vt patet etiam ex *Cod. Theod.* sed non additur abrogatio *l. si qua, ad Tertull.* de qua diximus, vt scilicet hæ pœnæ immaturi matrimonii non remitterentur rescripto principis: hanc scilicet clausulam noluit inserere Iustinianus, quia magis probauit clementiam *l. si qua.* Ad hæc notandum est quandoque mulierum luctum virorumque, minui legibus finirique ex certis causis, Vel etiam extra ordinem quandoque senatum minuere luctum fœminarum & marium, vel in honorem principis, vel ob rem prospere gestam, publicam lætitiam & gratulationem. Et cum hoc lex vel senatus inducit, vt scilicet minuatur luctus, quod videtur induxisse, id explicat *l. decreto, sup. ex quibus causis inf. irrog.* An impetrata deminutione luctus liceat viduæ intra annum luctus nubere? Minime. non hæc est mens imperantis luctum minui. Nam his verbis hoc tantum significatur, vt deponant lugubria, deponant *tristiorem habitum*, vt ait *d. l. decreto*, *tristia signa*, vt dixit Ouidius, doloris insignia, vestem atram, pullam, antracinam, amiculum nigellum, vt dixit Varro describens habitum lugentium, & sumant vestem albam vel purpuream, vel coloriam, & aurum & ornamenta, quibus omnibus qui lugent abstinere debent. Denique qui minui luctum iubet, iubet deponi vestem atram, id est, habitus lugubres. Et eleganter apud Æschylum in Persicis, tristis & mœstus dicitur μελαγχίτων φρήν. *vne ame a robe noire.* Igitur minutio luctus non consistit in licentia nubendi, sed in positu atri & lugubris habitus. Et hæc est sententia legis *decreto*, summe notanda. Ex qua tamen vulgo colligunt generaliter, mulierem quæ luget virum, posse vti alba veste & ornamentis, remitti generaliter lugubrem vestem. Hoc vero est falsissimum, nec vsu vnquam fuit comprobatum, & vera etiam mens legis illa est, quam patefeci, vt quoties extra ordinem iubet senatus minui luctum, tunc liceat deponere lugubria, & sumere hilaria. Valde autem est notandum quod ex veteribus, vt opinor I. C. retulit Festus, minui luctum ipso iure, etiamsi hoc non indicatur extra ordinem, vel publice vel priuatim. priuatim cum nati sunt liberi, licet eo die deponere vestem atram, cum honos venit in familiam, cum parens, cum filius, aut nepos, aut vir, aut frater ab hoste captus postliminio redierit: licet eo die exuere vestem atram, cum puella desponsa est, cum propiore quis cognatione iunctus is, quam is qui lugeretur, natus est: Et postremo cum familia est in casto Cereris, id est, cum agit Cereris sacra, abstinens fruge Cereris, id est, pane. Nam quod hodie liquet, diu nesciuimus, hoc castum veteres dixere ieiunium, & abstinentiam, Græci ἁγνείαν. vt Ieiunium quadragesimæ, recte dixeris castum quadragesimæ. Et eleganter Arnobius: Castum Cereris temperatum, id est, temperationem ab alimonia panis. Publice & generaliter minuitur luctus, cum votum publice susceptum redditur, veluti pro salute principis, *l. si caluitur* 233. §. 1. *D. de verb. signific.* Et cum censores lustrum condunt, id est, cum quinto quoque anno censum agunt ciuium Rom. facto sacrificio, quod lustrale dicitur. *Tit. liu.* 1. *Isidor. orig.* 5. *cap.* 37. Et postremo cum ædes dedicantur, quam celebritatem Græci dixerunt ἐγκαίνια, Gallice *dedicace*, ab ἐγκαινίζειν, quod est dedicare. Ex his causis minutio luctus temporaria est, & consistit tantum in deponendis lugubribus, non in licentia nubendi. Male quidam differentiam faciunt inter lugere & elugere hoc modo: vt lugere sit vti atra veste & demittere capillum, vt Romani solebant: Elugere autem, abstinere nuptiis. hoc est falsum. Elugere sic dicitur vt enauigare, id est, perficere nauigationem, in §. *Callimachus*, *l. qui Romæ, D. de verb. obligat.* euincere, plus quam vincere. Grammaticus Agroetius, Et ita *eluxit*, *luctum deposuit.* Et Liuius *lib.* 34. *Quid aliud in luctu, quam purpuram & aurum deponunt quod cum eluxerunt sumunt?*

Ad legem III.

Fœminæ, quæ susceptis ex priore matrimonio filijs, ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias: quicquid

quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationib. factis, aut testamento iure directo aut fideicommissi vel legati titulo, vel cuiuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis (vt dictum est) priorum maritorum fuerint adsecutæ: id totum ita vt perceperint integrum ad filios, quos ex præcedente coniugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filijs (dummodo ex his tantum sit) quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suæ iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eædem fœminæ ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonij coniunctione susceptam, præsumant: atque habeant potestatem possidendi tantum atque fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex ijsdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum: ex maternis redintegrabitur facultatibus, quo illibata ad eos, quos statuimus liberos bona & incorrupta perueniant. Illud etiam addimus (huic) legi, vt si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit matre iam secundis nuptiis funestata, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus id quod per eandem successionem ab intestato, vel ex testamento suæ posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitæ suæ pro sibi debita portione, sola tantum possessione delata, omne his, qui superernnt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat: nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet extraneam personam, vel quicquam alienandi habeat potestatem: Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus natiue decesserint: omne quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis iure obtineat, atque in his nanciscendi dominii, & testandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.

LEx tertia huius tituli est de muliere quæ post annum luctus alii viro nuptum ire incipit, quæ si nullos liberos habeat ex priore viro, nullus est labor, nullum periculum, nulla lex hisce imposita nuptiis. Cæterum si habet liberos ex priori viro, non fit quidem infamis, vel incapax, vt quæ virum non eluxit, sed vt definitur in *hac l.* 3. quicquid ex prioris mariti bonis percepit iure donationis propter nuptias, vel munere sponsalitio, vel iure institutionis, vel legati, vel fideicommis. vel quocunque alio titulo, id omne seruare debet liberis susceptis ex priore marito tanquam paternum. Nam bonis paternis recte etiam annumerantur bona prioris matrimonii, etiam ea, quæ a patre ad matrem eorum, quæ iterum nupsit, peruenerunt: non seruat tamen eis dotem, quæ morte viri ad eam rediit, quia eius proprium matrimonium est: sicut etiam vir mortua vxore non seruat liberis donationem propter nuptias quæ ad eum rediit, quæ est sententia *l. liberis, sup. de donat. ante nupt.* Et vt hoc admoneam, quæ in eam legem scripsit Accursius, omnia sunt rectissima & elegantissima. Ergo dotem quidem mater quæ iterum nubit ad se reuersam non seruat liberis prioris matrimonii, sed ea duntaxat quæ ex bonis prioris mariti quocunque titulo percepit. Cæterum electio mulieri datur, vt cui maluerit ex liberis ea omnia bona relinquat, nihil ex eis relinquat cæteris. Et datur hæc electio mulieri in l.3. illo loco, *vel ad quemlibet ex filiis quem illa elegerit.* & sequitur, *dummodo ex his tantum quos tali successione dignos iudicamus,* id est, dummodo non sit ingratus: Eadem electio datur mulieri in *l. generaliter §. diuidendi, inf. hoc tit.* Ac præterea datur ei liberum arbitrium, ea bona quæ a priore viro percepit diuidēdi inter liberos prioris matrimonii, vt animo suo diuidat ex æquis vel iniquis partibus, & vt animo suo gratum erit. Sed hæc omnia mutarunt Nouellæ posteriorum Impp. Nam & *Nouel. Leonis & Maioriani, de sanctimonialibus & viduis, & Nouella Leonis & Seueri de abrog. cap. & Nouella Iustiniani* 2. & A 22. mulieri hanc electionem adimunt, & arbitrium diuidendorum eorum bonorum, & omnino volunt ea bona seruari ex æquo omnibus liberis prioris matrimonii. Atque ita hac in parte est abrogata *l.* 3. atque etiam *d. §. diuidendi d. l. generaliter, inf. hoc tit.* Nihil enim ex eis bonis minuere mulier potest, nec ex eis erogare plus vni ex liberis quam alteri. Et generaliter nihil alienare ex eis potest, nihil obligare, nihil extraneo relinquere, nihil liberis posterioris matrimonii relinquere potest, quia in eis tantum vsumfructum habet, proprietas pertinet ad liberos prioris matrimonii, cum qua proprietate mortua muliere consolidabitur vsusfructus. Et si quid forte alienauerit mulier ex iis bonis, id post mortem eius si exstet vindicari potest a possessore, vel refici ex aliis bonis mulieris, quasi iure tacitæ hypo- B thecæ, si forte consumptum sit, vt *in d. l. generaliter §.* 1. Vel si possessorem tueatur præscriptio 30. annorum, *Vt Nou.* 22. Denique vt est in *hac l. 3. atque etiam in Nouell. Leonis 5. & Seueri, de abrog. capitibus iniust. &c.* Liberis prioris matrimonii vel datur alienatorum bonorum vindicatio, vel redintegratio ex maternis bonis. His constitutionibus non abs re consulitur liberis prioris matrimonii: Nam plerunque mulieres, quæ transmigrant in aliam familiam, obliuiscuntur liberos prioris matrimonii. Et vt ait eleganter Ambrosius 6. Hexamer. *Mutato concubitu parentes a sobole deprauantur, & præferunt liberos posterioris copulæ, prioris autem negligunt.* Denique, vt est in *Nou.* 22. quæ iterat nuptias, C liberis prioris matrimonii iniuriam facit, imo & se ipsam quodammo iniuria afficit. Nam si viduitas est genus pudicitiæ, vt ait Quintil. declam. 306. Hæc iteratio igitur nuptiarum est species quasi legitimæ intemperantiæ, εὐπρεπὴς μοιχεία, *vt ait Athenagoras in Apolog.* Non tantum immaturitatis sunt pœnæ, vt ait *l.* 1. *& 2. hoc tit.* sed etiam intemperantiæ & incontinentiæ, licet legitima sit immaturitas, legitima intemperantia, igitur quod legitimum est pœnæ subiicitur. Atqui quod lege agitur, non solet lege vindicari; quod legitime fit, pœnam non meretur, *l. Gracchus, inf. ad leg. Iul. de adult.* Fateor, quod lege fit, non solere lege vindicari: sed vindicatur quandoque maxime, cum lex permittit potius quam probat. Et semper vbique sane etiam honoratiores fuerunt, quæ vno erant matrimonio contentæ, vniuiræ, vnicubæ, hæ solæ pronubæ adhibebantur in D nuptiis, hæ solæ sacra faciebant fortunæ muliebri. Nullus erat Sacerdos, nullus flamen bimaritus, *vt ait Hieronymus*, vt Apostolus etiam vult, nullum Episcopum esse bimaritum. Et hæc quidem sufficient ad primam partem huius l. 3. quæ hanc legem indixerit mulieribus iterum nubentibus, neglectis filiis prioris matrimonii, vt eis seruent proprietatem omnium bonorum, quæcunque ex bonis prioris mariti, quocunque titulo eis obuenerunt, etiam hodie adempta electione & diuisione. Et additur etiam alia lex in secunda parte, siue §. *vlt.* vt scilicet eam seruet liberis prioris matrimonii, quæ ex successione acquisierit vnius ex filiis eiusdem matrimonii ab intestato, atque ita, si sint tres filii prioris matrimonii, non tantum debet eis seruare, quæ accepit a pa- E tre eorum, priore marito suo: sed etiam quæ accepit a filiis mortuis intestatis, debet seruare superstitibus filiis ex eodem matrimonio, & vt dicam explicatius: Mortuo intestato vno ex filiis prioris matrimonii, mater quæ iam se alii marito iunxit, ei succedit ex SC. Tertulliano in bonis profectitiis, & aduentitiis, & succedit iure veteri cum sororibus defuncti filii, non cum fratribus. Nam fratres excludunt matrem iure veteri, *§. 1. Instit. de SC. Tertull. l. 2. C. Th. de inoff. testam. l. 2. C. Th. de sec. nupt.* Iure nouo succedit mater etiam cum fratribus, *l. vlt. inf. ad SC. Tertull.* Et ex eo iure nouo, id est, *ex d. leg. vlt.* succedit cum sororibus in dimidiam partem bonorum defuncti filii, ita vt ipsa & sorores defuncti bona partiantur ex æquo, id est, vt ipsa ferat dimidiam,

& sorores alteram dimidiam: cum fratribus autem succedit in portionem virilem. Iure autem nouissimo, etiam cum sororibus succedit tantum in virilem *ex Nou.22. de nupt.* Sed ita vt in eam partem, in quam succedit filio cum fratribus vel sororibus, id est, in virilem secundum ius nouissimum, vsumfructum tantum habeat; proprietatem seruet liberis prioris matrimonii fratribus sororibusque defuncti. Idemque erit omnino, si quid perceperit mulier ex testamento vnius ex liberis prioris matrimonii: namque id habebit vsusfructus iure tantum, cæteri liberi erunt proprietarii, quæ est sententia §. *vlt.* Et hoc quidem ita verum est, si vt posui initio, ante mortem filii ea mulier se alteri viro coniunxerit. Et ita loquitur §. *vlt.* Quæro igitur, quid sit dicendum, si post mortem filii alii viro se coniunxerit? quia sane hoc casu filius dum vixit, ab intemperantia B matris nullam sensit iniuriam, quæ mansit vidua, quamdiu is vixit; Et hoc ideo inducit discrimen quoddam & distinctionem, vtrum ante mortem filii illa iterum nupserit, an post mortem filii cui successit. Nam si ante mortem, obseruantur ea quæ diximus *ex* §. *vlt.* Si post mortem, pro sua parte bona filii aduentitia capit pleno iure, id est, vsusfructus & proprietatis iure: profectitia autem, id est, a patre profecta capit tantum vsusfructus iure, proprietatem seruat cæteris liberis prioris matrimonii, quæ est sententia *l. mater inf. ad SC. Tertull.* Sed hoc Nouellæ variæ mutarunt. Et primum *Nouell. 2. Iustin.* tollit differentiam temporis, vtrum ante filii mortem contraxerit secundas nuptias, an post mortem: tollit differentiam bonorum aduentitiorum & profectitiorum: tollit differentiam viduitatis & secun- C darum nuptiarum. Denique *ex ead. Nou. 2.* mater succedit filio ab intestato cum aliis filiis filiabusque in virilem, pleno iure in omnibus bonis tam profectitiis quam aduentitiis, nullo iure reseruato cæteris filiis vel filiabus in illam portionem virilem: Et non tantum, si permanserit vidua, sed etiam, si alii nupserit ante mortem vel post mortem filii, cui succedit in virilem. Hæc est mens *Nou. 2.* Tollit etiam *Nou. 22.* differentiam temporis, vtrum ante mortem filii, vel post mortem secundas nuptias contraxerit. Et hanc quidem solam: nam reducit differentiam bonorum profectitiorum & aduentitiorum, & differentiam viduitatis & secundarum nuptiarum. Ita scil. vt si vidua permanserit, succedat in omnibus bonis indistincte, pro rata, id est, in virilem, pleno iure: si iterum nupserit, vt in bonis profectitiis habeat tantum vsumfructum, in aduentitiis plenam proprieta- D tem. Et hæc *Nou. 22.* quasi posterior sequenda est. Sic igitur ex his videmus etiam abrogatum esse §. *vlt. hoc l. 3.* atque *d. l. mater.* quæ ambæ coniunctæ inducebant illam differentiam temporis, quod tollit *Nou. 2. & 12.* Nam §. *vlt. huius l. 3.* est de ea, quæ ante mortem filii alii nupserat. *l. mater*, de ea est, quæ post mortem filii. Et ius non idem in §. *vlt.* statuitur, quod in *l. mater*, propter discrimen illud temporis, quo contingit mors filii intestati. Iam exposita est sententia huius *l. 3.* Nec restat aliud, quam vt obseruemus, *l. 3.* loqui tantum de fœminis, quæ iterant nuptias existentib. liberis prioris matrimonii: nec idem constituit hæc *l. 3.* in maribus. Itaque fit hac in re deterior conditio fœminarum quam marium, sicut in *l. 1. & 2. hoc tit.* quæ loquitur de immat. nuptiis. In causa immaturarum nuptiarum differentia E etiam est: nam arguitur in fœmina immaturitas, non in mare. Et ita intemperantia arguitur in fœmina non in mare. Verum *l. 2. C. Th. de sec. nupt.* suadet tantum maribus, non etiam imperat, vt si nouercam induxerint filiis prioris matrimonij, eis seruent id, quod ex dote, vel ex aliis bonis prioris vxoris quocunque titulo perceperint: suadet, non imperat. Et suasio non est coniuncta necessitati, quales dicuntur esse preces tyrannorum, precibus scil. & suasionibus Tyrannorum inesse vim ac permixtã necessitatem, quod prouerbiale etiam

A esse scripsit noster Accurs. in *l. 1. D. quod iussu.* Rogatio domini præceptum est, sed suasiones legum non sunt huiusmodi nec permixtæ necessitati. Et ita quod suadet *Nou. 22. in fin.* vt non minus relinquatur a parentibus liberis prioris matrimonii, quam secundi, ne vt sunt plerunque, proniores videantur fuisse in posteriores liberos, id non est admixtum necessitati. Et sic etiam quod ius vetus suadebat in §. *licet, Inst. de testa. ord.* ne heres perhiberet testimonium in testamento quo heres institutus esset: id nullum iniiciebat vinculum iuri. Et similiter quod suadet *l. per adopt. D. de rit. nupt.* vt qui vult adoptare generum, emancipet filiam, ne soror videatur coniuncta fratri. Nam & fraternitas, quæsita per adoptionem, impedit nuptias. Quod idem suadet: vt qui vult adoptare nurum in locum filiæ, emancipet filium, hoc non est necessarium: sed facta emancipatione, si adoptetur gener vel nurus, necesse est rescindi eam adoptionem, vel dissolui eas nuptias, vt in *l. pen.* §. *si videamus, D. de rit. nupt.* Et ita quod suadet *d. l. 2. C. Th. de sec. nupt.* non erat necessarium, nulla necessitate obstringebat mares seruandæ proprietatis bonorum perceptorum ex prioris vxoris bonis liberis primi matrimonii. Sed partem illam suasoriam *d. l. 2.* omisit Iustin. in *h. l. 3.* quæ sumpta est ex *d. l. 2. C. Th. de sec. nup.* Propterea quod deinde eidem necessitati obstricti sunt mares, suasione versa in necessitatem in *l. generaliter, hoc tit.* Itaque hac in parte non sunt separandi mares a fœminis. Et quod h. l. 3. statuit in fœminis, pertinet etiam ad mares iterantes nuptias, existentibus liberis ex priore matrimonio. Manet tantum differentia inter mares & fœminas in causa immaturarum nuptiarum, *l. 1 & 2.* & non in causa huius quasi legitimæ intemperantiæ.

Ad L. IV.

Cum aliis sanctionibus iusserimus materna bona integra ad liberos peruenire: quod tamen mulier mariti largitate percepit (id) ex eo tantum liberi coniugio procreati sibi speciali tanquam paternum nouerint [*patrimonium*] *vindicandum. Itaque, si habens filios ad secundas nuptias fortasse transierit, sponsalitiam largitatem, quam vir secundus contulit in vxorem, tantummodo filij, qui ex secundo matrimonio suscepti sunt, pro soliditate possideant, nec prosit liberis ex priore susceptis matrimonio, quod mulier ad tertia minime vota migrauerit. Quod si posterior vir sine liberis ex eodem matrimonio susceptis decesserit: quicquid ab eo sponsalium largitate vxor fuerit consecuta, id sibi iurique suo sciat esse collatum, etiamsi ex priori matrimonio donator filios reliquisse doceatur. Ad maternas sane veniens, vel ex hoc vel ex alio quolibet titulo facultates omnis posteritas, ex quocunque suscepta viro, pro debita sibi portione, vt a matre vel spontanea largitate, vel per testamentum eius fuerit collata possideat. Nos enim hac lege id præcipue custodiendum esse decernimus, vt ex quocunque coniugio suscepti filij patrum suorum sponsalitias retineant facultates.*

LEx est explicatu difficilis, nec bene ab Accursio explicata. puto difficultate eam superare reliquas constitutiones *hui. tit.* Separat hæc l. materna bona a lucris nuptialibus, id est, a bonis quæ ex causa donationis propter nuptias mater accepit a patre marito suo. Nam hæc censentur esse paterna, non materna, vt hæc l. docet illo loco, *sibi speciale tanquam paternum nouerint patrimonium vindicandum.* Et Nou. Leonis & Maioriani, *de sanctimonial. & viduis. Recte donatio inter bona paterna numeratur, quam in vxorem contulit maritus tempore nuptiarum;* bona materna ab intestato ex æquo diuiduntur inter fratres vterinos, id est, filios prioris & secundi matrimonij, vel ex testamento matris, aut inter viuos, siue legauerit ipsa, siue donauerit. Lucra autem nuptialia præcipua seruantur liberis cuiusque matrimonij: lucra primarum nuptiarum liberis primi matrimonij:

matrimonij: lucra secundarum nuptiarum liberis secundi matrimonij, tanquam paterna. Sed hic addenda distinctio est: Aut mater alii nupsit, aut vidua permansit. Si post mortem viri mater alii nupsit liberis ex eo susceptis & superstitibus, non tantum lucra nuptialia censentur esse paterna, sed etiam quæ quocunque alio titulo accepit priore marito, ideoque alienationem earum rerum non habet, nam statim à die secundarum nuptiarum earum rerum proprietarii fiunt liberi prioris matrimonii, ipsa fructuaria tantum, *l.3.&l.5.§.pen.hoc tit.* Et similiter quæ accepit quocunque titulo a marito secundo, si tertio nubat, liberi secundi matrimonii ea vindicant proprietatis iure, nec alienare ea mulier vllo modo potest, vel obligare in necem liberorum secundi matrimonii. Quid si vidua permanserit? Res redigitur ad

B

facilitatem, adhibita distinctione. Si igitur defuncto priore viro vidua permaneat, plena proprietas donationis propter nuptias, vel lucri, quod ex ea donatione accepit mulier ex dotali pacto in casum mortis viri secundum constitutiones huius tit. pertinet ad matrem, & lucrum illud nuptiale alienare potest extraneo, vel cui volet ex liberis, vel de eo testari potest, vt animo suo libitum erit: sed si non alienauerit, vel si moriens de eo nihil cauerit vltimo iudicio, lucrum illud omne nuptiale proprie pertinet ad liberos prioris matrimonii, etsi matri heredes non exstiterint, *l. 5.§.vlt.l. hac edictali §.vlt. l.si quis prioris §.1. h. tit.* Et hoc ita se habet secundũ constitutiones huius tit. Nam hac in re accurate oportet distinguere Nouellas a constitutionibus huius tit. Nam secundum Nouellas posteriores proprietas rerum eorum bonorum, quæ lucrata est mulier morte viri, pertinet ad liberos prioris matrimonii, dempta virili portione, quæ mulieri datur in solidum, id est, pleno iure pro præmio

C

viduitatis & continentiæ, ita vt hanc solam portionem virilem ex lucro nuptiali alienare possit *ex Nouell.98.& 127.& Leonis Nou.22.& 85.* Et hoc de lucro nuptiali, cum vidua permansit, vt posui initio: sed si quid alio titulo percepit a priore marito puta legati, vel fideicommissi, in eo liberi prioris matrimonii nihil iuris habent proprie, sed id quoque retinet vidua pleno iure, vt alienare possit in solidum, vel de eo testari, & ab intestato in eis bonis quasi maternis omnes fratres vterini, siue ex primo, siue ex secundo matrimonio & coniugio æqualiter succedunt. Et similiter, si mortuo viro secundo mulier vidua permaneat, nec veniat ad tertias nuptias, secundum Nouellas posteriores, proprietas rerum a patre donatarum propter nuptias pertinet ad filios secundi matrimonij, deducta illa portione virili

D

præmio temperantiæ & viduitatis, quam solam mulier alienare potest, vt supra dictum est secundum constitutiones huius tit. Si nihil ex iis rebus mulier alienauerit dum vixit, nihilque cauerit vltima voluntate, pertinet ad liberos posterioris matrimonij in solidum, nec communicabitur liberis prioris matrimonij, quod tamen tentarent forte liberi prioris matrimonij, hac ratione, quia cum liberos secundi matrimonij nulla iniuria, nullo mœrore affecerit mater, quæ secundo matrimonio contenta fuit, nec transiit ad tertias nuptias, æquum videbatur lucra secundarum nuptiarum, vt non cederent solis liberis secundi matrimonij & coniugij & secundarum nuptiarum nulla iniuria & nullo mœrore affectis,

E

sed venirent in communionem cum fratribus natis ex priore matrimonio, quod tamen improbat hæc lex, atque *Nouell.22.* Denique vt primarum nuptiarum lucra viduitatem seruante matre, seruantur solis liberis prioris matrimonij: ita secundarum nuptiarum lucra viduitatem seruante matre, nec adspirante ad tertias nuptias, cedunt solis liberis secundarum nuptiarum, si res sit integra secundum constitutiones huius tit. id est, si ea non alienauerit. Cæterum quæ alio quam nuptiarum titulo mulier accepit a secundo marito, ab intestato inter omnes liberos vtriusque coniugij ex æquo diuiduntur, vel ex testamento, prout præceperit communis mater. Neque enim aliter communicantur ea, quæ alio titulo accepit, vel etiam lucri nuptialis titulo, titulo donationis propter nuptias: ea, inquam, non aliter communicantur, quam si ea fecerit communia omnibus liberis vtriusque coniugij, vel testamento, vel donatione; ex iudicio matris erunt communia; citra iudicium matris cedunt solis liberis lucra nuptialia, scilicet, posterioris matrimonii, cætera communicabuntur, vel ex iudicio matris, vel etiam ab intestato, quæ cœperit quoquo titulo, veluti fideicommissi vel legati a secundo marito. Et est hęc sententia § *vlt.h.l.* quam explicat etiam *Nou.22.§. reliqua.* Ideoque ne quis amplius hæreat in verbis §. *vlt.* quæ erant admodum obscura, dum ait, *ad maternas sane veniens, vel ex hoc, vel ex alio titulo quolibet facultates omnis posteritas, &c. Ad maternas quidem veniens*, vel ex hoc tit. id est, ex lucro nuptiarum secundarum, quod poterit mater commune facere vtrisque liberis, testamento vel donatione, idque dispartiri inter eos vti voluerit, alioquin ea cessante remanebit apud liberos secundarum nuptiarum, vt docuit in §.1. Atque ita apparet, nullam esse repugnantiam in §.1. & §. *vlt.* quæ tamen subesse videbatur, & neminem non poterat fallere. Et quod subiicit in *d.§. vlt.* vel ex quolibet alio titulo, puta legati vel fideicommissi, sed ex hoc titulo, id est, ex lucro secundarum nuptiarum & δευτεριγαμίας vt est in Nouel. 22. Summa igitur est, lucra secundarum nuptiarum solis cedere liberis secundarum nuptiarum, nec aliter communicari, quam si ita cauerit mater, quæ domina est huius lucri in plenum, cum vidua permansit, nec experta est tertium coniugium. Neque huic conclusioni quicquam obstat *l.si quis prioris §. talem, inf. hoc tit.* Ex qua l. efficit Accurs. liberis prioris matrimonii communicari lucra posterioris ipso iure sine matris arbitrio. Hoc vero, ne verbum quidem vnum huius §. *talem* demonstrat, & vt ibi fusius dicemus, omnino delenda est magna gl. Accur. ad illum §. *talem.* At breuiter hoc vult ille §. mortuo primo viro, si mater alii nubat, & omnes liberi prioris matrimonii repudiauerint hereditatem matris, omnibus seruari lucra nuptialia: si alii adierint, alii repudiauerint, eis solis obuenire lucra qui adierint, non eis qui repudiarint. Et hæc est sententia §. *talem.* cui tamen derogat *Nouel.* 22. quæ vult omnes venire in communionem lucrorum nuptialium, quæ acquisiuit mater ex priori coniugio, siue adierint hereditatem matris, siue non. Ex his omnibus intelligimus, si mulier contenta sit matrimonio secundo, nec ad tertium veniat, plus dari liberis prioris matrimonii, quibus facta est iniuria ob secundas nuptias, quam liberis secundi, quos etiam tertiæ nuptiæ nulla iniuria affecere: nam liberis primi matrimonii hoc casu seruantur omnia bona, quæ quoquo iure siue titulo mater accepit a patre primo marito suo, liberis autem secundi matrimonii, quibus mater non induxit vitricum per tertias nuptias, seruantur tantum lucra nuptialia secundi matrimonii, cum ea conditione, si ea non alienauerit mater, vel moriens de eis non disposuerit, & forte ea communicauerit omnibus liberis vtriusque coniugii. Quid fiet (nam & hoc explicatur in h.l.4.) si mulier quæ iterum nupsit, nullos habuerit liberos ex secundo matrimonio, & morte viri secundum pacta dotalia ad eam peruenerit lucrum nuptiale, quod etiam dicitur casus mortis, id est, lucrum, quod debetur mulieri superstiti in casum mortis viri? Et ostendit hæc lex, lucra nuptialia quæ mulieri obuenerunt a secundo viro, mulierem retinere pleno iure, quasi propria, nihil reseruare priuignis, quos forte sustulerat secundus maritus ex alio matrimonio. Certum est nihil etiam eam reseruare ex iis lucris secundarum nuptiarum, filiis suis ex priore matrimonio, quia eis reseruantur tantum profecta a patre, non a vitrico profecta. Hæc est huius l. explicatio perspicua. Sed adhuc

obſeruandum eſt hanc l. 4. tantum loqui de fœminis, vt l. 3. loquitur tantum de fœminis. Nam ex l. 3. demum idem eſt porrectum ad mares, vt ſcilicet idem ſit in patre in eo, quod lucratur ex dote demortuæ vxoris, quod in matre in eo, quod lucratur ex donatione propter nuptias præmortui mariti, & in cæteris omnibus, quæ diximus. Denique vt dixi ſupra, inter marem & fœminam manet tantum differentia in cauſa immaturitatis nuptiarum, quæ fiunt intra annum luctus, in cauſa ſecundarum nuptiarum, quæ fiunt poſt annum luctus, quæ intemperantiæ quodammodo arguuntur, idem eſt ius maris & fœminæ.

Ad Legem V.

Generaliter cenſemus, quocunque caſu conſtitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio diſſoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta ſunt, ſeruare ſanxerunt: iiſdem caſibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta ſunt, morte mulieris matrimonio diſſoluto, communibus liberis ſeruare. Nec intereſt, ſi alter pro marito donationem ante nuptias, vel pro muliere dotem crediderit offerendam. Hoc obſeruare præcipimus, licet res ante nuptias donata (vt adſolet fieri) in dotem a muliere redigantur. Dominium autem rerum, quæ liberis per huius legis vel præteritarum conſtitutionum auctoritatem ſeruantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo qui eas liberis ſeruabat, exſtantes ab omni poſſeſſore liberi vindicabunt. Conſumptas (vero) ab heredibus eius exigent, qui eas ſeruare debuerant. Alienandi ſane vel obligandi ſuo nomine eas res, quæ liberis ſeruari præcepta ſunt, eis qui reſeruaturi ſunt, adempta licentia eſt. Negotia vero liberorum, patri vtiliter adminiſtrare concedimus. Diuidenti quoque res inter eos liberos ipſis parentibus pro ſuo arbitrio, vel eligendi quem voluerint, licentiam non denegamus. §. 1. In his autem caſibus, in quibus res, vt paternas mater liberis communibus ſeruare præcepta eſt (hoc eſt, vbi morte mariti matrimonio diſſoluto, mulier ad alias nuptias peruenerit) vel vbi (res) vt maternas patrem liberis communibus ſeruare cenſuimus: (hoc eſt, vbi morte mulieris matrimonio diſſoluto, vir ad alias nuptias venit) ſi hereditatem eius parentis, qui prior mortuus eſt, non adierint liberi: licebit eis, tanquam eius tantum res fuerint, qui poſterior moritur, eas ſibimet vindicare, ſcilicet, ſi eius, qui poſterior moritur, hereditatem crediderint adeundam: ne quod fauore liberorum introductum eſt, quibuſdam caſibus ad læſionem earum videatur inuentum. §. 2. Illud etiam humanis ſenſibus huic legi credidimus inſerendum, vt eo quoque caſu, quo lucratur, vel mulier res, quæ ad eam a marito perueniunt, vel maritus eius, quæ ex bonis mulieris ad eum tranſeunt, hoc eſt, vbi primum matrimonium alterius morte diſſoluitur, nec ſuperſtes ad ſecundas nuptias peruenit: Si res vel maritus vel vxor, hoc eſt, qui ſuperſtes eſt, non conſumpſerit vel alienauerit, (quod eis ad ſecundas nuptias non venientibus, quaſi rerum dominis conceſſum eſſe non dubium eſt) liberis liceat res a patre profectas, vt paternas: a matre vt maternas accipere.

LEx 3. & 4. loquitur ſpecialiter de fœminis, hæc lex generaliter de parentibus vtriuſque ſexus. Expungamus 1. gloſſam, & dicamus *generaliter*, id eſt, ſiue mas, ſiue fœmina ſit, qui quæue facit ſecundas nuptias. Nam ex hac lege quemadmodum quæ mater capit iure donationis propter nuptias, vel quolibet alio iure ex bonis primi mariti defuncti, ſi iterum nubat, ea ſeruat tanquam paterna liberis natis ex primo matrimonio: Ita pater quæ capit ex primo cubili dotis nomine, vel quolibet alio nomine, ea ſeruat tanquam materna eiſdem liberis, ſi aliam vxorem ducat, ſi liberis primi matrimonii inducat nouercam. Quod (*vt Libanius ait in epiſtola ad Vlyſſem quendam*) non deforme ſolum, ſed crudele etiam eſt. Nihil. n. eſſe odio nouercali acerbius, A nihil horridius: liberos cariores nobis eſſe debere, quam vxorem petitam ex familia aliena. Et fratrum quoque (*vt idem Libanius ait,*) gratiam eſſe raram, qui ex diuerſis vteris progeniti ſunt. Ergo etiam pater ex *h. l.* 5. quæ capit ex bonis primæ vxoris quocunque titulo, inducta nouerca ſeruat liberis, qui ex 1. matrim. nati ſunt, etiamſi ſint in eius poteſtate, vt *Nou. 22. & l. vn. inf. ſi dos conſt. matr.* Et quod ſuadet *l. 2. in fi. C. Th. de ſec. nup.* hæc lex imperat iam, & vinculo iuris nectit, vt quemadmodum mater, quæ non eſt contenta vno viro, ita pater qui non eſt contentus vna vxore, ſed poſt mortem primæ optat aliam, quæ ex prima habuit, omnia conſeruat primis liberis. hoc eſt, quod proponitur initio *h. l. 5.* Et additur deinde in h. l. nihil intereſſe mulier ipſa dederit dotem, vel maritus donationem propter nuptias, an alius pro B eo eaue. Nam & quod alius dat mei contemplatione a me profectum videtur in *l. profectitia, ff. de iur. dot.* Ac præterea additur in h. l. idem obſeruari, ſi donatio propter nuptias redacta ſit in dotem, quod & *Nou. 22.* ſignificat his verbis, vt latine dicam, *licet videatur quodammodo antenuptialis donatio comprehenſa in dote.* quod *h. l.* ait frequenter fieri ſolere, nempe vt futuræ vxori ſponſus donet ante nuptias, ac deinde, quæ donauit, accipiat in dotem, vt in *l. 1. & 14. ſup. de donat. ante nupt. l. cum ſponſus, ff. de Publ. in rem act.* Dixi *futuræ vxori*: nam quæ fit vxori donatio non valet, & confirmari ac conualeſcere tantum poteſt morte donatoris, ſi viuus eam non reuocarit, ex oratione Seueri. Et ſi forte conſtante matrimonio donauerit vir vxori ea conditione, vt quod donauit, accipiat in dotem, infirma donatio eſt, nec niſi C morte mariti donatoris conualeſcit, in *l. ſi quis vxori, D. de don. int. vir. & vxor. l. 2. inf. de dot. caut. & non.* mortuo viro eam dotem quæ confecta eſt per donationem propter nuptias viri mulier repetit vt dotem ſuam, vt indicat *d. l. ſi quis vxori. D. de donat. int. vir. & l. 2. de dote caut.* Quibus nihil obſtat *l. 1. ſup. de don. ante nupt.* quæ dicit, eam dotem non repeti ab vxore mortuo viro: eam igitur dotem non haberi pro dote. Nam vt omittam communes ſolutiones Accurſii, quod eſt perſpicuum in *l. 1. ſup. de don. ante nupt.* non tam fuit donatio, quam ficta & ementita cautio, quandoquidem maritus ſcripſit donandi animo ſe accepiſſe, quod non accepit, mortuo viro non repetit vxor, quaſi dotem. At in ſpecie *d. l. ſi quis vxori, & d. l. 2.* fuit donatio legitime confecta. Conficitur legitime per traditionem vel ſtipulationem. Res certas donauit vir vxori, quas poſt deinde eaſdem acce- D pit in dotem. Hæ proculdubio morte viri ſoluto matrimonio repetentur vt dotales. Ex iis igitur neceſſario concludendum eſt, donationem ante nuptias redactam in dotem eſſe: nec iam cenſeri iure donationis ante vel propter nuptias: ſed iure dotis. Nam mortuo viro repetitur ab vxore; & conſequenter morte vxoris viro lucrante eam dotem, debet eam ſeruare liberis prioris matrimonii, ſi ſecundas nuptias optauerit, quam eis non ſeruaret, ſi cenſeretur iure donationis ante nuptias ad ſe reuerſa morte vxoris, *l. ſi liberis, ſupra de donat. ante nupt.* Et valde igitur probo, quod notat Accurſius in hoc loco, ad verbum, *redigantur*, vt inquit, *ſeruentur filiis prioris matrimonii viro lucrante*, id eſt, vt res donatæ ante nuptias, & deinde redactæ in dotem, patre lucrante dotem ex caſu mortis vxoris, ſeruentur filiis prioris E matrimonii. His conſequens eſt, vt etiam morte viri ſoluto matrimonio, & iterato a muliere, nihil habeant in illa dote liberi prioris matrimonii, iuxta *dict. legem ſi liberis*, licet confecta ſit ex bonis patris, id eſt, ex donatione ante nuptias. Et ita nullo modo probo, quod Græculus quidam notauit ad hunc locum *Nouel. 22.* quem protuli ante. Mortuo viro & muliere nubente alteri, eam dotem, quæ eſt confecta ex donatione ante nuptias, ſeruandam eſſe liberis prioris matrimonii, quaſi ſcilicet magis cenſeatur eſſe donatio ante nuptias, quam dos, quod iam demonſtraui eſſe falſum. Et omnino

no ita se res habet. Sed vt cętera exponamus, quæ sunt in *hac l.* cum dicimus ea bona seruari liberis, hoc dicimus, dominium, id est, proprietatem eorum bonorum pertinere ad liberos prioris matrimonii, vsumfructum esse patris, vel matris superstitis. Ex quo efficitur, nihil patrē vel matrem superstitem ex eis bonis alienare posse, vel obligare suo nomine, *l. 3. h. t. l. 1. inf. de bon. mat. l. consensu § pen. de repud.* Fructuarius enim potest quidem vsumfructum alienare & alteri obligare pignori, *l. si is qui bona §. vsusfructus, D. de pignor.* non rem ipsam, in qua vsumfructum habet. Rem cum dico, proprietatem dico, id est, rei nomine semper proprietas intelligitur. Et ideo, si quid ex eius bonis parens superstes, quæ accepit a marito vel vxore præmortua, alienauerit, vel obligauerit suo nomine, eo mortuo liberi id vindicabunt, si exstet a possessore: vel si non exstet, id reficient ex bonis parentis, qui alienauerit, iure tacitæ hypothecæ. Nam eo nomine, cætera bona parentis omnia sunt liberis tacite oppignerata ex *Nouella 22. & l. 3. sup. hoc tit. & d. l. consensu §. pen.* quod proculdubio etiam hæc lex significat, his verbis: *Consumptas vero ab heredibus exigent, qui eas seruare debuerant*, non vt Accursius, per condictionem ex lege, vel per condictionem sine causa, sed per actionem hypothecariam persequentur, scilicet bona parentis, qui alienauit quæ liberis seruare debuit, & ex eis suum quod fuit reficient. & sequitur *in hac l.* cum certum hoc iam sit, patrem, qui venit ad secundas nuptias, debere seruare liberis, quæ habuit ex prima vxore omnia: Dari tamen hoc patri, vt interim dum viuit, & vtatur & fruatur iis bonis, eorum bonorum administrationem habeat, vt ea possit libere administrare, modo vtiliter, nec enim potest ea alienare, vel obligare, vel dissipare. Et propterea ait in §. *negotia, vtiliter*, id est breuiter, vt eorum bonorum nomine pater excipiat actionem, vel intendat, perinde ac si haberet plenam proprietatem. Et obseruandum hoc tantum dari patri, vt in *l. 1. inf. de bon. mat.* non matri. Et dari scilicet tantum patri habenti eos filios in potestate: nam si sint emancipati, ipsi dictabunt & excipient actiones descendentes ex causa eorum bonorum: Mater non habet filios in potestate, ideo administratio hæc soli patri datur, non matri *in h. §. negotia.* Additur in §. *diuidendi*, patri vel matri, cui ea bona obuenerunt a coniuge defuncto, permitti, vt eligant vnum ex filiis primi matrimonii, cui conferant ea omnia bona, cæteris præteritis vel exclusis, vel etiam vt ea bona partiantur inter eos filios arbitratu suo, quam electionem etiam dedit *l. 3. hoc tit.* & dat *d. l. consensu §. pen.* Sed ostendi in *d. l. 3.* eam esse ademptam ex *Nouell. 2. & 22.* Nam parens qui venit ad secundas nuptias, debet ea bona conseruare omnibus filiis primi matrimonii ex ęquo, adempta eligendi aut diuidendi facultate. Ideoque *h. §. diuidendi* est abrogatus. Illud etiam notandum est ex §. *pen. h. l.* hæc bona, quæ dixi seruari liberis, etiamsi eius parentis, qui prior mortuus est, & a quo bona venerunt superstiti, hereditatem non adierint, quia non iure hereditario liberi ea bona percipiunt, sed speciali proprioque iure, in odium parentis, qui non est contentus vno matrimonio, quique iterato matrimonio eis iniuriam & mœrorem attulit, ea inquam percipiunt, vt paterna, non vt hereditatem, & vt si forte adierint hereditatem eius parentis, qui prior mortuus est, aditio hereditatis non facit, quo magis ea bona percipiant: ita repudiatio non facit quo minus ea percipiant. Alioquin, vt ait in §. *pen.* quod fauore liberorum inductum est in quibusdam casibus, in læsionem eorum videretur inuentum, quæ sententia repetitur in *l. quod fauore, sup. de legib.* sed eget interpretatione. Fauor est & quidem maximus, quem l. exercet erga liberos: quia quod pleno iure acquisiuit parens a coniuge præmortuo, vel præmortua, ex eo liberi decerpunt proprietatem dante lege, solo vsufructu relicto parenti. si repudiata heredi-

Cod.

te præmortui parentis hoc fauore non liceret vti, iam non esset fauor: sed res verteretur in liberorum damnum, fauorem legis nullus casus, nullaue interpretatio ducta ex nouo casu aliquo, infringere & conuellere potest. Nec enim fauor obligatur regulis aut apicibus iuris, alioquin sub vmbra fauoris, lex me læderet, aut liceret cuique captato casu nouo, & adhibita duriore interpretatione beneficium fauoremque legis peruertere. Quod in omnibus negotiis diligenter obseruandum est, ne quid deprauet fauorem legis, id est, ne vllus incidens casus nos deprauet ab eo fauore, nullaue subtilis disputatio. Et eleganter Quintil. *declam. 277. Lex pro me scripta erat, non potest videri contra me valere.* Et Æmil. Probus in Epaminonda: *Epaminondas*, inquit, *cum legem reip. iam latam videret, ad perniciem ciuitatis conferri noluit.* Ergo vt rem concludamus: Etiamsi liberi prioris matrimonii parentis mortui hereditatem non adierint vel acquisierint, non ideo submouentur a proprietate bonorum, quæ a defuncto parente parens superstes accepit. Sed tamen exigitur, vt ait §. *pen.* vt parentis, qui fuit superstes priori, & posterior mortuus est, hereditatem adierit, *secundum hunc §. pen.* quod tamen merito tollit *Nou. 22.* Itaque in hac parte etiam abrogatus est §. *pen.* Nam etsi neutri parenti heredes exstiterint, ea bona, vt propria obtinebunt, vt paterna vel materna secreta ab hereditate paterna vel materna. Postremo ostenditur *in §. vlt.* eum parentem qui secundis nuptiis abstinet, siue sit mas, siue fæmina (nam hæc l. generalis est) pleno iure obtinere lucra nuptialia, & quæcunque habuerit a coniuge defuncto, ac perinde ea posse alienare vel obligare suo nomine, vel de eis testari suo arbitratu. Ceterum si intestatus decesserit, & nihil ex eis bonis alienauerit, tum ea bona redire ad liberos, tanquam paterna vel materna, quod supra ostendi in *l. 4.* & probat *l. seq. & vlt. & l. si quis §. 1. §. talem, hoc tit.* Sed quod etiam notandum est in *hoc §. vlt.* hoc mutarunt etiam Nouellæ. Cur in hoc tit. sunt tot excerpta ex Nouellis, quibus Irnerius fulsit constitutiones omnes huius tituli? Quia ex his constitutionibus multa immutauere Nouellæ. Et hac in re placet hodie, etiamsi parentes sint contenti primo matrimonio, proprietatem eorum bonorum pertinere ad communes liberos dempta parte virili, in qua pater superstes habet plenam proprietatem & potestatem, *Nouel. 98. & 127.*

Ad L. 6.

L. 6. Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priori matrimonio procreatis liberis pater, materue ad secunda vel tertia, aut vlterius repetiti matrimonii vota migrauerit: non sit ei licitum nouercæ, vel vitrico, testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatis iure, siue legati siue fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter viuos conscribendis donationibus (quæ etsi constante matrimonio ciuili iure interdictæ sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent) quam filio vel filiæ si vnus, vel vna exstiterit. Quod si plures liberi fuerint: singulis æquas partes habentibus, minime plus quam ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum nouercamve transferri. Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ vel vitrico testamento relinquere vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio vltima voluntate derelicta vel data fuerit, aut donata: ita tamen vt quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quæ de inofficioso excludunt querelam. Quam obseruationem in personis etiam aui (vel auiæ) proaui (& proauiæ) nepotum vel neptium, item pronepotum vel proneptium, siue in potestate, siue emancipati emancipataue sint, ex paterna vel materna linea venien-

tibus, custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est, A *[aliquid] nouercæ vel vitrico relictum vel donatum aut datum fuerit: tanquam non scriptum neque derelictum vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

EDictum est Leonis Imp. & noua coercitio secundarum nuptiarum, qua non vtebatur Gallia, antequàm idem edixisset Franciscus II. ex suggestione quæstoris optimi & doctissimi Michaelis Hospitalii, quem honoris causa nomino, vel quod fuerit, dum vixit huius Scholæ patronus ac vindex amantissimus. Is regi auctor fuit introducendi huius edicti in Galliam: cum scilicet ex facto incidisset Lutetiæ, vt mulier opulentissima cæco amore capta secundi mariti, & non sentiens ab eo deamari & appeti sua bona, non se, vt omnia sua bona in eum profunderet instrumento dotali, liberis prioris matrimonii relicta sola Falcidia, id est, modica portione, qua sola eos fraudare non poterat. Et superiores quidem constitutiones huius tituli liberis primi matrimonii reseruant proprietatem bonorum, quæ a defuncto parente obuenerunt superstiti venienti ad secundas nuptias: Cetera bona, quæ aliunde quæsiuit, reseruat singulis liberis prioris matrimonii tantum, quantum parens dederit secundo coniugi. hoc scilicet constituit, vt pater vel mater (nam & hoc edictum generale est) existentibus liberis prioris matrimonii, qui vel quæ venit ad secundas nuptias, non possit vitrico vel nouercæ, quam inducit liberis prioris matrimonii, dotis vel donationis propter nuptias, vel alio quolibet titulo, ex bonis quæ habet propria plus dare, ea mente, vt id habeat perpetuo iure, etiam morte dantis soluto matrimonio, vt inquam nouo nupto, vel nouæ nuptæ non possit plus donare, vel dare, vel relinquere, quam vni ex liberis prioris matrimonii, vel cui ex eis liberis minimum dederit: quoniam sæpe eueniret, vt irruentes in secundas nuptias amore obscurante pectus, nullam haberent rationem liberorum prioris matrimonij. Et sunt in eam rem elegantissimi illi Hom. versus, Odyss. 6. κε͂ινε βούλεται, &c. quorum sensus est, quæ alteri nupsit (nam de muliere loquitur, quod tamen edictum trahit ad virum) domum illius augeri cupit, cui denuo nupsit, nec iam amplius eam vlla cura vel memoria sepulti tenet prioris mariti, quem olim carissimum habuit, nec liberorum natorum ex eo. Hæc est Homeri sententia. Merito igitur hanc intemperiem coercet Leo Imper. dum edicit, ne quis neue quæ plus nouo coniugi largiatur quam vni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum dederit, dum tamen id minus non sit Falcidia, id est, legitima portione ab intestato successionis, quæ in hac l. dicitur quarta. Hodie pro numero liberorum est tertia vel dimidia, non omnium bonorum, sed portionis debitæ ab intestato ex Nouel. 18. Neque enim filio potest minus relinquere Falcidia, quæ vulgo dicitur legitima portio, & debitũ parentis bonorum subsidium, nisi sit ingratus, vt exprimitur etiam in hac l. & merito exheredatus, qui non possit queri de inofficioso testamento, vel dote, aut donatione inofficiosa. Ingratis liberis, non debetur legitima portio, si exheredati sint. Ingratis etiam exheredatis non debet dari vel seruari tantum, quantum vitrico vel nouercæ, *l. vlt. hoc tit.* Et male hic Accurs. in illum locum, *nisi ex his causis quæ de inofficioso*, adnotat hæc verba esse Triboniani. Et rectius idem Accurs. in *d. l. vlt.* hoc loco ait, agi de legitima portione, in *l. vlt.* agi de beneficio huius edicti, & vtroque priuari exheredatum & ingratum filium. Nam etiam ingrato & exheredato filio non seruantur lucra nuptialia, vel alia quæ parens qui iterat nuptias consecutus est ex bonis prioris mariti. Hic vero obseruandum est diligenter, ne matre (& hoc proprium est in matre tantum) nubente intra annum luctus, id quod dat secundo marito excedat tertiam partem bonorum, ne quid fiat aduersus *l. 1. h. tit.* licet forte filio vnico prioris matrimonii plus reliquerit: vel etiam ne ei secundo marito cui se iunxit intra annum luctus, ne eam quidem tertiam bonorũ partem relinquat, si cui ex liberis prioris matrimonii minus reliquit: Nam hæc est edicti mens imo manifesta sententia. Item obseruandum est, si mulier quæ venit ad secundas nuptias, cum suscepisset & haberet liberos ex primo, si nihil habeat in bonis præter dotem, quam repetiit a liberis vel aliis heredibus prioris mariti, illam ex hoc edicto non posse eam omnem dotem in dotem conferre secundo marito, nisi pro rata minoris portionis, quam reliquit vni ex liberis. Et quod ait *l. si liberis, sup. de don. ante nupt.* vt dotem ad se reuersam non seruet mulier prioris matrimonii liberis, nec B vir donationem propter nuptias, hoc ita verum est, si alia bona habeat, ex quibus tantum possit dare singulis liberis prioris matrimonii, quantum nouo nupto vel nuptæ: sed si nihil habeat præter eam dotem, cauere debet ne ex ea plus largiatur nouo coniugi, quam vni ex liberis prioris matrimonii, cui minimum adscripsit. Etiam notandum est ex hac lege & ex hoc edicto, imo in omnibus constitutionibus huius tit. liberorum & parentum nomen latissime accipi, parentes dici vsque ad tritauum: liberos vsque ad trinepotes. Et nihil interesse agnati sint an cognati, mares an fœminæ, idem ius esse patris & matris venientium ad secundas nuptias, quod quæstor ille prudentissimus probat quidem in bonis C profectis a coniuge defuncto vel defuncta, & quæsitis superstiti; vt siue quæsita sint patri vel matri, seruentur liberis prioris matrimonii *ex l. 5.* In cæteris bonis coniugis superstitis qui venit ad secundas nuptias, prudentissimus quæstor sub nomine Principis Francisci de fœminis tantum loquitur, non etiam vt edictum Leonis de maribus, vt scilicet fœminæ non sint liberaliores erga secundos maritos, quam erga filium vnum prioris matrimonii. Nec idem statuit nominatim de maribus, scilicet amor maius incendium facit in pectore fœminæ quam maris, ideo solas fœminas sparsit aqua, quod notandum maxime. At præterea etiam ex hac l. 6. notandum est, id quod plus secundo datur, donatur, vel relinquitur (vt omnis titulus comprehendatur) quam D quod hæc l. statuit, irritum esse, & inter solos liberos prioris matrimonii ex æquo diuidi ex *hac l. & ex Nouel. 22.* abrogata lege *quoniam, infra hoc tit.* quæ superfluum diuidebat inter liberos prioris & posterioris matrimonii. Et licet constante primo matrimonio coniuges si volunt, possunt minuere dotem, & augere donationem propter nuptias: in secundo tamen matrimonio, existantibus liberis ex primo, idem efficere non possunt, id est, non possunt minuere dotem & donationem propter nuptias, ne scilicet per hanc causam, quæ in dote vel donatione propter nuptias excesserunt modum edicti superflui commodo fraudent liberos prioris matrimonii, modica dote vel donatione propter nuptias redacta ad modum edicti, & consumpto superfluo, quæ est sententia *l. si constante §. vlt. sup. de don. ante nup.* Alioquin si E abstit fraus, *ex Nou. 22.* spectatur quantum sit in bonis tempore mortis eius, qui iterauit nuptias, ne scilicet plus ex bonis, quæ morientis fuerint, remaneat apud vitricum vel nouercam, quam vni ex liberis prioris matrimonii, cui minor portio obtigerit. Et postremo notandum est in h. l. eum qui iterat nuptias existentibus liberis ex nuptiis prioribus, nec per se nec per interpositã personam, nec imaginaria & simulata venditione, vel alia arte vlla, plus transferre posse in nouum coniugem, quam hoc edicto caueatur, per interpositam personam, veluti donando priuigno, quem nouus maritus sustulit ex prima vxore, qui priuignus modo sit in potestate eius noui mariti, qui vtique ante Iustin. omnia bona aduentitia adquirebat patri, ergo & quæ nouerca donasset pleno

pleno iure, igitur quod mulier vltra modum edicti non potest per se donare nouo marito, nec priuigno igitur, quoniam quæ priuigno donat, vi ipsa donat ipsi marito, in cuius potestate priuignus est: & generaliter in iure quod per me non possum, nec per interpositam seu suppositam personam possum, *l. aufertur §. quod a præside, ff. de iur. fisc. l. 2. §. 1. ff. de ad. rer. ad ciu. pert. l. 3. §. non tantum, ff. de don. inter vir. & vx. l. ser. §. vlt. D. de pœn. l. si is qui bonis, D. de acq. her. l. & qui, inf. de dist. pig.* Igitur quæ secundo marito non potest donare vltra modum edicto comprehensum, nec filiofam. eius potest, priuigno suo. Quæro an poterit filio communi donare vel relinquere, non seruato edicti modo, qui natus est ex secundo matrimonio? Et poterit vt arbitror, quia bona materna per eum non acquiruntur patri, *l. 1. sup. de bon. mat.* nisi vsusfructus iure. Et hoc edicto vsumfr. rerum donatarum non inuidet nouo coniugi; & ita etiam audio nuper Lutetiæ amplissimum ordinem decreuisse. Dices: at eadem ratio valet hodie etiam in priuigno, quia hodie ex constit. Iustin. id est, *l. cum oportet, inf. de bon. quæ lib. quæ donat nouerca priuigno*, & generaliter omnia bona aduentitia non acquiruntur patri, nisi quoad vsumfructum attinet, dominium non acquiritur. Eadem est ratio fateor: non tamen idem ius statuerunt. Nam vitiatur sæpe quod dicitur, eadem ratio & idem ius, *l. illud, D. ad l. Aquil. l. a Titio, D. de verb. sign.* Cur vero non statuerunt idem ius in priuigno & filio communi nato ex secundis nuptiis? quia scilicet filio communi vt donet mater, naturalis affectio facit: priuigno vt donet nouerca, maritalis affectus facit, non certe nouercalis. Priuignum semper accipiam pro persona supposita. & excogitatam fraudem edicto suspicabor in priuigno, non in filio communi. Et hæc omnia valde sunt notanda, quibus addendum est ex *l. 58. Cod. Theod. de hæret.* per interpositam personam, vel titulum imaginariæ venditionis fraudem legibus excogitari.

Ad §. His illud.

His illud adiungimus, vt mulier in his casibus, in quibus ante nuptias donationes, cæteras etiam res a marito ad se deuolutas, secundum priorum legum statuta liberis communibus, vt paternas, seruare compellitur: hoc est, vbi morte mariti matrimonio dissoluto ad alias nuptias venerit, immobilium rerum & mancipiorum, annonarum quoque ciuilium vsufructus duntaxat vitæ suæ temporibus potiatur, alienatione earum penitus interdicta. Mobilium vero rerum, iustis pretiis æstimatione habita per eos, quos vtraque pars elegerit, arbitros iudicaturos, interposito sacramento, simili modo vsumfructum habeat, si idoneam fideiussionem præbuerit, quod easdem res mobiles vel earum pretium filiis & filiabus ex eodem matrimonio procreatis, vel post mortem eorum nepotibus & neptibus ex eisdem liberis procreatis, siue omnibus, siue vno vnaue superstite, mori contigerit: secundum legum modum restituat. Vel certe si fideiussiones idoneas præstare distulerit, aut nequiuerit: prædictæ res mobiles nondum matri a liberis traditæ, apud eosdem manebunt. Solutæ vero eidem matri, vel ab eadem detentæ restituentur liberis, si tamen ab his fideiussio idonea matri fuerit oblata, qua caueri debet, quod eidem superstiti, pro vsufructu earundem rerum mobilium vel pretio, quo taxatæ sunt vsurarum nomine centesimæ, partem tertiam annuis quibuscunque temporibus præstare non different: ita (tamen) vt in eadem fideiussione hoc quoque caueatur, quod a filiis filiabusve, vel ex his progenitis liberis, si ante eandem matrem omnes eos obire contigerit, omnes res prædictæ mobiles secundum legum moderationem matri, vt ad eandem luctuosum lucrum redeat, restituantur. Erit itaque licitum vtrilibet parti, quæ fideiussionem præbuerit si sibi commodum esse perspexerit, his rebus mobilibus vti frui, easdemque dare mutuo vel obligare vel vendere, vt ex his maxime liberi acquirentes possint materno affectui sine suo incommodo deseruire. Sin autem vtraque pars prædictam fideiussionem dissimulauerit, aut forte auferre nequiuerit: eædem res apud mulierem vsque in diem vitæ suæ manebunt.

PRima pars huius legis iam exposita est, tam de patre quam de matre veniente ad secundas nuptias, & de coercenda liberalitate vtriusque erga secundum secundamue coniugem: In hac parte agitur tantum de matre, vsque ad §. vltimum, quod obseruandum diligenter. Nam etsi quod proponitur initio huius §. vt mater, quæ venit ad secundas nuptias, in lucro nuptiali quod facit ex donatione propter nuptias, & in omnibus aliis bonis, quæ quolibet alio titulo adepta est a viro priore, vsumfructum tantum habeat: res ipsas vt paternas seruet liberis prioris matrimonij. Etiamsi hoc quod ita proponitur initio huius §. in matre, locum etiam habeat in patre, *vt l. 5. sup. hoc tit.* tamen cetera fere omnia, quæ consequuntur in hoc §. non habent locum in patre: sed quædam duntaxat. Et vtitur hic §. hac distinctione: Aut res quæ ad matrem peruenerunt a patre, id est, a primo marito suo, sunt mobiles aut immobiles. Immobiles veluti ædes aut fundi, aut villæ quæ etiam res soli dicuntur quod solo continentur. Immobilibus rebus etiam hoc §. adnumerantur mancipia rustica, sunt enim pars fundorum, quibus adscripta sunt & addicta. Et vt ait Iulianus antecessor *Nou. 7.* sunt veluti membra fundorum. Quid enim sine iis prodessent fundi? Immobilibus etiam rebus in hoc §. adnumerantur ciuiles annonæ, quæ certis ciuibus debentur & præbentur de publico, ex liberalitate principis quotidie, id est, panes certi quotidie *chaque iour comme vne prebende.* Annonæ ciuiles sunt panes ciuiles, qui in dies erogantur, quibus competunt de publico: qui etiam dicuntur panes gradiles in *C. Th. vt de an. ciuil. & pane gradili.* Panes gradiles, quod scilicet eos pistores distribuerent, quibus competebant & debebantur, in dies singulos, non e mancipum, id est, pistorum officinis: sed ex gradibus quibusdam in vrbe ædificatis diuersis locis, ita vt non omnes debitos sibi panes sumerent ex iisdem gradibus: sed vnus ex his, alter ex illis, non in aliam rem constructis, quam ad distribuendos panes. Et ita Prudentius contra Symmachum: *Et quem panis alit gradibus dispensus ab altis.* Et *Cassiod. lib. 7. vt siue in gradu, siue in aliis locis frumenta condita inueniri potuerint.* Et in descriptione vrbis Constantinop. quæ edita est simul cum Notitia Rom. Imperij, beneficio & cura B. Rhenani: Pistrinis eius vrbis iunguntur gradus, & numerantur gradus 117. & pistrina priuata 120. & publica 20. Ideo autem panes ciuiles adnumerantur rebus immobilibus, quia ædibus debebantur potius quam personis, & venditis ædibus sequebantur emptorem. Erant enim munera principis pro exstructis ædibus in vrbe, quæ transferebantur in quemcumque possessorem earum ædium, *l. 1. 11. 12. 13. C. Th. eod. tit. de an. ciu. & pan. grad.* Hæc sunt quæ rebus immobilibus adiungit hic §. Et de iis quidem rebus immobilibus ita statuit, vt mulier alii nupta, quæ habuit a priore marito res immobiles vel mancipia, quæ adhærent fundis, vel panes ciuiles, qui adhærent ædibus constructis in vrbe regia, earum rerum sit fructuaria tantum, nec tamen exigit, vt satisdet mulier liberis prioris matrimonii, saluas eas res fore, quia scilicet hæ res immobiles, aut quæ immobilibus adhærescũt, facile interuerti non possunt, licet alius fructuarius caueat ex edicto prætoris, rẽ fructuariam saluam fore, siue ea res sit mobilis, siue immobilis *l. 1. §. 1. ff. vsuf. queadmod. cau.* sed mater non oneratur hac stipulatione, satisdatione, cautione ob res immobiles, quas consequuta est a priore marito. Et hæc de rebus immobilibus. Nũc dicamus de mobilibus: Mobiles res quæ matri obuenerunt a priore marito, æstimari debent ex sentẽtia huius §. adhibito arbitro electo cõsensu matris eorũ liberorum, qui iuratus iudicet verum pro-

tium earum rerum. Ea æstimatio pro venditione erit, *vt* A *in l. plerunque §. si ante & §. seq. D. de iur. dot.* Et ita æstimatæ hæ res tradentur mulieri, si modo satisdet earum rerum salua fore corpora, & post mortem suam ea, vel pretium earum liberis prioris matrimonii redditum iri, qui sibi superuixerint. Et interim igitur quasi domina ex causa emptionis suo nomine eas res vendere potest, vel obligare, vel mutuo dare, ex iis, quæ consistent in pondere, numero & mensura. Cauet autem eas reddi satisdato, id est, datis fideiuss. non cautione nuda. Et *reddi*, vt hic §. ait secundum legum modum, & alio loco, secundum legum moderationem, quæ verba Tribon. sunt sumpta ex *l. 14. hoc tit.* constitutione Græca Iust. quæ excepit portionem, ne redderetur scilicet, vel de ea reddenda caueretur quam mater lucratur in casum mortis cuiusque filii. Desiderantur in hoc tit. Constitutiones B Iust. Grecæ non vna sed octo, quarum tamen sententiam vel abrogauit vel conseruauit *Nou. 22.* quæ totius tituli breuis comprehensio & emendatio est. Quid autem fiet, si mater nolit aut non possit satisdare? quod dixi sup. Sane earum rerum possessio transferetur ad liberos prioris matrimonii, quo modo satisdent, quanti res æstimatæ fuerint ab arbitro eius pecuniæ, vsusfructus vice matri quotannis datum iri trientes vsuras, id est, in centenos aureos quaternos, id est, *au denier vingt & cinq.* Et preterea si forte omnes liberi obierint ante matrem, quod lucrari eam oportet ex casu mortis liberorum, si liberi alios heredes reliquerint, id solum ei matri restitutum iri: reliquum translatum iri ad heredes liberorum, veluti filios vel nepotes. Casus mortis mariti lucro afficit C mulierem, & ita casus ἀπαιδίας, vt in l. 14. *quand tous ses enfans meurent,* casus orbitatis, & *Nou. 22. & 68. & 106.* Et ob id dicitur luctuosum lucrum, nempe ex orbitate, in *l. vlt. inf. de instit. & subst.* Et triste lucrum in *l. vlt. inf. communia de succ.* & duræ fortunæ solatium in *l. si qua inf. ad Senatuscons. Tertull.* Quid vero fiet, si neque mater satisdet neque liberi? Quid si neutra pars inueniat fideiussorem (quem sane inuenire difficile est) quis possidebit res mobiles neutro satisdante, vt hic? Melius est possessionem earum relinqui apud matrem. Notandum est in hac parte, cum agitur de fideiussoribus dandis, hanc leg. loqui tantum de matre: quia scilicet a patre liberi satisdationem sine rubore exigere non possunt. Cultus maior debetur patri, cum & potestas patria liberorum sit penes patrem, nulla penes matrem. Ideo non D exigunt & desiderant a patre fideiussores, *l. filio, ff. vt leg. seu fid. cau. nom.* quia videntur dubitare & diffidere de patre, & tacite insimulare fidem patris, quod nefas est. Denique inuenire fideiussores est difficile & molestum exigere, & quodammodo contumeliosum in *l. 17. §. vlt. ff. de test. tut. l. omnes §. præterea, & §. in hac, sup. de Episcop. & Cler.* Et ita licet iure communi fructuarius debeat satisdare, se vsurum, fruiturum boni viri arbitratu, se causam proprietatis vel vsusfructus peiorem non facturum, & amisso vel finito vsufr. se discessurum a naturali possessione rei, in *l. 1. D. vsusf. quemad. cau. l. inter, D. de dam. inf. l. 4. §. vlt. D. de verb. obl.* pater tamen fructuarius bonorum quæ habuit a priore vxore, non satisdat E liberis & ab edicto prætoris de stipulatione fructuaria excipiendus est pater, excipienda verecundia paterna, *l. vlt. §. hoc procul dubio, inf. de bon. quæ lib.* At mater tamen fructuaria satisdat de rebus mobilibus, vt exposui ante, quod etiam Leo & Maiorianus improbarunt, vt mater satisdaret liberis in *Nou. de sanctimon. & vid.* Sed non etiam Leo & Seuerus in *Nou. de abrog. cap.* Nam ii nec matrem voluerunt adstringi necessitate fideiussionis: sed eorum Nouella non est recepta a Iustiniano. Igitur secundum Iustinianum, mater hodie omnino satisdabit, & satis præstabit liberis prioris matrimonii. Et ita cernis quæ in hoc §. *his illud.* tractantur de dandis fideiussoribus, locum non habere in patre. igitur Imp. loqui tantum de matre. Et quod sequitur in §. *pen. hoc tit.* habet tantum locum in matre, non in patre, ex sententia huius leg. vt scil. bona matris propria quæ habet, vel habitura est, pręsentia ac futura, a die traditarum ei rerum, & profectarum a priore matrimonio, tacite pignori obligata sint liberis prioris matrimonii, nomine earum rerum, si forte eas dissipauerit & malè consumpserit, quas debuit seruare liberis, in liberorum fraudem, & vt ait eleganter *l. 2. C. Th. de sec. nupt. per fraudem sæuioris animi.* Quod ostenditur etiam in *l. 3. & 5. §. itaque, h. t.* sed coangustatur ad matrem secundum has constitutiones. Verum deinde hoc ampliatum est, & porrectum ad patrem, vt haberet tacitam hypothecam, id est, vt etiam omnia patris bona tacitæ hypothecæ obligata essent pro rebus profectis, & acceptis a matre priore vxore. Et ita quod §. pen. statuit de tacita hypotheca in matre, a Iust. porrigitur etiam ad patrem in *l. seq. §. pen. & vlt. h. t. & l. cum oportet §. vlt. inf. de bon. quæ lib. qui §. vlt.* (ne quid obiiciatur) manifesto a §. *non autem d. l. cum oportet,* qui bona patris soluit tacita hypotheca, excipit bona profecta a matre, quæ debuit pater seruare liberis communibus. Nam earum rerum nomine etiam bona patris sunt tacite obligata. In §. *vlt. h. l.* loquitur tam de patre quam de matre, vt si non veniat ad secundas nuptias, si vt ait in §. *vlt. seruet affectionem liberorum suorum.* eleganter: quia sane cui non satis est vnum nouisse cubile, is deponit omnem affectionem, vt scilicet qui vel quæ contenta est vno matrimonio, pleno iure habeat quæ accepit a priore coniuge, & ita demum ea redeant ad liberos communes tanquam paterna vel materna, licet parentum hereditatem non adierint, si viuus parens ea non alienauerit, vel obligauerit, vel consumpserit, quæ potuit consumere quasi dominus, vt *l. 4. & 5. sup.* In quibus locis ostendi etiam Nouellas hoc correxisse, maxime *Nou. 127.* nempe voluisse, vt etiamsi parens non iteraret nuptias, earum rerum proprietas pertineret ad liberos, nec posset alienari vel consumi a parente superstite, nisi pro portione virili, in qua ei ius plenum datur pro præmio viduitatis & continentiæ.

Ad legem VII. & VIII.

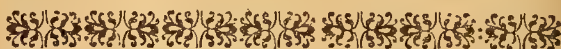
In quibus casibus pater dotem, mater ante nuptias donationem, vel alias res ad se ex altera parte deuolutas filiis vtriusque sexus seruare præcepti sunt: si quem ex filiis vel filiabus ante patris vel matris obitum mori contigerit (siue ante secundas nuptias siue postea) filio vel filia, nepote vel nepte vel pluribus patre suo adhuc viuo, vel matre superstite derelictis: portionem quæ defuncto filio vel filiæ debebatur, vel lucrum ex ea, non ad fratres vel sorores mortui, sed ad filios eius vel filias vel nepotes vtriusque sexus, aut pronepotes, auis vel proauis superstitibus peruenire decernimus, eligendi videlicet, quos voluerint ex liberis superstitibus, non adempta licentia.

l. 8. Si quis prioris matrimonij filiorum ante secundas nuptias patris vel matris mortuus fuerit, filiis a se vel nepotibus vel pronepotibus relictis, partem eius non ad fratres vel si nullus alius frater vel soror sit, ad patrem vel matrem eius peruenire, sed ad filios vel nepotes vel pronepotes eiusdem mortuæ personæ sancimus: vt siue vnus siue plures sint, eam tantummodo partem vindicare possint quæ mortuo competit. 1. §. Illud etiam certa sanctione definire censemus, vt si quis vel si qua ex alio matrimonio filiis procreatis, minime ad secundas nuptias venerit: eodem modo liceat quidem genitori vel genitrici res ex priori coniugio sibi acquisitas, quomodo voluerit alienare vel administrare: si quæ vero earum minime sint alienatæ, possunt liberi etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem, eas vindicare. 2. §. Certum esse sancimus, quod etiam illa de cetero videbitur eandem fuisse rerum alienatio, quæ in testamento genitoris vel genitricis vel specialiter relinquendo vel generaliter heredem instituendo facta sit.

Explicabimus

EXplicabimus l. 7. & initium l. 8. & finem addemus huic tit. *de sec. nup.* hoc posito quod iam satis multis constitutionibus comprobatum est, morte soluto matrimonio proprietatem bonorum, quæ a defuncto coniuge superstes accepit, seruari liberis prioris matrimonii. si parens superstes veniat ad secundas nuptias, si liberis superinducat nouercam, vel vitricum, quod etiam diuortio soluto matrimonio, nihil refert cuius culpa, liberis seruari vult. Iust. in *l. quoniam §. vlt. hoc tit. & Nou. 22.* Hoc inquam posito & concesso, quæro, si viuo parente vnus ex eis liberis moriatur, ad quem portio pertineat quam habuit in eis bonis? Vtrum accrescet fratribus vel sororibus, si plures fuerint liberi ex priori matrimonio: an mortui filii portio accedat patri, qui in eis bonis habet vsumfructum? Distinguendum est: Aut defunctus filius vnus prioris matrimonii nepotes reliquit, aut non. Priore casu portio eius pertinet ad nepotes .i. filios suos, parentis scilicet nepotes, & filios suos, exclusis fratribus & sororibus, vt in *l. seq in pr.* Excluso etiam patre vel matre qui quæue iterauit nuptias, exclusa antiquitate, vt vtar sermone *l. vlt. hoc tit.* si prætermittam Græcas, quæ lex liberos vocat posteritatem, parentes omnes antiquitatem, vt *l. cum scimus* ꝧ. *de agr. & cens. lib.* 11. Ergo vnus filius si moriatur ex priore matrimonio relictis filiis; ii filii quos reliquit, in portionem, quam pater habuit in supradictis bonis, præferentur auo vel auiæ, patruo vel auunculo, amitæ vel materteræ. Et hoc *l. 7.* verum esse ait, siue parens venerit ad 2. nuptias ante mortem, siue post mortem filij, quod est mirum. Nam res quidem facilis & expedita est, si parens venerit ad secundas nuptias ante mortem filij, quia iam eam sibi vnicus filius portionem acquisierat, ergo eam transmittit ad filios suos. Nec iam locus est iuri accrescendi. Nam etsi fratres & sorores natæ ex priore matrimonio coniunctim vocentur ad proprietatem eorum bonorum, tamen post acquisitionem partium, non admittitur ius accrescendi .i. mihi semel acquisita portio nunquam accrescet collegis siue coniunctis. Denique proprietas acquisita non admittit ius accrescendi, *l. 1. §. vlt. D. de vsuf. accr.* Sed si post mortem filij parens venerit ad secundas nuptias, id est, si ante secundas nuptias parentis filius finierit vitam, cum viuus in eis bonis nihil iuris habuerit, quæ nondum erant commissa liberis prioris matrimonii: cur non solida perueniant ad fratres post mortem eius, parente veniente ad secundas nuptias? cur potius pertineat ad nepotes, in quos non potuit transferre, quod non habuit, iuxta regulam iuris: *Nemo potest plus iuris in alium transferre, quam ipse habeat?* Et respondeo, vt in hereditatibus ex 12. *tab.* ita etiam in iis bonis paternis & maternis nepotes venire in locum & portionem patris sui, atque admitti cum patruis vel auunculis, aut amitis vel materteris, *§. cum igitur, Inst. de her. quæ ab init. def.* Quod vulgo vocatur ius repræsentationis, quia scilicet nepotes subeunt locum filij, & licet remotiores sint, tamen simul cum proximioribus inuitantur, & vocantur in stirpem, in *l. seq. in pr.* id est, eam tantum partem ferunt, etiamsi sint quatuor, aut quinque aut plures, quam parens eorum tulisset, eamque inter se diuidunt in capita .i. in portiones viriles & æquales, vt *Nou. 22.* Et secundum hæc *l. 8, seq.* cum ait: *Si quis prioris matrimonij filiorum ante secundas nupt. patris vel matris mortuus fuerit*, dum ait, *si ante nuptias parentis mortuus fuerit*, difficiliorem casum ponit. Nam idem est multo magis *si post nuptias mortuus fuerit* .i. post adquisitam portionem, nimirum vt ea transeat in nepotes exclusis fratribus. Et recte Accurs. in *l. seq.* quæ filio competit mortuo, id est, competere potuit, si non finiisset diem ante nuptias parentis. Et ita in *hac l. 7. quæ debebatur*, addendum, *vel deberi poterat*, vt in 12. *tab. si aqua pluuia nocet*, id est, nocere poterit. Ergo non distinguimus, vtrum parens secundas nuptias ante vel post mortem filii contraxerit, vt in *h. l. 7.* Et hæc tamen distinctio adhibita est s. p. in *l. 3. §. vlt.* adiuncta *l. mater, inf. ad senat. cons. Tertul.* Sed ne quem hoc perturbet, ibi agitur de aliis bonis defuncti filii, non de iis, quæ a parente, qui prior mortuus est, peruenerunt ad superstitem, qui mox coierit in alterum matrimonium. Itaque non de iisdem bonis hic agitur, *d. l. 3. §. vlt. & d. l. mater.* Non est omittendum quod est in fine huius l. Si filio sint plures filii nepotes, posse eum antequam moriatur, eligere vnum ex iis, qui adscribat in totum portionem, quam habet in supradictis bonis, vel habiturus foret, si mors eum non occupasset. Et hanc electionem quæ datur in fine huius l. nulla Nou. abstulit; sed illam tantum (ne etiam hoc quemquam perturbet) quæ datur in *l. 3. & l. general. §. diuidendi*, quæ scilicet datur parenti iteranti nuptias, vt cui volet liberorum prioris matrimonii bona quæsita a priore marito vel vxore adscribat in solidum. Hanc electionem ademerunt Nouellæ, vt in illis locis ostendi, non tamen eam quæ definitur in *hac l. 7.* At nunc videamus, quid sit dicendum si ille filius nepotes nõ reliquit (quæ est altera pars distinctionis initio propositæ.) Quid ergo si filius ille filios non reliquerit, quid fiet de portione illius? Et hoc casu fratres vel sorores in eius portionem admittuntur, si ante nuptias parentis mortuus fuerit, id est, ante adquisitionem portionis; iure adcrescendi fratres admittũtur in ea portione. Si post nuptias, id est, post adquisitionem portionis, iam non possunt admitti fratres iure accrescendi, quod expirauit post adquisitionem portionis, sed admittuntur beneficio huius constitutionis, excluso patre vel matre, qui tamen quæue in alia bona defuncti succederet, vna cum fratribus, *ex Nou.* 118. In his bonis fratres excludent parentem, qui non abstinuit secundis nuptiis. Et excipitur tantũ portio, quã ex pacto conuento, non ex lege in tabulis nuptialibus sibi recepit in casum amissi filii vel filiæ prioris matrimonii, in casum ἀπαιδίας, *Nou. 22.* Quod in ea Nouel. Iulianus antecessor perspicue interpretatur. Et in hac re explicanda eius auctoritate vtitur Accurs. in *authent. sed & si quis*, quod inseruit in hunc tit. Irnerius vel Martinus. Nam quæ ex Nou breuiter legitis sparsa per hunc Codicem, ea digessit partim Martinus, partim Irnerius, vt significat gl. legis *fratres, sup. de inoff. test.* Et ita vt dixi in *auth. sed & si quis*, inserta in hunc tit. Accurs. explicandæ huius rei gratia vtitur auctoritate Iuliani, non nominans quidem Iulianum, sed ita scribens, vt in *Nou. de mul. quæ post mort. mar. c. nullam post hac, & de his qui ad sec. nupt. mig. c. nulla licentia.* Sed semper Accurs. cum citat Nouellas intelligit Iulian. antecessorem, qui Nouellas Iustiniani latine & breuiter exposuit, vetus auctor & breuissimus, quo carere non debemus, si volumus intelligere ius nouissimum. Ipsas autem Nouellas Iustiniani, quæ sunt fusiores & copiosiores, Accursius nominat semper authenticas, *l'original*, non Nouellas. rectissime ergo cum hac *l. 7.* exposuimus *l. 8.* initium, quod est etiam de eadem re, de vno matrimonii prioris filio mortuo, cui obueniat eius portio. Nã quæ sequũtur omnia in hoc titulo sup. fere omnia ostendi. Itaque iam instat finis huius tit. At vt ostendam quibus locis ea sunt exposita, & si quid sit addendum, addam. §. 1. *l. 8.* fuit expositus in *l. 4. & 6. §. vlt.* in quibus eadem est sententia, quæ in §. 1. *h. l. 8.* vt qui vel quæ vidua permanet, possit alienare quæ habuit a priore coniuge, quod ostẽdi mutasse Nouellas. Nec enim potest alienare nisi portionem virilem. Sed additur statim in §. *certum huius l.* 8. siue earum rerum permittatur alienatio, siue prohibeatur: his casibus in his constitutionibus alienationis verbum accipi latissime, vt comprehendat etiam heredis constitutionem, & legatum & fideicommissum: Si permittatur alienatio parenti viduo vel viduæ, vt possit non tantum vendere, & donare, aut permutare, aut

obligare: sed etiam vt possit in eis bonis heredem instituere vel legare: si prohibeatur veniens ad secundas nuptias, vt nihil horum facere possit. Ergo in his constitutionibus alienare non tantum est dare, tradere, donare inter viuos: sed etiam, vt vno verbo dicam, relinquere. aliud est dare, aliud relinquere. dare est viuentium: relinquere est morientium, *l.* 1. §. *si filio*, *D. de leg.* 3. *l.* 1. §. *pen. D. de tab. exh.* Damus libenter, Relinquimus necessario. Si testator rogarit heredem vt quid det vni ex libertis vel libertinis, semel tantum potest eligere, id est, non potest mutare electionem quam fecit semel, *l.* 17. §. *vlt. l.* 24. *de leg.* 2. Sin autem eum rogauerit vt relinqueret cui vellet ex liberis, subinde variare potest & mutare electionem, quamdiu vixerit, *l. vnum ex familia* §. *etsi fundum*, *D. de leg.* 2. Et ita rectissime Grammatici *libro* 6. *Iliados*, notant Homerum obseruasse differentiam inter dare & relinquere, cum dixit Vulcanum sceptrum dedisse Ioui, Iouem Mercurio, Mercurium Pelopi, Pelopem Atreo, Atreum autem reliquisse Thyesti, & Thyestem reliquisse Agamemnoni, quia scilicet Atreus, ne committeret regnum suum filio suo impuberi Agamemnoni, coactus est relinquere Thyesti fratri suo, cum quo tamen gerebat iustas inimicitias, interposita fide, vt id restitueret Agamemnoni, cum ad iustam ætatem peruenisset: Et ita Thyestes quasi obligatus fideicommisso, id reliquit potius, quā dedit Agamemnoni filio fratris, eumque prætulit Ægystho suo. Illi superiores regnum dederunt vltro & sua sponte. Atq; ita manifesta est differentia inter dare & relinquere: vtrumque tamen complectitur verbum *alienare* in his constitutionibus. Imo etiam cum testator vetat aliquid alienari extra familiam, vetat etiam relinqui, vetat institutionem, legatum, fideicommiss. in l. *peto* §. *vlt. D. de leg.* 2. nisi adiecerit testator, *ne viuus alienaret*, nam tunc non prohibetur relinquere moriens cui volet, *l. pater* §. *fundum*, *D. de leg.* 3. Et addendum est, non semper in omni parte iuris alienandi verbum etiam testamentum comprehendere, vt comprehendit in his constitutionibus, non certe in edicto de alienatione iudicii mutandi causa facta, quo dolus coercetur eorum, qui rem quam possident alienant, vt opponant duriorem aduersarium ei qui acturus erat in rem. Nam nullus dolus inest in eo, qui heredem instituit, nulla cogitatio mutandi iudicii, vel obiiciendi potioris aduersarii, vel qui legat habituro tantum post mortem suam. Et ideo alienationis verbum in eo edicto non comprehendit institutionem, vel legatum, in *l. ex hoc edicto* §. *alienare*, *D. de alien. iud. mut. caus.* Id etiam non comprehendit lex *Iulia*, *de fund. dot.* maritus prohibetur alienare fundum dotalem, *l. dotale* §. *vlt. D. de fun. dot.* Sed non comprehenditur etiam heredis institutio. Nam maritus herede instituto, per vniuersitatem in eum transfert fundum dotalem, sed cum sua causa, vt heres non possit eum alienare, vt seruet eum vxori superstiti, & ei reddat constituto die, in *l.* 1. *D. de fun. dot. l. quædam*, *D. de acq. rer. dom.* & hoc tantum erat adnotandum ad §. *certum l.* 8. §. vero *talem* iam exposui in *l.* 4. Sed quia eum non intellexit Accurs. & delenda est eius glossa quantumuis magna, ostendam erroris causam. Non animaduertit Accurs. in *hoc* §. *talem* anterius matrimonium dici, sicut prius matrimonium, etsi post illud, non fuerit contractum aliud. Nam & ita in vsu prius testamentum dicitur, post quod nullum est factum & sequutum testamentum, non habita ratione secundi, vel posterioris, vt in declam. Quintil. 308. & sic in §. 1. *&* §. *talem*, hac lege, prius & anterius dicitur matrimonium, quod vnum fuit, vel quod sequutum non est aliud matrimonium. Et ita vt dixi in §. 1. *h. l. & l.* 4. *& l.* 6. §. *vlt.* si parens non veniat ad secundas nuptias, si non mutet matrimonium, bona quæsita a priore marito, vel vxore, quæ tamen non alienauit, vt potuit, vel consumpsit, tanquam paterna vel materna, redire ad liberos prioris matrimonii, etsi patris vel matris hereditatem non adierint. Nam ea bona seorsum spectantur ab hereditate, & secernuntur. Quod cum ita esset in §. *talem*, quæritur quid sit dicendum, si ex liberis prioris matrimonij & vnius, alii adierint hereditatem patris vel matris, alii repudiarint? & hoc casu ait, ea bona vindicari ab iis tantum qui adierint. Hæc est sententia §. *talem*, quæ tamen abrogata est per *Nouell.* 22. quæ vocat omnes liberos permixtim, siue adierint siue repudiarint parentum hereditatem. §. *pen.* exposui in *l.* 6. §. *vlt. l.* quoniam & lex *vlt.* fuit exposita in *d. l.* 6.



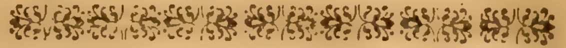
AD TITVLVM X.

Si secundo nupserit mulier cui maritus vsumfructum reliquit.



Titulus 10. est de secundis nuptiis, & quasi codicillus ad titulum superiorem, quo suppletur quod in eo deest: Nam hoc quidem constat ex tit. sup. mulierem cui maritus rerum quarumdam suarum plenam proprietatem dedit, vel donauit, vel reliquit, si post mortem eius in secundum matrimonium conuenerit, eam amittere earum rerum nudam proprietatem, & vsumfr. solum earum rerum retinere, proprietatem statim a die secundi matrimonii adquiri liberis primi matrimonii. Sed ex eodem tit. nihil constat quid sit dicendum, si prior maritus vxori, quæ secundo nupsit, dederit, vel reliquerit vsumfr. rerum suarum, qua de re agitur in h. tit. Finge igitur: primus maritus non reliquit vel dedit vxori res suas, sed rerum vsumfructum. An ex hoc vsufr. ei dato vel relicto ob repetitas nuptias aliquid decerpent liberi primarum nuptiarum? Videamus primum an iure vir relinquat vxori vsumfructum rerum omnium suarum, omnium bonorum suorum, quod hodie est frequens. Et sane vxori iure relinquitur vsusfructus omnium bonorum, cum hac conditione legeque, vt fruatur vna cum liberis, & ex eis bonis filios exhibeat, atque tueatur, vt in *l. si mulier*, D. *de vsuf. adcresc.* Et *in oratione pro Cæcinna*: *Testamento*, inquit, *fecit heredem quem habebat a Cæcinna filiū, vsumfr. omnium bonorum suorum Cæcinnæ legauit, vt frueretur vna cum filio.* Alioquin soli vxori vsusfr. omnium bonorum existentibus liberis inutiliter relinquitur, ne scilicet minuatur portio legitima, quæ debetur filiis, & quæ ad eos dicitur venire pura, plena, integra, illibata, non detracto vsufructu ex *Nou.* 18. *de trien. & sem.* Et nequid nos moretur eorum, quæ tractat Accurs. in particulam quandam *Nou.* 22. quam constitutioni huius tit. subiecit Irnerius, si testator (vt assolet fieri) iubeat vxorem esse dominam & fructuariam omnium bonorum suorum, semper ab hoc legato deducenda est Falcidia debita filiis, si qui sint. reliquum seruatur vxori, vsusfr. tantum iure: nam etiamsi dixerit dominam & vsufructariam, dominæ appellationem ex verbo sequenti cogere debemus ad vsumfr. nam & fructuarius habetur pro domino, *l. in venditione*, *D. de reb. auct. iud. pos.* dum ait, in venditionem bonorum debitoris etiam vsumfructum venire, quia appellatione domini & vsufructuarius continetur. Hoc ideo scribit I. C. quoniam in edicto de rebus auctoritate iudicis possidendis regulariter faciebat mentionem domini, vt in Quintiana oratione, *dominium inuitum detrudere non posse placet*. vbi *domini* appellatio procul dubio etiam comprehendit vsufructuarium. Et omnino triplex est dominium: Dominium proprietatis in *l. proprietatis*, *sup. de prob.* dominium vsusfru. & dominium possessionis. Ac sæpissime in libris nostris dominium, id est, possessio,

possessio, non proprietas? dominus, id est, possessor. A Cur in *l. si procur. D. de acq. rer. dom.* I.C. ait, dominium, i.d est, proprietas? ne quis intelligeret possessionem: nam dominij verbum est ἀμφίβολον. Et ita in *l. 4. de aquaed. lib. 11. vsum aquæ constitutum longo dominio*, id est, possessione longa. Verum ergo qui dicit dominam, & vsufructuariam dicit, vt Grammatici loquuntur, ὑποκάτω τι, nempe fructuariam tantum. Quid vero dicendum est si maritus vxori dederit vel reliquerit, non res suas ex parte vel ex asse, sed rerum suarum vsumfru. ex parte vel ex asse, vt frueretur vna cum filiis, & post mortem mariti ea mulier venerit ad secundas nuptias? Non potest dici eius vsusfructus, eius legati dominium, vsumfructum esse seruandum prioris matrimonii liberis, quoniam vsusfructus non est vsusfr. Vsusfructus est seruitus. Seruitus seruitutis non est *l. 1. D. de vsufruct. leg. l. vsusfructus, inf. D. de seruitut. rustic. prædi.* B Seruitus est qualitas prædii, *l. qui fundum, quemad. seru. am.* Et vt Philosophi loquuntur, qualitas qualitatis non est. Hæc vero quæstio ita definitur in *l. vn. hoc tit.* vt a contractis secundis nuptiis vsusfructus statim auferatur vxori, & restituatur liberis prioris matrimonii cum fructibus, si a die secundarum nuptiarum mulier fructus perceperit, forte liberis nondum suæ tutelæ factis, id est, impuberibus & destitutis auxilio tutorum. Denique mater quæ repetiit nuptias, liberis prioris matrimonii restituit vsumfructum, id est, ius vtendi, fruendi, & omnes fructus quos percepit a die secundarum nuptiarum. Et addamus, quia mala fide possedit mulier, etiam cum fructibus quos percipere potuit & debuit, nec percepit: Nam malæ fidei possessor C non tantum de perceptis tenetur, sed etiam de percipiendis, *l. fructus, l. si nauis §. vlt. D. de rei vind.* Nec nos mouere debet *l. si pater, de vsuf. nec l. si fundum, sup. de rei vind.* quæ dicunt, malæ fidei possessorem, & nominatim hanc matrem, cui vsusfructus earum rerum legatus est, debere restituere fructus perceptos: nec enim addunt taxationem, perceptos fructus dumtaxat, vt inde non possis colligere, non teneri malæ fidei possessorem de percipiendis. Non omnia possunt exprimere leges, pleraque supplenda nobis relinquunt ex aliis legibus. Et licet igitur ex his locis, *perceptis* etiam addere *percipiendis*. Et ait hæc l. vsumfru. esse restituendum cum fructibus competentibus, ad liquidum ratione deducta, *au vray*, vt cum Curtius Ruffus lib. 9. D ait, *nunquam famam perduci ad liquidum*, id est, rumorem vllum nunquam esse ex omni parte verum. Competentes ergo fructus redduntur ad liquidũ, eorum ratione deducta, puta impensis deductis, quas mulier fecit in corpora rerum hereditariarum, quibus vtebatur, fruebatur: Nam fructus eos esse constat, qui supersunt deductis impensis, hi sunt fructus competentes & liquidi, *l. fructus, D. sol. matr.* Et eleganter *l. fundus qui dot. D. fam. ercisc.* nullum esse casum qui hoc genus deductionis impediat, & cõpensationem impensarum cũ fructibus. Et tamen extat vnus in *l. vlt. inf. de fun. rei priu. lib. 11.* admodum singularis, vbi fructus intelliguntur non deductis impensis. In iure nulli sunt termini vniuersales, vt in illo loco, *nullus casus*, & tamen excipitur aliquis. Et similiter *in l. in omnibus 43. D. de solut. In omnibus speciebus liberationum, etiam accessiones liberantur. In omnibus*, inquit. Excipienda est tamen confusio, quæ si induxerit liberationem rei siue debitoris, pignora tamen obligata manent, *l. debitor 59. D. ad Trebell. l. cum quis §. vlt. D. de sol.* Porro constitutionem huius tit. comprobarunt Arcadius & Honorius in *l. 1. C. Th. eod. tit.* Et *Nouel. 22.* significat eam porrectam fuisse ad maritum, cui vxor legasset vsumfructum rerum suarum: sed tamen *d. Nouel. 22.* hanc constitutionem penitus abrogat, soluitque secundas nuptias pœna huius constitutionis, dum scilicet non aliter vult vsumf. auferri coniugi, quem legauit prior coniunx, etiamsi repetierit nuptias. quam si id nominatim cauerit defunctus. Non vult itaque seruari ius quod inducit constitutio, sed ius quod fecerit ipse defunctus vel defuncta, dicendo legem legato, vsufructu relicto superstiti coniugi.



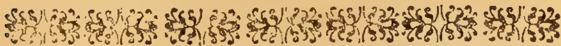
AD TITVLVM XI.

De dotis promissione & nuda pollicitatione.



NVptiæ sunt contractus, matrimonium est contractus, vt proxime ante diximus, a Græcis passim appellatus γαμικὸν συνάλλαγμα, id est, *nuptialis contractus*. Posteaquam dixit de eo contractu satis, id est, de nuptiis, transit ad aliud genus contractus, nempe ad dotem. Dotis datio est contractus, *l. contractus, D. de reg. iur.* Et dotis quoque promissio est contractus, nempe stipulatio. Dotis item pollicitatio nuda pro contractu habetur, quia obligationem parit. Et omnis obligatio pro contractu est *l. omnem D. de iudic.* sicut dotis dictio, quæ olim fiebat solennibus verbis citra stipulationem, a non interrogato vel interrogata, contractus erat, vel obligatio ciuilis, Et dotem igitur conuentionem esse definiamus, qua res aut pecunia certa propter vxorem, propter onera matrimonii peruenit ad maritum. Peruenire accipimus cum effectu: Nam dominium dotis in eum transit, dotis dominium, id est, vel rei, vel pecuniæ dotalis, *l. in reb. tit. seq.* vel etiam conuentio, qua compensantur onera matrimonii data marito re aut pecunia certa, vt in *l. si maritus, l. si filia §. 1. D. famil. ercisc. & l. si pater mulieri, D. de iur. dot. Varro 4. de ling. Latina: Dos pecunia est nuptiarum nomine data.* Pecuniæ nomen accipitur generaliter Et ita vulgo dos accipitur, non pro conuentione, licet conuentio sit, & contractus, sed pro re & pecunia, quę in conuentionem venit, id est, pro eo quod nomine rei vxoriæ datur marito *l. si nuptura §. 1. ff. de iur. dot.* Alias dos accipitur pro iure actionis de dote, pro iure repetendæ dotis soluto matrimonio, vt *l. 1. §. Celsus, D. de dot. prælег.* Dixi rem certam esse debere, aut quantitatem, quæ in dotem datur aut promittitur, alioqui dos incerta nulla est. Verum certa videtur esse dos, quando dos confertur in arbitrium boni viri, quanti æstimauerit bonus vir, vel quantum maritus æstimauerit vt bonus vir ex æquo & bono pro modo facultatum suarum, vel pro dignitate natalium vtriusque, vt *l. 3. hoc tit.* Nam vt æquitas est certa: ita arbitrium boni viri, qui est arbiter æquitatis & sacerdos, *l. 1. D. de leg. 2.* Et vtique dum pater promittit dotem, promissioni paternæ semper intelligitur inesse tacite arbitrium boni viri, cuius officium est dotem constituere filiæ pro facultatibus, & pro splendore familiæ. Pater igitur etiamsi dotem promittat simpliciter, videtur certam promisisse, *l. cum post §. gener, D. de iur dot.* Et hic est addenda distinctio *l. vlt. hoc tit.* vt si dotem promiserit pater, E vel constituerit simpliciter hoc modo, *Doti tibi erunt mille*, vel donationem propter nuptias eodem modo: etiamsi filius vel filia habeant bona propria, videtur de suo dotem constituisse, vel promisisse, vel dedisse, non de bonis filii sui vel filiæ. Sed si promiserit dotem ex suis bonis, & ex bonis filii vel filiæ, hoc modo: *Doti tibi erunt mille ex bonis meis, & ex bonis filiæ meæ*, vel, *donationi propter nuptias, tibi erunt mille ex bonis meis & ex bonis filij mei*: distinguendum est: aut inops est admodum pater, qui eo modo promisit, & eo casu dos tota præsumitur ex bonis filiæ: sed si pater sit locuples, dos tota præstatur ex bonis patris, non ex bonis filiæ, licet hoc ita cauerit, vt præstarentur ex vtriusque bonis, quod mirum est, & merito abrogatur *l. vlt. hoc tit.* a

Leone Philosopho in *Nouell. 21.* volente ex patris & ex filii vel filiæ bonis, sicut est cautum indistincte, siue diues, siue inops sit pater, quantum potest refici dotem, & præstari ex æquis partibus, si non sint dictæ partes. Et hæc de patre promittente dotem. Mulier si promittat dotem vel extraneus pro ea, simpliciter non dicta quantitate, non demonstrata re dotali, inutilis est promissio & stipulatio, quia huic promissioni non intelligitur inesse arbitrium boni viri, vt promissioni patris, cui proprie incumbit dotem constituere: quæ est sententia *l. 1. hoc tit.* vt Græci interpretantur, & est elegans thesis, quam Thalelæus proposuit in *hac l.* 1. stipulationem omnem, quæ ad vilissimum deduci potest, non consistere, vt si promittant fundum simpliciter, est inutilis stipulatio promissioque, quia, vt Varro dixit, fundus est vel quod funda mitti potest, *vn morceau de terre.* & se liberare potest dando quod funda mittere possit. Libertus Ciceron. sic dicit: *Fundum Varro vocat quem funda mittere possis.* Et ita in *l. vbi autem, D. de ver. obl.* ostendi, fundi promissionem esse inutilem, qui non demonstratur. Et ita dotis promissio simplex est inutilis, quia promissor posset se liberare dando vnum nummum. Porro autem olim dicebant dotem datam, vel promissam vel dictam, vt *l. 3. Cod. Theod. de int. nupt.* Nam iis tribus modis dos constituebatur, & promittendo dotem omnes obligantur, *l. promittendo, D. de iur. dot.* non etiam dicendo. Nam dictio dotis obligabat tantum mulierem & patrem mulieris, si dixisset dotem, vel auum paternum & debitorem mulieris delegatum a muliere ad dotem dicendam, quæ dictio dotis fiebat solemnibus verbis, & hoc ostendit Vlp. in tit. *de dot.* & in *D. de iur. dot.* Hæ formulæ; *Centum tibi doti erunt*; *Quod mihi debes, doti tibi erit;* certe sunt formulæ propriæ dictionis dotis, non promissionis, *l. si mulier, l. nuptura, l. quemadmodum* §. *pen. D. de iure dot.* Dicimus hodie dotem datam, vel promissam, vel pactam, vel oblatam vltro per pollicitationem: Nam placet hodie dotem constitui pacto nudo, nuda oblatione, *doti tibi erunt tot*, nuda pollicitatione, *l. 4. & pen. hoc tit.*



AD TITVLVM XII.

De iure dotium.

Docui in superiore titulo, quibus modis contrahitur obligatio dotis, quia contrahitur vel re, id est, datione dotis, vel solemnibus verbis, vel stipulatione, vnde nascitur actio ex stipulatu, vel pactione, aut quod minus est, pollicitatione nuda, nulla præcedente interrogatione, id est, oblatione nuda dotis quibuscumque verbis, *l. pen. sup. tit. prox.* cui legi coniungenda est *l. 2. sup. de form. & imp.* quæ docet etiam in actionibus instituendis qualiacumque verba sufficere, nec a prætore esse postulandam formulam. Denique iidem Impp. eadem l. quæ tamen diuisa est in illas duas partes, sustulerunt formulas, & in obligationibus dotium contrahendis, & in omnibus actionibus apud iudicem instituendis. Et ex pollicitatione quidem erit condictio ex lege, vt arbitror, sicut ex dictione dotis, quæ fiebat olim solemnibus verbis, fuisse condictionem indicat *l. 1. hoc tit.* quæ fuit de dictione dotis, vel promissione. Sed vt fecit passim in iure Tribonianus, in hac l. *dictionis* nomen mutauit in pollicitationem, quoniam etiam citra stipulationem vel dictionem dotis, hodie dotis obligatio contrahitur solius offerentis promissione, id est, pollicitatione. Nunc autem in hoc tit. incipit tractare de iure dotium, id est, de causa, conditione, natura, ingenio, priuilegiis dotium, vel de dotibus.

A Et recte in Digest. statim initio huius tit. *de iure dotium* scribit, *causam dotium esse perpetuam.* Dotis causa, & ius dotis, idem est, siue titulus dotis. Ait igitur *l. 1. D. de iur. dotium.* statim proposito *tit. de iure dot.* dotis causam esse perpetuam, quod voto eius qui dat ita contrahatur, vt semper apud maritum sit, vt emptionem contrahi dicimus, ita ea lex dicit dotem contrahi. Dos igitur est contractus, & ait ita contrahi ex voto dantis dotem, vt semper apud maritum sit. Quamobrem olim auspicantes perpetuitatem matrimonii, vt Festus scribit, ad collocandam nouam nuptam in thoro geniali, adhibebantur pronubæ vniuiræ, id est, quæ semel nupsissent, ominantes siue auspicantes, vt noui coniuges in eo matrimonio perseuerarent vsque ad extremum vitæ spiritum. Et inde Claudianus de raptu Proserpinæ: *Stat pronuba iuxta, stellantes nox picta sinus, tangensque cubile, omnia perpetuo genialia fœdere sanxit.* B Et hoc idem votum facit, vt dotis causa sit perpetua: & quia est perpetua, ex eo efficitur dominium rerum dotalium transferri in maritum. Contractuum causæ temporariæ non mutant dominium. Contractuum causæ perpetuæ mutant dominium. & sic quia dotis causa perpetua est secundum votum contrahentium: maritus dotis dominus fit per traditionem, §. *per traditionem, Inst. de rer. diu.* §. *1. Instit. quibus al. lic.* Dixi, *per traditionem*: Nam ante traditionem res non possunt intelligi dotales. Traditione fit dotalis seruus, dotale prædium, dotalis pecunia, *l. 5. D. sol. matr. l. dotalem* §. *dotale. D. de fun. dot. l. si socius, D. pro soc.* Traditio igitur facit res dotales, & maritum qui accepit, C facit dominum rerum dotalium, pleno iure, siue æstimatæ siue inæstimatæ res fuerint. Quod adeo verum est, vt & seruos dotales possit manumittere constante matrimonio, si soluendo sit. Nam si non soluendo sit, lege *Ælia Sentia* impeditur libertas serui dotalis, & si soluendo sit, iure manumittit seruos dotales, eisque præstita libertas nunquam reuocatur. Nihil enim difficilius reuocatur quam libertas, *l. 3. hoc tit. l. seruum dotalem, D. de manumiss.* Verum hac in re de qua hic agimus, vt ostendamus maritum esse dominum dotis, quæ ei tradita est, lex *in reb. hoc tit.* videtur adhibere distinctionem quæ facit vtrumque dominum, & maritum qui accepit dotem, & vxorem quæ dedit dotem, vel cuius nomine data est: Nam ait, iuris subtilitate maritum esse dominum, reuera & naturaliter quod idem D est, dominam esse vxorem, non tantum quod quandoque dos ad eam reditura sit soluto matrimonio, nisi aliud conuenerit: quam quod emolumentum dotis constante matrimonio, licet eius dotis maritus fingatur esse dominus, re ipsa redeat ad mulierem, cum maritus sustineat onera matrimonii, *l. quamuis, inf. D. de iu. dot.* Onera matrimonii sunt vxor ipsa, quæ alenda, curanda, tuenda est, & liberi, noua cura, & tutelæ, *l. si maritus, D. fam. ercisc. l. si is qui Stichum* §. *post mortem D. eod. tit.* Cum ergo maritus sustineat onera matrimonii, onera vxoris: sic fit vt emolumentū dotis redeat ad vxorem, vt fruatur ipsa dote potius quam maritus, atque adeo vt ipsa re videatur esse domina, maritus autem habere nomen domini sine re. Atque ita adhibita E hac distinctione secundum *d. l. in rebus*, facies duos dominos eiusdem rei, quidni? & consequenter facies duos possessores rerum dotalium iure dominii, virum & vxorem, *l. pen.* §. *si fundus, D. qui satisd. cog.* Vbi ostenditur eum, qui possidet res immobiles, non onerari satisdatione, id est, necessitate dandi fideiussoris, quoniam prædia, quæ possident, satis cautioni sufficiunt, satis cautionis præbent, vt qui prædiis cauet non necesse habeat dare prædes seu fideiussores: Finge igitur dotem consistere in immobilibus rebus: Et vir & vxor earum intelligitur esse possessor, vt non oneretur satisdatione in aliis causis siue litibus. Et ita conuenienter *d. legi in rebus*, in *l. quamuis, D. de iure dot.* Quamuis

tis, inquit, dos sit in bonis mariti, mulieris tamen est effectu ipso: dos est in bonis mariti constante matrimonio, vt in *l. Lucius §. idem respondit, D. ad municipa. l. 7. §. si res, D. de iure dot.* Adeo vt contracta societate omnium bonorum veniat etiam dos in societatem: sed distracta societate maritus percipit dotem, quia apud eum dos semper esse debet, qui sustinet onera matrimonii, *l. actione §. vlt. D. pro soc.* Et ita manifestum est ex nostris Iurisconsultis Boetium sumpsisse, quod in Topicis Ciceronis scribit in hunc modum: *Dos*, inquit, *licet constante matrimonio in bonis mariti sit: est tamen in vxoris iure, & post diuortium factum velut res vxoria peti potest.* Qua de causa & veteres doti tribuebant nomen rei vxoriæ potius quam rei maritalis: Nam certe dominus est verius qui est effectu dominus, quam qui titulo tenus: sed tamen votum coeuntium nuptias inter se facit, vt cum intelligatur dotis causa esse perpetua, dotis titulus esse perpetuus, necessario consequatur maritum accipientem dotem, fieri dominum dotis. Nam causæ temporariæ contractuũ hæ sunt, quæ non transferunt dominium, vt causa locationis quæ fit ad tempus non mutat dominium, *l. non solet, ff. loc.* Causa commodati quæ fit etiam ad tempus, neque dominium mutat neque possessionem, *l. 8. & 9. D. com. mod.* Causa quoque pignoris non mutat dominium, *l. cum & sortis, §. vlt. D. de pig. act.* Ideoque licet prædia pupilli non possint alienari sine decreto, tamen prædium quod pupillus accepit pignori, tutor alienare potest sine decreto, quia non est in bonis pupilli, *l. 5. §. si pupillus, D. de reb. eor.* Et eadem ratione, qui seruos legat suos, non videtur legare seruos, quos pignori accepit, *l. suos, D. de leg. 3.* quia causa pignoris non mutat dominium. Causæ contractuum temporariæ non mutant dominium, causæ perpetuæ mutant, vt causa emptionis, causa permutationis, diuisionis causa, mutant dominium. Et secundum hæc, dum *l. 1. D. de iur. dot.* ait, dotis causam esse perpetuam, significat dotis dominium, transferri in maritum. Et ita accipienda est ea *l. 1.* Aliud adijcit *l. 2. eod. tit.* Reip. interesse mulieres dotes suas saluas habere, propter quas nubere possint. His verbis significatur, dotis causam esse priuilegiariam. Lex 1. dicit esse perpetuam *l. 2.* priuilegiariam, h. est, mulierem in repetenda dote soluto matrimonio præferri omnibus creditoribus chirographariis, imo etiam hypothecariis antiquioribus, vt infra demonstrabimus. Est autem coniungenda cum *d. l. 1. l. interest, D. de reb. auct. iud. poss.* alias est *l. 3. D. de priu. cred.* Vtraque est ex eodem libro, & idem proponitur in eadem *l.* quod in *d. l. 2.* videlicet priuilegium quod habet mulier in repetenda dote inter actiones personales dari etiam sponsæ, quæ dotem dedit, si postea renuntiatum sit nuptiis: quo casu sponsa dotem quam dedit, repetit non actione rei vxoriæ, vel ex stipulatu actione de dote, cum proprie dos non fuerit nondum subsequuto matrimonio & contracto *l. 3. D. eod.* sed condictione causa data, causa non sequuta. Et in ea condictione fauoris gratia idem priuilegium datur sponsæ, licet vxor non fuerit. Et ita si minor 12. annis, quæ non est iusta vxor, præmaturius domum deducta fuerit, & completa ætate iusta repudiauerit eum, qui sponsus fuit eius, non maritus: similiter dotem repetet quam dederat condictione ob causam, licet vxor non fuerit. Ea condictio erit priuilegiaria, vt indicat *l. si sponsa, D. de iur. dot.* Cur est priuilegiaria, quæ proprie non est dos, sed data dotis nomine & spe? quia Reipub. interest, vt mulieres dotes suas saluas habeant, id quod doti destinarunt consequantur in solidum, vt ætate permittente alii possint nubere, & inuento alio marito, *d. l. interest.* Ergo dotis causa etiam eius, quæ nomen dotis tantum habet, id est, etiam dotis destinatæ causa priuilegiaria est. Vt autem intelligamus quæ sit priuilegiaria causa dotis, quæ fauorabilis & perpetua, vt ait *l. 1. D. sol.*

A *matr.* imprimis sunt separandæ actiones personales ab actionibus realibus, id est, vindicationibus vel actionibus hypothecariis. Olim inter actiones personales potior fuit repetitio dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio morte, vel diuortio. Etiamsi causæ aliarum actionum personalium tempore antiquiores essent: reddenda erat dos, quod & hodie obtinet mulieri primum, licet posterior sit creditrix: Mulieri igitur, in actionibus personalibus postferuntur alii creditores mariti etiam antiquiores. Et hoc ius semper obtinuit, *l. vlt. inf. qui pot. in pig. hab.* Dabatur hoc priuilegium mulieri soli, vel filiis eius, heredibus eius. Idem ius non dabatur extraneo heredi mulieris repetentis dotem, in *l. 1. inf. de priuil. dot.* Et est similis differentia inter heredes in *l. maritum D. sol. matr. sup. l. 2. C. Theodos. de*

B *spons.* Rursus id priuilegium non dabatur tantum mulieri, quæ nupsisset, sed etiam sponsæ quæ dotem dedisset nec nupsisset, & mulieri minori duodecim annis, quæ vt vxor haberetur, licet iure nondum vxor sit, *l. si sponso D. de iur. dot. l. quæsitum §. vlt. & l. seq. D. de reb. auct. ind. poss.* alias est *l. 2. & 3. de priuil. cred.* Et cum *d. l. quæsitum §. vlt.* ostendisset, idem priuilegium dari sponsæ, atque minori duodecim annis, subiicitur ratio l. seq. quod non tantum maiorem duodecim annorum & iustam vxorem, sed etiam hanc, id est, minorem annorum duodecim intersit Reipub. dotem suam saluam habere, vt ætate permittente nubere possit, ideo & huic dandum esse priuilegium inter personales actiones, id est, inter creditores chirographarios (quod idem est) sed ita ea lex scripta est: *Interest enim Reipub. &*

C *hanc solidum consequi.* vt ætate permittente, id est, cum pubuerit nubere possit. Quorsum ait solidum? An dubitabatur de solidæ dotis recuperatione? An videbatur ex ea dote posse aliquid retineri aut delibari: nec integram esse reddendam, sine deminutione partis cuiusdam? Hoc vero nemini vnquam venit in mentem. Et ibi de priuilegio quæritur tantum, id est, de prærogatiua actionis personalis, & condictionis dotis: non de solidi recuperatione. Dos non admittit Falcidiam, vel diminutionem. Igitur in *d. l. interest,* & in *l. 2. de iu. dot.* quæ illi est coniungenda, procul dubio Paulus scripsit hoc modo: *Interest enim Reipub. & hanc*, id est, minorem duodecim annorum, *suam dotem consequi.* Error natus est ex iis notis siue litteris singularibus & maiusculis S. temone superposito, & D. M. etiam temone

D superposito: quæ notæ vtrumque significant, suam dotem, & solidam. Sed suam dotem esse potius interpretandam cum res ipsa suadet, tum *d. l. 2.* quæ est ex eodem libro, & quæ pertinet etiam ad priuilegia dotium, Ergo mulier quæcumque siue iusta siue iniusta vxor, siue nupta siue innupta in exactione dotis præponitur omnibus creditoribus, etiam antiquioribus. Et vt ait *d. l. vlt. inf. qui pot. in pign. hab.* habet mulier priuilegium contra pene omnes creditores. Addit pene, quoniam excipienda est personalis actio, quæ Reipub. competit, si antiquior sit argumento *l. 9. huius tit.* quæ ait dotis causam esse potiorem quam Reipub. si maritus post nuptias & dotem acceptam fuerit Reipub. obligatus, id est, si Respub. sit posterior. Ergo si sit prior Res-

E pub. non postponitur causa dotis, quod non male porrigitur etiam ad fiscum, vel maxime, quod fiscus semper sit creditor hypothecarius, quia semper adquisitum est ei ius tacitæ hypothecæ in omnibus negotiis, quæ nomine eius geruntur, vel contrahuntur, *l. aufertur §. fiscus, D. de iu. fis.* Respub. autem non habet tacitam hypothecam, nisi de ea conuenerit specialiter & nominatim *l. 2. inf. de iur. Reipub. lib. 11.* His igitur exceptis inter creditores chirographarios, mulier etsi posterior sit, præfertur omnibus. Aliud erat olim in hypothecis. Nam primum quidem ante Iustin. id est, ante constitutionem tituli sequentis, quæ est de rei vxoriæ actione, id est, iure repetendæ dotis, mulier dotis suæ nomine non ha-

buit ex conuentione, sed & in ea, de qua conuenerat, A non habebat priuilegium aliud quam temporis, vt si ei priori res pigneratæ essent, præponeretur sequentibus creditoribus hypothecariis, non etiam antecedentibus, *l. vlt.* §. 1. *inf. qui pot. in pign. & l. vbi, hoc tit.* In qua res viri suppositas, id est, obligatas oportet intelligere ex conuentione, quia nondum erant tacite suppositæ, id est, licet *l. vbi*, sit Iustiniani, his Iustin. nondum dederat tacitam hypothecam mulieribus. Igitur agitur in *l. vbi* de conuenta & expressa hypotheca, in qua tamen non aliter vult mulierem præferri, quam si prior tempore fuerit. Denique non habere nisi priuilegium temporis, nec præuenire in hypothecis eisdem antiquiores, licet præueniat in personalibus actionibus. Et hæc quidem ita se habuere iure veteri. Hodie mulieris priuilegium non tantum vertitur inter actiones personales B ex nouissimis constitutionibus Iustiniani: sed etiam inter actiones reales, siue directas in rem & hypothecarias, id est, non tantum inter creditores chirographarios, sed etiam inter hypothecarios. Sed hic rursus separandæ sunt res dotales a cæteris rebus siue bonis mariti. Primum enim in *l. in reb. hoc tit.* quæ arx est huius quæstionis, Iustin. mulieri dedit priuilegium in rebus ipsis dotalibus dumtaxat, in eis scilicet vindicandis vel persequendis actione hypothecaria, vt præponeretur omnibus creditoribus mariti, etiam hypothecariis & antiquioribus, puta quibus maritus forte antequam vxorem duceret vel dotem acciperet, obligauerat omnia sua bona, etiam futura, ergo & res dotales, quas postea accepturus esset: nam & hæ sunt in bonis mariti. Hoc ergo priuilegium *l. in rebus*, dat tantum in ipsis re- C bus dotalibus, siue vt ait æstimatæ sint, quarum dominium proculdubio transit in maritum, quasi ex causa emptionis, nam æstimatio emptio est, *l. 5. & 10. hoc tit.* siue inæstimatæ sint, quarum etiam rerum ipso iure quodammodo maritus intelligitur esse dominus, vt ostendit *d. l. in rebus.* Et velim adiungi huic sententiæ l. 23. dum ait, *vxorem, quæ vendidit prædium dotale*, dominium prædii acquisiti marito ex dotis causa, non potuisse ei auferri per eam venditionem. Et legitur vulgo in ea *l. 23. nihil interesse mulier illa, quæ prædium vendidit dotale, sponte nec ne contractum venditionis ratum habuerit.* Apagesis illud *ratum*, quod etiam non habent veteres: sed legendum, *sponte, necne habuerit illum contractum venditionis*: nam quid de ratihabitione? Eadem est sententia l. 22. vt res, quas socer dedit in dotem D non possit alienare, nisi eas recuperauerit soluto matrimonio. Et similiter in *l. 17. hoc tit.* socrum, si res quasdam dederit in dotem, deducto sibi vsufructu: etiamsi vsumfructum in eis retinuerit, non habere ius auferendæ proprietatis genero vendendique res easdem. Vbi etiam in *l. 17.* vel teste Accursio, est legendum, *res quarum*, non *quas, vsufructu sibi deducto socrus in dotem dedit.* Est figura quæ dicitur ἀνάκλασις, quam non capessentes, mutarunt *quarum* in *quas*, pessime: Nam est frequens hoc in nostris auctoribus, atque etiam in aliis. Ergo *l. 17. 22. & 23.* ostendunt, dominium rerum dotalium etiam inæstimatarum, quæ proprie dicuntur dotales, acquiri marito. Sed ad rem. In his igitur rebus dotalibus siue sint æstimatæ siue inæstimatæ: In iis, inquam, vindicandis vel persequendis actione hypothecaria, E quasi suis, vel in iis rebus persequendis actione hypothecaria quasi alienis, etsi non suis, sed obligatis sibi: (nam rei suæ pignus non valet) mulier præfertur omnibus creditoribus etiam antiquioribus. Et liberum est ei vel eas res dotales vindicare quasi suas (nam & ipsa intelligitur esse earum domina) vel etiam eas persequi actione hypothecaria, quasi res mariti, non suas: Nam & maritus etiam intelligitur esse earum rerũ dominus. Et promiscue coniuges solent se afficere iis nominibus. Mulier maritum solet vocare dominum, maritus vxorem vocare dominam. Ergo ex eo intelligitur nihil impedire, quin eandem rem mihi liberum sit persequi vt meam, vel vt alienam, sicut rem legatam licet persequi vel actione in rem, vel actione in personam, vel vindicatione, vel condictione, *l. 1. inf. Com. de leg.* id est, licet mihi dicere cum voluero, volo litem meam alienam videri *l. pen. Quand. sit app.* Cui in dubium venit quin similiter mihi liceat dicere, volo rem meam alienam videri, & ita condicere rem non vt meam, nam rei suæ condictio non est, sed vt alienam. Quod notandum est maxime, & addendum ex *d. l. in rebus*, in rebus dotalibus hoc priuilegium dari mulieri persequendi directa in rem actione vel hypothecaria: nisi eas actiones amiserit præscriptione constituti temporis, quod tempus merito lex constituit, vt numeretur ab eo die, quo mulieri competere cœperit persecutio rerum dotalium, id est, a die soluti matrimonii, morte vel diuortio: vel etiam constante matrimonio, ab eo die, quo maritus cœperit labi facultatibus. Quo casu etiam manente matrim. dos repetitur, *l. vbi, hoc tit. l. si constiterit, D. sol. matrim. l. mutus* §. 1. *D. de iu. dot.* Ac postremo addit *l. in rebus*, maxime obseruandum esse ne ficto diuortio detur locus. Nam possunt coniuges simulare diuortium, vel in fraudem stipulatoris, qui excepit sibi dotem, quam dedit pro muliere in casum mortis, non in casum diuortii, vt in *l. 3. inf. de repud.* vel in hoc proposito possent simulare diuortium, vt marito nondum euerso facultatibus, ipsa mulier quasi facto diuortio præcipiat res dotales, & excludat antiquiores creditores mariti. Denique possunt simulare diuortium in fraudem antiquiorum creditorum mariti, vt re ipsa manente matrimonio, factoque diuortio mulier seponat res dotales, summotis creditoribus antiquioribus, & parum aut nihil restet ex residuis bonis mariti. Hæc fraus siue simulatio remouetur in fi. *d. l. in rebus*, non illa quidem quam ibi retulit Accursius. Et hæc quidem de rebus dotalibus, vt in eis mulier habeat priuilegium, & inter personales & inter reales actiones. An idem habeat etiam in aliis bonis mariti? Minime, quod iam ante docui. Non habuit in aliis bonis mariti ante *legem vltimam inf. qui pot. in pign. & constitut. tit. seq.* Non habuit, inquam, in aliis bonis mariti tacitam hypothecam, etsi de ea conuenisset: in ea non habuit nisi priuilegium temporis, per leg. *vbi, huius tit.* Denique in iure pignoris ne ab ipso quidem Iustin. in *lege vbi*, mulier potior habita est antiquiore creditore, aut fisco in *l. 21. inf. de priuil. fisc.* Verum postea Iustinianus *in constit. tituli seq.* quæ est posterior lege *vbi* amplificauit mulierum priuilegia, & dedit mulieribus tacitam hypothecam in aliis omnibus bonis mariti, dotium eis conseruandarum causa: Postremo in *l. vlt. inf. qui pot. in pign. hab.* dedit etiam mulieribus priuilegium in eis hypothecis tacitis persequendis, vt præponerentur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, siue haberent tacitam hypothecam, siue (vt Martinus rectius censuit quam Ioannes) haberent hypothecam: Nam *d. l. vlt.* manifesto doti postponit omnia credita, omnes hypothecas vetustiores generales, vel speciales, tacitas vel expressas. Idque etiam confirmat *Nouella* 97. si ad eam recte animaduertamus. Excipitur tantum dos antiquior. Dos antiquior præfertur nouæ doti, vel etiam prior soluitur, vel vt dicam solicitius: mortuo patre meo ego prius soluam dotem matri meæ, quam nouercæ: nam inter duas dotes seruatur ratio temporis: nec dos posterior potest præferri priori vt *d. l. vlt. & Nouella* 91. Puto priuilegium idem in hypothecis, quod dat lex *vltima, inf. qui pot in pign.* non esse dandum etiam sponsæ, quæ dedit dotem & non nupsit, vel minori duodecim annis: sed priuilegium tantum personalis actionis, vt dixi: nam iis etiam personis dari tacitam hypothecam, & in ea priuilegium nusquam reperias. Et priuilegia huius sunt naturæ, vt non possint sine lege extendi vel ampliari. Et male contra opinabatur Ioannes hac in re, vt ostendit

dit gloss. supradicta *l. quæsitum* §. *vlt.* Constat etiam non A mulieres non vti hoc priuilegio hypothecæ in persequendo lucro nuptiali, quod capiunt ex donatione propter nuptias mariti. Fauet Iustin. vxori ne versetur in damno, nec dos ei pereat, non etiam vt lucrum faciat, quod ostendit *d. l. vlt. & Nou.* 61. & 109. Puto tamen ex *l. vlt. inf. de pact. conuen.* dari mulieri tacitam hypothecam, non tantum dotis nomine, sed etiam nomine παραφερνῶν, id est, nomine eorum bonorum, quæ in mariti domum intulit extra dotem, quæ dicuntur parapherna, & ἐξώπροικα, & a Gallis peculium, vt ait *l. si ego* §. *dotis*, *D. de iu. dot.* Quod Gallicum nomen retinent adhuc hodie Vascones, *pecoule*. Et Gallicum nomen vsurpauere Romani pro suo, vocantes peculium, scilicet parapherna in *l. marit. ad l. Falcid. l. donationes* §. *species*, *D. de donation.* pro bonis paraphernis, in quibus B maritus nihil prorsus habet iuris, vt *l. 8. inf. de pact. conuent.* quæ etiam loquitur de paraphernis bonis, pro iis etiam bonis lex dat tacitam hypothecam, & in ea etiam priuilegium, quod debuerit maritus in eis rebus seruandis, proinde atque in dote, quæ est etiam res vxoria, omnem adhibere diligentiam.

Ad Legem vltimam.

Cum quidam dotes pro mulieribus dabant, siue matres, siue alij cognati, siue extranei: recte quidem eas mariti sine monumentorum obseruatione suscipiebant. Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur & huiusmodi fortuitus casus euenisset: ipsa mulier, vtpote a se non facta donatione, propter hoc quod monumēta deerant, necessitatem habebat actiones in huiusmodi casu ad eum, qui dotem dedit, C *per cessionē transferre, vel ipsas res reddere: & ita inueniebatur forsitan post prolixa matrimonij annorum curricula, & liberos forte editos, infelix mulier indotata. Sācimus itaque in omnibus huiusmodi casibus nullis monumentis rem indigere, sed in omni persona ratas esse huiusmodi donationes: & mulierē ipsam dotem suā habere, (cum fortuitus casus hoc lucrum ei addiderit) & firmiter hoc apud eā permanere, nisi ipse, qui ab initio dotem dedit, sibi dari in huiusmodi casum stipulatus sit. Tunc enim cū neque ab initio suspicio aliqua liberorum concurrit, sed sibi omnem rem illi, dotē dedit, pepigerit huiusmodi tractatus habere locum non potest. atqui in aliis omnibus casibus, in quibus ipse non est stipulatus, tristitiæ suæ mulier hoc proprium habeat solatiū per actionem dotis.* §. 1. *Simili quoque modo, si quis extraneorū,* D *id est, qui eum, pro quo dat, non in potestate habeat, pro alio ante nuptias donationem nupturæ mulieri dederit, & necessaria monumenta adhibuerit: cum excedat summam legitimam donatio, vel non minor materfamilias nuptura sit: non solum ad eam, cui ante nuptias donatio datur, monumenta suam adhibeant firmitatem, sed etiam ad illum, pro quo dedit; vt si lucrū ei ex dotalibus pactis accesserit, hoc non cedat donatori, sed in suum lucrum maritus hoc conuertat, firmumque & irreuocabile habeat: nisi donator & hoc sibi reddi huiusmodi casu fuerit stipulatus, ne & in præfato casu simile anteriori vitium oriatur. Sin autem minor quantitas sit, vel ita res gesta sit, vt in monumentorum ex omni parte nulla sit vtilitas: tunc & donatio ad vtramque personā valeat, & maritus causam lucretur: nisi & hic donator eam sibi stipulatus sit.* 2. §. *Præterea sancimus, si quis in dotem,* E *vel prædia, vel certum reditum, vel ædes, vel panes ciuiles spoponderit, vel promiserit: si ex tēpore matrimonij biennium transactum sit, illico redituum vel pensionum, nec non panis ciuilis quæstum eum præstare, etiamsi non fuerint adhuc res principales traditæ. Et si tota dos in auro sit, itidē post biennium vsuras vsque ad tertiam partem cētesimæ præstari. sin autem aliæ res præter immobiles vel aurum fuerint in dotē datæ siue in argēto, siue in muliebribus ornamentis, siue in veste, siue in aliis quibuscumque: siquidē æstimatæ fuerint, simili modo post biennium & earum vsuras ex tertia parte centesimæ currere, æstimatione earum (quia & hoc apertius* A *declarari) oportet ea intelligenda, quæ pro singulis speciebus facta est, vel pro vno quoque genere dotalium specierum, id est, pro argento, vel ornamentis, vel veste, vel aliis speciebus, & non esse expectandam post singulas æstimationes vnam coadunationem totius calculi: quod satis scrupulosum & per nimiam subtilitatem perniciosum est. Sin autem minime res mobiles fuerint æstimatæ: ea post biennium obseruari, quæ leges post litem contestatam pro omnibus huiusmodi rebus definiunt. Sin vero res permixtæ fuerint, & partim in auro, partim in aliis rebus mobilibus vel immobilibus, pro iam facta diuisione omnia procedere: licentia minime deneganda marito, quando voluerit, dotem petere. Nec is qui debet, putet sibi licentiam esse, reditus vel pensiones, vel vsuras, vel alias accessiones soluenti, dotis solutionem protelare, sed siue ante biennium, siue postea voluerit, dotem pars mariti petere queat, & secundum leges eam exigere.* B

Interpretanda est nobis lex vltima tituli duodecimi, antequam accedamus ad tit. 13. Continet enim multa noua & perutilia & quæ vsui forent tit. 13. nec possū eam l. sine pernicie prætermittere. Tribonianus sane fuit maximus I. C. hæc laus ei eripi non potest, idq; ostendunt omnes leges, quæ ab eo editæ sunt sub nomine Iustiniani. Nam plenissimæ sunt eruditionis, & prudentiæ legitimæ, quamobrem sum omnibus auctor, vt omnes Iustiniani constitutiones perlegant, diligenterque perscrutentur. Cum quærit de insinuandis donationibus, separandæ sunt donationes propter nuptias a dotibus, quam veteres I. C. etiam dotes numerarint inter donationes, vt ait *l. 1.* §. *vlt. sup. de don. ante nupt.* Nam donationes propter nuptias si excedant 500. aureos, non C valent sine actorum siue monumentorum publicorum insinuatione & scriptura, nisi fiant mulieribus minoribus 25. annorum, in *l. 17. & l. vlt.* §. *simili. sup. de don. ante nupt. l. sancimus* §. *alias inf. de donat. ante nuptias.* & in hac *l. vlt.* §. *simili, & in l. 3. & vlt. C. Theod. de sponsf.* Dotes autem non insinuantur, licet excedant summam 500. aureorum, quia contractus potius sunt, quam donationes, nempe pensationes onerum matrimonii, atque ideo dicuntur repensatrices a Martiano Capella, id est, dotes. *Num*, inquit, *repensatrix data?* id est, dos. Et hoc ius semper obtinuit vt dotes non insinuarentur actis siue gestis publicis. Et ideo si extraneus (quo nomine & in hac *l. vlt.* & in *tit. seq.* §. *extraneum*, significatur quicunque mulierem in potestate non habet) si, inquam, extraneus pro muliere D dotem det, eam maritus accipit recte sine insinuatione & proscriptione publica. Sed si extraneo proroganti dotem pro muliere animus fuerit donandi mulieri (quem vtique videtur habuisse, si eam dotem sibi non receperit in casum morte soluti matrimonii, id est, si eam non exceperit sibi) tunc quia ex parte mulieris donatio est, sane ea donatio, si excedat summam, 500. aureorum constitutione definitam, videtur non valere, nisi insinuata fuerit. Et ideo secundum hoc ius, quod olim obtinuit, si mulier, pro qua extraneus dotem dedit, stipulata sit a marito post mortem eius dotem sibi reddi, quæ stipulatio valet, quia dotem dedisse videtur mulier, quam alius pro ea dedit, id est, siue ea dederit siue alius pro ea, *l. ex morte* §. *vlt. inf. de pact. conuent.* & deinde moriatur maritus, soluaturque matrimonium morte mariti, & is, qui dedit do- E tem pro muliere, contendat inutilem esse donationem, quam fecit mulieri dotandæ eius gratia, quod scilicet non fuerit insinuata; sane necesse erat mulieri ob defectum insinuationis, quasi donatione irrita, donatori cedere actionibus suis, donatori cedere repetitionem dotis, quæ ei competit aduersus heredes mariti, vel necesse erat eidem reddere res dotales, si mulier egisset ex stipulatu (nec eum agentem heredes mariti repellere possunt) & recuperasset res dotales. Nam vbi non interuenit insinuatio, donator potest repetere res donatas, vt significat *l. vlt. inf. de donat.* vel etiam

vindicare, vt indicat *l. 38. quæ est Græca, sup. de episc. & cler.* A Et hæc quidem ita se habent in casu proposito, vt licet dos, quæ datur marito, non indigeat insinuatione: donatio tamen quæ fit mulieri dotis constituendæ causa, non valeat sine insinuatione. Denique vt possit reuocari a donatore vel cōdictione vel vindicatione. Verum hæc constitutio Iustiniani abrogat ius vetus, & constituit specialiter, vt donatio ab extraneo facta mulieri dotis constituendæ gratia, si eam sibi extraneus non receperit, ac proinde si eam plane donarit mulieri, non indigeat insinuatione. Denique ex hac lege vltima donatio facta mulieri dotis constituendæ causa non insinuatur, licet excedat summam legitimam. *Glossa in l. pen. §. de don.* colligit septem casus, quibus donationes non desiderent insinuationem. iis addendus est octauus *ex hac lege vlt.* Dos igitur, quam extraneus dedit pro muliere, habens animum donandi mulieri, mortuo marito repetitur a muliere, & permanet apud eam, nec potest vllo B modo reuocari a donatore: licet non interuenerit insinuatio. Permanet etiam apud mulierem lucrum, quod ei obtigit ex morte mariti in donatione propter nuptias. Denique mulier lucratur *casum*, vt lex loquitur, & *casum* vocat simpliciter *casum dotis*, id est, dotem quæ cadit reditque ad mulierem cadente marito, & non tantum casum dotis vt in *Nouella* 123. sed etiam casum lucri ex donatione propter nuptias, quod secundum pacta conuenta instrumento dotali mulieri contingit in casum mortis mariti. Et ita e contrario dicimus casum donationis propter nuptias, & lucri dotalis, quod obuenit viro secundum pacta conuenta, mortua in matrimonio vxore. Et omnino posteriores videntur appellasse C casum omnem mortis causa capionem, id est, quodcumque ex causa mortis alterius nobis obuenit. Et ita dicimus casum ἀπαιδίας vel casum mortis liberorum in *Nouella* 22. & 68. lucrum, quod ad parentem redit ex dote vel ex donatione propter nuptias ex morte filiorum. Et similiter dicimus casum militiæ in *Nouella* 53. & 97. Gallice, *le vacant.* Cum quis miles, id est, officialis, moritur, *le vacant est à ses heritiers*, id est, lucrum quod datur vice solatii mortuo milite palatino debetur eius heredibus, idque lucrum appellatur casus militiæ. Et Græci quoque legitimam portionem solent appellare casum, cum definiunt casum hoc modo, vt sit μέρος νομικὸν, id est, *legitima portio*, & μέρος τέταρτον, id est, *quarta pars.* Igitur casus nomen mortem significat, & lucrum ex morte alterius, triste lucrum. Et ita in his locis huius D legis vltimæ est legendum: *Cum autem mulier redhibitionem casus stipulabatur*, id est redditionem dotis & lucri nuptialis moriente marito. Et paulo post ita legendū est: *Actiones huiusmodi casus, actiones adpersequendum casum.* Et paulo post legendum: *Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus.* Et in sequentibus ita legendum est: *Sibi dari huiusmodi casum stipulatus sit*, non *in huiusmodi casu.* Et in §. simili similiter legendum: *Nisi donator & hoc sibi reddi huiusmodi casum*, non *casu stipulatus sit.* Et in fine eiusdem §. *& maritus casum lucretur.* Ergo secundum ea quæ posuimus, etiamsi ea donatio dotis facta mulieri ab extraneo actis non fuerit insinuata, reuocari non potest, nisi donator sibi eam dotem, quam dedit pro muliere, receperit stipulando, vel E pacifcendo eam sibi reddi soluto matrimonio, quæ dicitur dos receptitia, *l. mortis §. sed & dos, D. de donat. caus. mort.* & in lib. sing. reg. tit. *de dot. Vlp.* (nam hodie constat fragmenta, quę dicuntur Vlpiani, esse librum singularem) Formula huius stipulationis erat, *dotem reddi.* Et inde ratio dubitandi ad *l. 8. huius tit.* Extraneus dando dotem pro muliere, eamque sibi excipiendo in casum soluti matrimonii, non est vsus huius formulæ verbis: *dotem sibi reddi*: sed dixit, *vt quæ dedisset in dotem pro muliere, se sequerentur, vel ad se pertinerent.* An ideo minus vtilis est stipulatio, quod formula stipulationis non sit obseruata? Minime, quoniam sensum potius spectamus, quam verba in contractibus. qui ita hoc vel illo modo stipulando vel etiam paciscendo initio dandæ dotis ex continenti, ac similiter stipulando ex continenti, quoniam ex post facto nihil ageret: Ita ergo dicendum est, qui ita sibi recepit dotem, non videtur voluisse donare. Et notandum est hac in re esse differentiam inter extraneum & patrem. Nam extraneus sibi recipit dotem stipulando vel paciscendo ex continenti initio dandæ dotis, *l. ob res §. 1. de pact. dot. l. 24. hoc tit.* Pater autem dotem, quam dat pro filia, sibi recipit stipulando. Nam paciscendo, nisi adhibeat stipulationem, nihil agit. Hæc differentia proponitur in *l. auia, hoc tit.* Et ratio differentiæ hæc est: quia cum patris officium sit filiæ dotem constituere & conseruare, *l. vlt. sup. de dotis promiss.* non quolibet pacto potest eam in se transferre, etiamsi fiat ex continenti. Stipulatione opus est facta similiter ex continenti. & hæc quidem de dote. In §. *simili*, idem ostenditur pene obseruari in donatione propter nuptias, quam scilicet pro viro extraneus offert mulieri maiori 25. annor. si excedat 500. aureos, nam ea insinuanda est donatio. Sed insinuatio, quæ interuenit, proficit non tantum mulieri, sed etiam viro, vt lucra conuenta ferat ex dote mortua vxore, & repetat donationem propter nuptias cum eadem exceptione, nisi extraneus eam sibi receperit, quæ etiā potest dici donatio propter nuptias receptitia. Additur etiam hæc exceptio, quia extraneus qui recipit. i. qui excipit sibi donationem propter nuptias, quam offert pro marito: plane ostendit, scilicet viro res in eam donationem collatas, donatas nolle. Quod si ea donatio propter nuptias non indigeat insinuatione, vt si nōn excedat supradictā summam: vel si facta sit mulieri minori 25. annorū, donatio valet tam ex parte viri quam ex parte vxoris, si modo extraneus eam sibi non receperit, vt scilicet vel maritus vel vxor lucretur casum, quoniā vterque contulit, quod debuit: mulier dotem, vir donationem propter nuptias, quam pro eo vltro & benigne contulit in mulierem extraneus. Et hæc est sententia §. *simili.* Deinde in §. *præterea huius l.* corrigit etiā Iustin. ius vetus fauore dotium. Iure veteri dotis promissæ per stipulationem, vel per pollicitationem vsuræ non debentur citra stipulationem, *l. 2. sup. de dot. promiss.* quoniam dos quæ promissa est, vt dixi, stricto iudicio debetur & in strictis iudiciis vsuræ non veniunt sine stipulatione, in *l. 3. sup. de vsur. l. Titius, ff. de præscrip. verb. l. qui negotia, ff. mand.* Neque enim vt actio ex stipulatu, quæ datur mulieri repetenti dotem soluto matrimonio, hodie est bonæ fidei *ex tit. seq.* ita etiam actio ex stipulatu quæ datur mariti petenti dotem promissam, est bonæ fidei. Non est hæc etiam bonæ fidei, sed stricta. Quod tamen Accurs. *in gl. l. de diuis. D. sol. matr.* non inspexit. Cum ergo sit stricta secundum regulam iuris, in eam non veniunt vsuræ dotis citra stipulationem. Hoc mutat Iust. in §. *præterea.* Et vult vt vsurę dotis promissæ marito debeantur ipso iure sine interpellatione, quasi mora fiat in rē post cessationem biennii, id est, si post dotem promissam, & nuptias secutas in ea soluenda promissor traxerit biennium. Et ita euenit in casu *l. 3. §. nonnumquam, D. de vsur.* vt in strictis iudiciis fauore pupillaris ætatis ipso iure veniant vsuræ. Sed hac in re vtitur Iustinianus accuratissima distinctione rerum quę promittuntur in dotem. distinctio hæc est: aut res quæ promittuntur in dotem mobiles sunt vt aurum & argentum, aut res immobiles. Rebus immobilibus adnumerat panes ciuiles. Nam vt supra dixi in *l. hac edictali, de sec. nupt.* ædibus debebantur panes ciuiles, aut possessoribus propter ædes quas habitabant, non personis. Basil. addunt in hoc §. etiam mancipia rustica, vt *d. §. his illud, & l. iubemus, sup. de sacr. eccles.* Nam & hæc mancipia pars sunt rerum immobilium, id est, fundorum. Et quod valde notandum est hic §. etiam immobilibus adnumerat reditus certos, atque pensiones quæ ex rebus immobilibus rediguntur. Et

Et hoc iure vtimur: *Toute rente est immeuble, soit qu'elle soit fonciere, ou constituée à prix d'argent. rentes fonciere, c'est* cum traditur fundus ea lege, vt pensites mihi certos reditus quotannis: *constituee à prix d'argent*, cum dato certo pretio, ego in toto fundo mihi comparo certũ reditum. Et hic reditus potest redimi a domino fũdi, *non pas vne rente fonciere.* Vterque tamen reditus, etiam ille, qui potest redimi antequam redimatur, adcensetur rebus immobilibus. Nec est alius locus in iure, qui dicat id præter hũc §. Ergo summa de rebus immobilibus est: & post bienniũ rerum immobilium omnes fructus, quęstus marito debentur, cui non est soluta dos intra biennium. Quod si aurum datum sit in dotem, vt huius auri indistincte, siue æstimatum fuerit, siue non, veluti si vasa aurea data sint, vt post biennium huius auri debeantur marito vsurę trientes, quæ *est au denier vingt & cinq*. Sed B si in dotem datæ sint res mobiles, vel argentum, non aurum, aut ornamenta muliebria, vel vestes, vt Strabo scribit de moribus Massiliensibus, maximam dotem fuisse aureos centum, & in vestimenta aureos quinque, & in mundũ muliebrem quinque. Atque ita etiam vestes, quę dabantur mulieri, & ornamenta muliebria, *ioyaux* computabantur in dotem. Videndum autẽ est, vtrum hæ res æstimatæ fuerint, an non. Si enim æstimentur, æstimãdæ sunt singulæ separatim, & æstimationis cuiusque post biennium sunt marito soluendæ vsurę trientes, numerato biennio a die æstimationis cuiusque rei. Plerunque multis diebus opus est in ponenda æstimatione rerum dotalium, in vocandis arbitris & æstimatoribus, in perpendendis pretiis cuiusque rei. Ideo vsuræ trientes currunt a die æstimationis cuiusque rei, non a die summæ summarum, ne scilicet tarditas consummationis sum- C mæ summarum vt Plautus loquitur, sit fraudi mariti, quod prudenter Iustinianus constituit in hac lege. Sed si sint inæstimatæ, non admittit earum vsuras; sed vult seruari ius commune, vt post litem contestatam veniant fructus rerum inæstimatarum tantum, & omnis causa, non etiam vsuræ, vt *l. videamus §. si actionem, ff. de vsur. l. 8. D. de re iud.* Etiam notandum est valde, quod est in extremo huius legis, nec repetitur alibi, non repelli creditorem petentem sortem, si paratus sit debitor soluere vsuras, reditus vel pensiones annuas, non auditur scilicet debitor, si dicat, ne me cogas soluere sortem, perseuerantem in vsuris persoluendis, nec detrectantem earum solutionem. Nam cum volet creditor, suum exiget: nec excludetur oblatione vsurarum.

AD TITVLVM XIII.

De rei vxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa, & de natura dotibus præstita.

Ad L. I.

Rem in præsenti non minimam aggredimur, sed in omni pene corpore iuris effusam, tam super rei vxoriæ actione quam ex stipulatu; earum communiones & differentias resecantes, & in vnum tramitem ex stipulatu actio- E nis totum rei vxoriæ ius, quod dignum esse valere censemus, concludentes. Rei vxoriæ itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, siue scripta fuerit stipulatio siue non, vt intelligatur reipsa stipulatio esse subsecuta. Eodemque modo, etsi inutiliter facta est stipulatio, adiuuari enim eam magis quam euanescere oportet. Si enim cum vna in instrumento stipulatio valida inueniatur, aliis etiam inutilibus, suam noscitur præstare fortitudinem: quare non ex nostra lege huiusmodi stipulationibus robur accedat legitimum? Et enim consentaneum nobis, qui censemus vbi stipulatio suprascripta non est, Cod.

A *intelligi eam fuisse adhibitam. & multo magis etiamsi inutilis, validam eam effici.*



Hic titulus est etiam de iure dotium, ac pręcipue de repetitione dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio: non de repetitione donationis propter nuptias, quod miror tentasse Accurs. Fauorabilior est causa dotis. Et verũ quidem est quod ait lex *in multis 9. ff. de stat. hom.* in multis articulis iuris, deteriorem esse conditionem fœminarũ quam masculorum: sed in causa dotium certe melior est conditio fœminarum quam masculorum. Nam quæ data sunt dotibus, non etiam simul omnia cõcessa sunt donationibus propter nuptias. Repetendæ igitur doti certæ (incerta enim nulla est dos, *l. 1. sup. de dot. pro.*) & constitutæ, olim erant proditæ duę actiones: vt non male Iustin. *l. vlt. sup. tit. prox.* pluratiuo numero dixerit actiones, (nam & casus pluratiuus dualem complectitur) cum scilicet nondum ex duabus actionibus fecisset vnam, quod fecit *in hoc tit. 13.* Et alia quidem erat actio rei vxoriæ, quæ erat actio bonæ fidei: alia actio ex stipulatu ad repetendam dotem, quæ erat stricta, videlicet si, vt fieri plerunque solebat, in danda dote interuenisset stipulatio dotem reddi. Melior certe est, & vtilior & commodior actori actio stricta, quam bonæ fidei, licet aliud sentiat *gl. in l. si cui legetur §. vlt. ff. de leg. 1.* tum quod in iudiciis bonæ fidei libera sit potestas iudicis statuendi de re, qua de agitur §. *in bonæ fidei, Instit. de action.* atque adeo periculosum sit suam rem committere arbitrio iudicis. In strictis autem iudiciis formula iudicem constringit. Tum etiam, quod si actio stricta melior non esset actori, contractus bonæ fidei, vt fit, non concluderentur, non confirmarentur, non sepirentur verbis stipulationis. Ergo melior est actio stricta actori, quam bonæ fidei. Et ob id olim erat frequentior stipulatio, dotem reddi. Actio rei vxoriæ etiam dicitur arbitrium rei vxoriæ, vt arbitrium tutelæ, arbitrium pro socio, quod eius iudicii potestas omnis sit in arbitro siue iudice dotis reciperandæ, & hic modo iudex dicitur, modo arbiter, *l. Titia, ff. de sol. l. 1. ff. de pact. dot. l. sin autem §. pen. D. de rei vindic.* Boetius in Topica Ciceronis, Iudicium rei vxoriæ esse ait, quoties post diuortium de dote contentio est. Recte. Nihil enim aliud est res vxoria, quam dos, quæ tametsi in bonis mariti sit, tamen mulieris est, *l. quamuis, D. de iur. dot.* Apud Sudam ita legitur ῥευσόεια, D quod videtur esse res vxoria, apud Romanos, inquit inter virum & vxorem successio est vel hereditas mutua: ῥευσόεια ἡ μετ' ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀλληλοκληρονομία. Quid est ἀλληλοκληρονομία? est, conuentio mutuæ successionis, cum duo inter se pacifcuntur, vt qui superuixerit alteri heres existat, quæ conuentio reprobatur legibus, quod heres fiat testamento, non pacto, nisi inter commilitones, in ipso procinctu, *l. licet, sup. de pact. l. 4. ¶. de inutilib. stipul.* quas leges duas *Harmenop.* posuit sub tit. περὶ ἀλληλοκληρονομίας, id est, de mutua successione. Sed vt dixi, huic rei siue conuentioni mutuæ successionis non conuenit rei vxoriæ nomen. Vel ἀλληλοκληρονομία est cum vir & vxor se in eisdem tabulis mutuo heredes scribunt, quod & alii quilibet iure efficere possunt, ducti affectione mutua, *l. captatoria, D. de hered. instit. & Nouel. Valent. de test.* Sed hoc quoque non significat rei vxoriæ appellatio. Nec puto latine vno nomine hanc vel illam ἀλληλοκληρονομίαν significari posse. Quamobrem vt Græci solent quæcunque latine efferunt, efferre deprauate: ita existimo Sudam deprauato illo nomine ῥευσόεια significasse ea quæ dicuntur repotia, quo verbo significatur dies post nuptias, quo se vir & vxor mutuis conuiuiis afficiunt, & se inuicẽ inuitant ad epulas vna cum cognatis, & quasi reficiunt compotatione. Nã & in glossis veterũ ea repotia inuenio corrupte dici, reperidia hoc modo: reperidia, ἡ τρίτη τῶν γάμων πο-

δοςροφία .i. *tertia a nuptiis comessatio*. Itaq; vere affirmabo apud Sudam esse legendum, qui voluit interpretari, quæ essent repotia, non ἀλληλοκληρεμία, sed ἀλληλοκλητώεια: Inuitationes enim ad cœnam Græci vocant κλητώεια, vt apud Cedrinum sæpe, & duobus locis corrupte κλητόεια pro κλητώεια. Et hoc valde confirmat Acron integer in Horat. his verbis: *Repotia*, inquit, *dicuntur dies qui sequuntur nuptias, quoniam mutuis conuiuiis sese frequenter inuitant quæ Græce ποδοςρόφια, aut mutuæ inuitationes dicuntur*. Sed pergamus. Cum duæ propositæ essent actiones dotis recuperandæ gratia post dissolutionem matrimonii, rei vxoriæ & ex stipulatu, sane multæ & variæ inter eas actiones erant differentiæ, & longa ex earum inter se communitate aut differentia disputatio, quæ diffusa erat in corpore iuris, vt ait Iustinian. initio huius *tit.* Corpus iuris vocans ius publicum, plebiscita, leges, constitutiones, responsa prudentium, vt Liuius libro tertio, *adiectis duabus tabulis absolui posse velut corpus omnis Romani iuris*. Et Leo in Nouell 1. vocat τῶν νόμων σῶμα, corpus iuris, legum corpus, vt Homeri corpus in *l. librorum 52. §. si Homeri, ff. de legat. 3. il faut dire, vn corps de droit, non pas vn cours*. Iustinianus autem nos leuat hac constitutione onere disputandi de communitate vel differentia actionum inter se, sublata actione rei vxoriæ, & retenta sola actione ex stipulatu de dote recuperanda, in eamque translatis iis, quæ erant in actione rei vxoriæ accommodatiora dotibus & propriora, eaque ipsa actione ex stipulatu, ad dotem repetendam scilicet, tantummodo bonæ fidei effecta, non quod melior sit actio bonæ fidei, quam stricta: quin potius, quod tum plenior esset actio ex stipulatu de dotibus cum erat stricta, vt in §. *fuerat, Institut. de actio.* & in *hoc tit.* eam vt erat plenior magis retinendam esse censuit, atque eo amplius augendam titulo iureque bonæ fidei actionis, confusa vtriusque actionis potestate vtique meliore, & dotibus seruandis accommodatiore in actionem vnam. Ac præterea vult statim ab initio huius constitutionis Iustinianus, semper dotem repeti actione ex stipulatu soluto matrimonio, licet nulla stipulatio interuenerit, quasi ex stipulatione tacita. Sicut in aliis quibusdam causis legimus induci tacitas stipulationes, & omissa stipulatione agi tantum ex stipulatu vtili, *l. his verbis ff. de adopt. l. pecuniæ*, D. *de adim. leg.* Igitur, etiamsi non interuenerit stipulatio *dotem reddi*, intelligitur interuenisse. Vnde consequens est, vt si stipulatio interuenerit, nihil intersit iure legitimo, & solemniter interposita sit necne, vtilis sit necne: Nam qui potest non interpositam stipulationem habere pro interposita, potest & inutiliter interpositam corroborare, vt argumentatur Iustinianus, & habere pro vtili. eiusdem est, quod factum non est, habere pro facto, & quod factum est inutiliter, quod est simile non facto, habere pro facto vtili. Argumentum est a comparatione, a pari non a maiori, vt gloss. vult. & laudo, quod Azo notauit in hunc locum: *Nota*, inquit, *argumentum a similitudine vel inductione, quo plurimum vsus est Socrates in suis sermonibus, vt est in Topicis Marci Tullij*. Neque vero hoc nouum est, vt subueniatur stipulationi inutili per stipulationem, cum & in conuentionibus, vt ait, si in vno instrumento duæ sint vel plures stipulationes, & ex eis alia sit vtilis, alia inutilis, tantum absit, vt vitietur vtilis per inutilem, *l. 1. §. pen. ff. de verb. obligat.* vt per vtilem potius confirmetur inutilis quod ex veterib. Iurisc͂osultis haud dubie sumpto exe͂plo. Hic nobis Græci exposuere recte: Exemplum est eiusmodi: Post mortem meam si stipuler mihi dari: inutilis est stipulatio iure veteri, §. *post mortem, Instit. de inutil. stipul.* Aliud dicemus, si quis ita sit stipulatus: Promittis post bienniu͂ mihi dari, siue vixero, siue mortuus fuero? Ex casu vtili, si vixero, succurritur casui inutili, si mortuus fuero. Idcirco etiam post mortem finito biennio valebit stipulatio, quod potuerit etiam

A ab ipso stipulatore incipere, si vixisset completo biennio. Sic igitur in hac specie pars stipulationis vtilis sustinet partem alteram, quæ per se fuisset inutilis. Idem euenit in mandato tua gratia, si quid tibi tua gratia, *à vostre profit*, mando, non nascitur mandati obligatio §. *tua, Inst. de mand.* sed si tua & mea gratia, vel tua & aliena, omnimodo valet mandatum, & altera pars mandati opem fert alteri, *l. 2.* D. *mand.* Et ad eundem modum Seneca libr. 6. de benef. *multum interest*, inquit, *beneficium det quis sua gratia, an nostra, an sua & nostra*. Idem etiam euenit in auctoritate, quæ præstatur pupillis negotium gerentibus, *l. 1. §. 1.* D. *quod fal. tut. auct.* Si falso tutore auctore gestum sit negotiu͂ cum pupillo, non valet quod gestum est: sed is, qui contraxit cum pupillo, habet aduersus falsum tutorem restitutione͂ in in-B tegrum, ex illo edicto, quod falso tutore auctore gestum sit, siue actionem restitutoriā in id, quod interest, quod si quid gestum sit, adhibito tam falso, quam vero tutore, valet quod gestum est. nec ex eo edicto tenetur falsus tutor, propter verum tutorem falsus tutor seruatur indemnis, *d. l. 1. §. 1.* D. *quod fals. tut.* Et ita hic locus huius constitutionis explicandus est. Apagesis glossa in illu͂ locum, *fortitudinem* quæ vt obiter hoc admoneam, male efficit inter cætera ex *l. cum quidam* D. *de his quibus vt indig.* inutile testamentum vitiare vtile, quod est falsissimu͂. Prius testamentum non rumpitur posteriore, nisi posterius sit vtile & iure perfectum, §. *posteriore, Institut. quib. modis testam. infirm.* Neque *d. l. cum quidam* hoc probat, inutile testamentum vitiare vtile. Nam species hæc est,
C eum qui fecerat iustum testamentu͂, deinde aliud fecisse, inque eo scripsisse heredes incapaces quod notand. Igitur posterius non alio laborabat vitio, quam quod in eo erant scripti heredes incapaces, cum quibus non erat testamenti factio. Lex non dicit posterius testamentum, quod est inutile, vitiare prius. Manet enim prius firmu͂ & incorruptum, sed fiscus primis heredibus aufert hereditatem, quasi indignis, quando habuerunt suprema͂ voluntatem defuncti, quodque defunctus videatur eos existimasse indignos, qui eis prætulit incapaces. Non cuilibet heredi habenti supremam voluntatem defuncti, aufertur hereditas, quasi indigno: sed ei tantum, cui defunctus, quantum in se fuit prætulit incapacem. Idem Accursius male tentat ex *l. 1. ff. de adim. leg.* vtile
D legatum non confirmare inutilem ademptionem. Quod fatebor quidem, & vtcumque dicam colligi ex *d. l. 1.* dum ait, *eum qui legauit actum*, quo nomine continet iter & via frustra adimere iter, cum actus non possit esse sine itinere, nec inuenietur actus ademptus. Idex ea specie vtcumque colligo, quod proponit Accurs. & interim fateor legati dationem non confirmare ademptionem. Hoc enim natura abhorret, vt datio confirmet, quod dationem euertit. Datio legati vel repetitio confirmat dationem legati inutilem, *l. legata inutiliter, ff. de leg. 1. & l. leg. inutil. ff. de adim. leg.* Datio vt corroboret ademptionem, quæ dationi contraria est, non patitur.

E

Ad §. 1. Et vt plenius.

§. 1. *Et vt plenius dotibus subueniatur, quodammodo in administratione pupillarium rerum, & in aliis multis iuris articulis tacitas hypothecas inesse accipimus: ita & in huiusmodi actione damus ex vtroque latere hypothecam, siue ex parte mariti pro restitutione dotis, siue ex parte mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus euictis, siue ipsæ principales personæ dotes dederint, vel promiserint, vel susceperint, siue aliæ pro his personis & dos siue aduentitia, siue profectitia sit, secundum veterem iuris nominationem. Ita enim & imperitia hominu͂ & rusticitas nihil eis poterit afferre præiudicij: cum nos illis ignorantibus & nescientibus in hoc casu nostra induxerimus prouidentiam. Sicut n. & stipulationes & hypothecæ inesse dotibus intelliguntur, & inutiles stipulationes emendantur: sic & in posterum causa inuenietur valida & perfecta,*

perfecta, quasi omnibus dotalibus instrumentis a prudentissimis viris confectis. Et nemo putet, nos hoc sancire in his tantummodo dotibus, quæ instrumentis receptæ sunt. Nihil enim prohibet, & si sine scriptis dos vel detur, vel promittatur, vel suscipiatur: simili modo intelligi factam stipulationem & hypothecam ex vtraque parte, quasi fuerit scripta. Et natura quidem ex stipulatu actionis hæc intelligatur, re vxoria in posterum cessante.

§. 2. *Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam, & non ex bona fide descendere, tamen quia nouam naturam de dote stipulatio sibi inuenit: accommodetur ei natura rei vxoriæ, & bonæ fidei beneficium, & omnes quidem euentus, quos dos ex stipulatu habet, maneat pro sua natura exercens. Si quid autem optimum ex rei vxoriæ actione inuenimus, hoc in præsenti specialiter ei addimus: vt sit & noua ista ex stipulatu, quam composuimus, & non propria tantum, sed etiam veteris actionis pulchritudine decorata.*

IN hoc §. Iustinian dum satis non habet dotium mulieribus seruandarum causa induxisse tacitam stipulationem: initio huius constitutionis etiam inducit tacitam hypothecam, vt scilicet, pro dote mulieris profectitia vel aduentitia, nihil refert (hanc dat extraneus pro muliere, id est aduentitiam: illam parens, in cuius potestate est puella) vt inquam pro omni dote bona omnia mariti sint tacito iure pignori obligata, eaque vt persequi possit actione hypothecaria, si soluto matrimonio dos ei non reddatur, restituatur. recte, vt in *l. vlt. inf. qui pot. in pign.* Et hoc nouum est minus quam illud de tacita stipulatione: Nam in multis aliis casibus iusta præsumptione, vt ait *l. vlt. inf. in quibus caus. pig. tac. contr.* κατὰ πρόληψιν. introductæ sunt legibus tacitæ hypothecæ, vt in bonis tutoris fauore pupillorum, quorum bona administrauit, vel administrare debuit, *l. pro officio,* ℸ. *de adm. tut. l. 1. sup. rem al. ger. non interd. re. suar.* Et in bonis parentis fauore liberorum prioris matrimonii, quibus seruanda sunt bona, quæ ad parentem superstitem peruenerunt a defuncto parente, *l. hac edictali, §. pen. sup. de sec. nupt.* Et in bonis testatoris legatorum aut fideicommissorũ nomine, fauore vltimæ voluntatis, *l. 1.* ℸ. *comm. de leg.* Et in contractibus argentariorũ, ex edicto Iustin. 7. & in plerisque aliis casibus, qui proponuntur in suprad. tit. in *quib. caus. pig. vel hypoth. tac. contrah. ff. & C.* Et hanc igitur tacitam hypothecam pro dotibus Iustin. dedit, vt ipse ait, etiam inuitis mulieribus, & ignorantibus, sicut iure ciuili constitutum est, inuiti & ignorantis meliorẽ conditionem fieri posse, veluti soluendo pro alio, vel fideiubendo, *l. soluere, ff. de solut. l. 30. ff. de fideiuss. quæ sunt coniungendæ.* Si priuatus inuiti & ignorantis meliorem conditionem facere potest, & Princeps igitur vt in hac specie, vltro data tacita hypotheca, atque etiam intellecta tacita stipulatione, & tacita cautione. Et quidem Iustin. non tantum pro dote dedit tacitam hypothecam, sed etiam pro paraphernis, id est, pro aliis bonis mulieris extra dotem, quæ pertulit domum viri, contulitve in manum viri: nam & pro his rebus Iustin. dat tacitam hypothecam in rebus mariti, *l. vlt. tit. seq.* Vnde eleganter ait Iustin. in *hoc* §. cum ipse satis abundeque prospexerit dotibus pro eis tacito sensu admissa stipulatione & hypotheca: Iam igitur in dictandis dotalitiis cautionibus non esse opus Iurisconsult. se dotibus seruandis addidisse catenas, nec esse opus nodoso Iurisconsulto vt vtar verbis Horatii *l. 2. serm. 3. Satyr.* —— *Adde Cicutæ.*

Nodosi tabulas centum, mille adde catenas:
Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Protheus.

Iurisconsulti est addere catenas, id est, cautiones & vincula obligationibus. Et ob id nodosus dicitur, quod adhiberetur vinciendis omnib. obligationib. & firmandis stipulationibus. Ouidius epistola Acontii ad Cydippen:

Dictatis ab eo fecit sponsalia verbis:
Consultoque fui iuris amore vafer.

Et 1. Amor. eleg. 13.

Atque etiam sponsum consulti ante atria mittis,
Vnius vt verbi grandia damna ferat.

Illud verbum, est spondeo, & inde in antiquo titulo monumenti cuiusdam iubetur facere Iurisconsultus his verbis: *Dolus malus abesto, & Iurisconsultus; in hoc monumento ius aditus, ambitus libertis libertabusque meis pateat. Sesterium mille dato ad sacrificia facienda quoties opus erit:* Iubetur etiam facessere Iurisconsult. à testamento elegantissimis verbis, & memoriæ infigendis in *l. pen. §. vlt. ff. de leg. 2. L. Titius* (hæc sunt verba) *hoc meũ testamentum scripsi sine vllo Iurisperito, rationẽ animi mei potius sequutus, quam miseram & nimiam diligentiam,* quam *l. posthumus, ff. de iniu. rup.* vocat *iuris scrupulositatem, nimiamque subtilitatem.* Ille testator, vt cœpi dicere, nec peregi, ita dixit *Lucius Titius,* &c. deinde addit: *& si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* quæ verba efficiunt, vt testamentum illud non valeat vt iustum testamentum, sed vt codicilli. Hodie igitur & a dotibus quodammodo facescere iubetur Iurisc. cum eis satis prospexerit Iustinianus ipse, inducta cautione tacita, tam in rem quam in personam, id est, stipulatione tacita, & tacita hypotheca: sed ab hoc beneficio tacitæ hypothecæ excluduntur mulieres, quæ sibi prospexerunt, & cauerunt iam speciali hypotheca. Nam æquum est, vt ea hypotheca sint contentæ, quam sibi pepigerunt. Vbi est conuentionalis hypotheca, superuacua est legitima. Et huius rei argumentum est euidens in *l. vlt. inf. de pact. conu.* Excluduntur etiam a tacita hypotheca mulieres, quæ remiserunt marito hypothecam, §. *cum autem hoc tit.* Nam remissio pignoris vel hypothecæ neque est intercessio, vt si facta sit a muliere, possit infirmari Senatusconsulto Velleiano: nec est donatio, vt si remiserit hypothecam mulier, irrita fiat *XII. tab.* quæ donationes inter virum & vxorem nolunt valere. Igitur remissioni pignoris nihil est impedimento factæ a muliere, quia neque est intercessio, neque donatio. Et hoc ostenditur in *l. quamuis, in pr. D. ad Vellei. l. etiam & l. iubemus sup. ad Vell. l. 3. in fin. D. quibus mod. pig. vel hyp.* quæ etiam ostendit, legem Cinciam, quæ coercebat donationes, dona & munera, & ob id ipsum dicta est lex muneralis, nõ pertinere ad liberationem pignoris. Nam liberatio pignoris non est donatio. Notandum autem est præterea in hoc §. non tantum tacitam hypothecam dari mulieri repetenti dotem soluto matrimonio, vel constante matrimonio marito vergente ad inopiam, sed etiam viro in bonis vxoris petenti dotem datam vel promissam cõpetere ius taciti pignoris, siue hypothecæ. Deniq; non tantum mulier pro dote in bonis mariti tacitam habet hypothecam, sed & pro eadem maritus in bonis vxoris, si petat dotem promissam, vel dote data, si agat de euictione rerũ dotaliũ, quæ forte ei ablatæ sunt iure iudicioque, actione ex empto, cum datæ sint æstimatæ, vt in *l. 1. sup. tit. prox. de iur. dot. & l. quoties D. eod. tit.* Vel etiam si agat de euictione rerum dotalium inæstimatarũ, quæ proprie sunt dotales, quando scilicet mulier in eis rebus dandis vltro cauit marito de euictione vt in *l. non solum, D. de iur. dot.* Non cogitur cauere, sed si cauerit, maxime stipulanti præstabit euictionem, & ita donator non tenetur de euictione, quia re donata euicta, donatario nihil perit, donatarius nihil damni facit. Et quia æquum non est, eum periclitari ex sua liberalitate *l. Aristo §. vlt. D. de don. l. Iulianus, in fi. D. de verb. oblig.* Sed tamen donator, si stipulanti cauerit de euictione, tenebitur, *l. 2.* ℸ. *de euict.* stipulatione opus est: pactũ enim nudũ non potest donatorẽ obligare ob euictionẽ, etiamsi ex cõtinenti in re donata tradenda factum sit. Et ita vides in *l. auia, sup. tit. prox.* patrem in danda dote pro filia, stipulatione sibi dotem recipere posse ex continenti, non etiam pacto .i. non te-

mere, neque hic neque ille, ſed cautione ſolenni. Vt er- A go mulier, ſic maritus ſi ei dos promiſſa non præſtetur, vel præſtita euincatur, eam ſeruabit ſibi exercendo tacitam hypothecam in bonis cæteris vxoris. Ergo in cauſa tacitæ hypothecæ idem eſt ius viri & vxoris, in hac vna cauſa, inquam. Nam in aliis largiter refert vir, an vxor agat de dote: Nam priuilegium, quod datum eſt mulieri, non eſt etiam datum viro petenti dotem, vel agenti de euictione dotis. Et mulieri poſt annum, quam cœpit competere repetitio dotis, debentur vſuræ, §. *exactio hoc tit.* viro poſt bienniũ, in *l. vlt. tit. præced.* Et actio ex ſtipulatu de dote, quæ marito competit, eſt ſtricta: quæ autem mulieri competit, eſt bonæ fidei, ex §. *ſed etſi non ignoramus, hoc tit.* Nam cum eſſent duæ actiones ad repetendam dotem, rei vxoriæ, & ex ſtipulatu, vt dixi ſu- B pra, Iuſtinianus retinuit tantum actionem ex ſtipulatu, vt pote pleniorem, vt ait in §. *fuerat, Inſtit. de act.* & ſi quid erat optimo iure in actione rei vxoriæ, quod non eſſet in actione ex ſtipulatu olim cum eſſet ſtricta, eo auxit actionem ex ſtipulatu, eamque fecit bonæ f. vt quæ ſuo iure habebat actio ex ſtipulatu, ſuo iure ea etiam hodie haberet. Ac præterea, ſi quid melius aut pinguius inerat actioni rei vxoriæ quã bonæ fidei. Nam & ſi melior ſit actio ſtricta quam bonæ fidei, eo quod libera non ſit poteſtas iudicis in iudicio ſtricto, includitur enim formula, & ideo Greci ſtrictas has actiones hoc loco vocant ἠναγκασμένας, id eſt, coactas, arctas & conſtrictas, & etiam quod ſolerent contractibus bonæ fidei addere ſtipulationes ſtrictas, & etiam quod in *l. ſi vendidero §. ſi Titius, ff. de furt.* melior eſt condictio furtiua, quæ ceditur, C & eſt ſtricta, quam actio negotiorum geſtorum, quæ eſt bonæ fidei, & proprio nomine competebat, vt ſimiliter in l. *cum quis* §. 1. D. *de ſolut.* Vt igitur melior fuerit actio ſtricta, tamen & optima quædam habuit actio bonæ fidei, quæ nõ habuit actio ex ſtipulatu. Et inter cætera, vt eſſet vindex doli mali, imo & culpæ. Nam verbum bonæ fidei non tantum excludit dolum, ſed etiam culpam, *l.* 18. iuncta *l.* 19. §. *Scæuola*, D. *de neg. geſt.* Actio ſtricta non vindicat dolum malum, veluti actio ex ſtipulatu, & ſi dolus interuenerit in contractu ſtricto, neceſſaria eſt actio de dolo, non ſufficiente ipſa contractus actione, nec idonea doli mali vindex eſt, *l. & eleganter* §. 1. D. *de dol.* Item in caſibus certis, in actionibus certis, quibus certam ſummam vel rem perſequimur, eſt periculum plus petendi, quod quidem magnum eſt, nempe D amittendæ litis maxime ſecundum ius vetus. Igitur cum certum petis, veluti ex ſtipulatu, vel certi condictione periculum eſt ne plus petas *l.* 1. D. *de inter. in iur. fac.* In actionibus incertis nullum eſt periculum plus petendi, ideoque pleraque negotia ex quibus agi poterat, certis legibus facta ſunt bonæ fidei euitandi periculi cauſa, ne quid plus peteretur, ſed vt peteretur incertum, quod ex bona fide dari oporteret. Omnis actio bonæ fidei eſt incerta, quod indicat M. Tul. pro Roſc. Com. Cur autem actiones aliæ ſunt bonæ fidei, aliæ ſtrictæ, & nulla ſunt interdicta bonæ fidei? quia ſcilicet interdicta ſunt de re incerta, id eſt, de poſſeſſione, quæ incerta res eſt. Et nullũ igitur ſubeſt periculũ in eis plus petendi, vt opus fuerit ope & auxilio legum, quo fierent omnia interdicta, vel frequentiora ex eis bonæ fidei: Nam lex eſt, quæ fa- E cit iudicium bonæ fidei, & ſi quæratur, cur hæc actio eſt bonæ fidei, non ſtricta? R. quia legi ita placuit: motæ tamen ea ratione quam retuli, ſeruandi periculi plus petitionis, actio ex ſtipulatu de dote repetenda quæ olim fuit ſtricta, Iuſtinia. fecit eam hodie bonæ fidei. Petitio hereditatis eſſetne bonæ fidei, an ſtricta olim controuertebatur, adeo vt in *l. vtiles, & l. vlt.* D. *de pet. hered.* dicatur petitioni hereditatis eſſe opponenda in caſu propoſito, exceptio doli mali, quaſi ſcil. ſtrictæ actioni: Nam ſi eſſet bonæ fidei, non eſſet neceſſe opponi exceptionem doli mali, quia bonæ fidei iudicio ipſo iure, ſiue iudicii ipſius poteſtate ineſt exceptio doli mali *l. ſed etſi ideo maritus* §. *vlt. ff. ſol. matri.* Contra in *l. plane*, D. *de pet. her.* dicitur, actioni bonæ fidei non eſſe opponendam exceptionem doli mali. Itaque iuris controuerſi fuit, an eſſet donanda petitio hereditatis beneficio bonæ fidei, necne. Hodie Iuſtin. hoc definiuit, vt eſſet bonæ fidei in *l. vlt. in fi. ſup. de pet. her.* Igitur lex eſt ſola, quæ indidit naturam cuique iudicio, poteſtatemque, & aliud fecit bonæ fidei, aliud ſtrictum.

Ad §. 3. Primum itaque.

Primum itaque quid naturale ſit ex ſtipulatu actionis exponatur: ita ſi quid ex actione rei vxoriæ ſuperuenerit addatur. Sciendum itaque eſt, edictum prætoris, quod de alterutro introductum eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare: ita, vt vxor & a marito relicta recipiat, & dotem conſequatur: niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit: cum manifeſtiſſimum ſit teſtatorem, qui non hoc addiderit, voluiſſe eam vtrumque conſequi. §. 4. *Maneat ex ſtipulatu actionis ius ad ſucceſſores, & ſine mora tranſmiſſionis incorruptum.*

IN hoc §. Iuſtinia. incipit tractare, quæ habuerit olim actio ex ſtipulatu de dote, & habeat etiam hodie meliora iis, quæ inerant actioni rei vxoriæ, & ea, quibus aucta eſt actio ex ſtipulatu ex iure actionis rei vxoriæ, quod in eam transfuſum eſt, id nempe, quod erat melius & vtilius dotibus. Ac primum quidem in actione rei vxoriæ valuit edictum prætoris de alterutro, vt appellatur in hoc §. & in *l. vlt. C. Th. de teſtam.* Nam edicti ſententia hæc fuit, vt ſi vxori vir tantum reliquiſſet legati aut fideicommiſſi iure quantum eſſet in dote, eligeret mulier vtrum mallet dotem repetere, an capere, quod ei maritus teſtamento reliquiſſet, alterutro contenta abiret, nec conſequeretur vtrumque, electo vno ne poſſet tranſire ad aliud, puta electa dote, ne ageret ex teſtamento legati, vel fideicommiſſi nomine, vel electo legato, ne ageret rei vxoriæ. Quinimo, vt ſatisdaret heredibus electo vno nihil amplius peti. Cuius ſatiſdationis fit etiam mentio in *d. l. vlt.* Et ſimiliter vxor heres inſtituta interueniente forte Falcidia non poterat vti edicto de alterutro, id eſt, duplici deductione, Falcidiæ ſcilicet, & dotis quaſi debitæ. Nam heres non deducit, quod ſibi defunctus debuit, niſi cum inducitur lex Falcidia. Nam ante omnia deducitur omne æs alienum, etiam id, quod debuit heredi, licet aditione confuſum ſit, *l. 6. l. 8. inf. ad leg. Falcid. l.* 15. §. *quod auus, & l. qui fundum* §. *ſi quis heredem, ff. eod.* Nam etiamſi aditione confuſa ſit obligatio & actio, atque ſublata deductio, tamen non eſt ſublata vel retentio, vel computatio eius, quod defunctus heredi debuit. Denique non eſt ſublata naturalis obligatio, quæ etſi non proficiat ad actionem, tamen proficit ad retentionem & deductionem, *l. debitor*, D. *ad Trebellian.* At cum vxor erat inſtituta ſecundum edictum de alterutro, interueniente Falcidia, non poterat & dotem ſibi debitam deducere, & deducto omni ære alieno, deinde ex reliquo Falcidiam, quia alterutro contentam eam eſſe oportebat, hereditatis Falcidia, vel dote. Sed hoc ita verum erat, niſi nominatim maritus teſtamento cauiſſet, ſe velle mulierem vtrumque conſequi, relictum ſcilicet, & dotem; quod vtique ſatis declarat, ſi ei prælegat dotem, & hoc amplius rem certam, videlicet ſi dote prælegata eam heredem inſtituat ex parte. hoc modo maritus vtrumque ei defert, & vacat edictum de alterutro, *l. cum heres l. Lucius* §. *maritus* D. *ad Trebell.* Et obſeruandum ex iure antiquo, in *d.* §. *maritus*, poni vxorem heredem inſtitutam ex tertia parte, quoniam exceptis certis caſibus quibus vxor aſſem capere poterat ex teſtamẽto mariti, quæ habuit liberos, potuit inſtitui tantum ex tertia parte, vt ſcribit Vlpian. *lib. ſing. regul. tit. de decimis*: vel ſi mulier non habuerit liberos, vt ait, ei potuit tan-

tum relinqui vsusfructus tertiæ partis, non tertia pars. Et inde in iure frequens mentio mulieri relicti vsusfructus tertiæ partis *l. partis. D. de præscr. verb. l. vlt. D. de vsufruct. leg. l. pen. de vsur.* Ergo, vt satis liquet ex supradictis, ea in re actio rei vxoriæ in dote plus tribuit marito quam vxori, nempe, vt si quod relinquitur vxori, tantum efficiat, quantum in dote est, eo electo amittat repetitionem dotis, vel electa dote, vt amittat petitionem aut persequutionem legati, nisi, vt dixi, si testator aliud cauerit. Actio autem ex stipulatu plus dabat vxori, nempe vtrumque, relictum & dotem, etiamsi hoc non expressisset testator, vt cuilibet alii creditori, cui debitor aliquid reliquerit, integra est petitio vtriusque, relicti & crediti *l. in imponenda, inf. ad l. Falc. l. paterfam. D. eod.* Et ita si erat heres instituta vxor, interueniente Falcidia, forte hereditate onerata legatis, vel ea rogata B alii hereditatem restituere, non tantum deducebat Falcidiam, sed etiam dotem debitam ex stipulatione, & si quid aliud præter dotem ei debuisset maritus, in *§. igitur debitam, hoc tit.* Ergo dotem quidem iudicio rei vxoriæ, & relictum testamento mariti vtrumque non consequebatur vxor, nisi id cauisset maritus in testamento: Dotem tamen debitam ex stipulatu, & relictum testamento mariti mulier consequebatur, sicut quilibet creditor. Quod etiam verum est cum hac exceptione: nisi quod maritus reliquit vxori, id nominatim reliquerit pro dote debita ex stipulatione compensandi animo. Hoc enim casu, vt ostenditur in *hoc §.* electo eo, quod relictũ est, mulier dotis repetitionem vel deductionem C amittit: vel electa dote relictum amittit *l. si filia §. pen. ff. famil. ercisc. l. 6. ff. quand. dies leg. l. cum ab vno, ff. de leg. 2. l. 2. §. 1. ff. de dot. præleg. d. l. Lucius §. maritus.* Quod obtinuit etiam in quolibet alio creditore, ne haberet crediti petitionem electo legato, quod ei debitor reliquisset compensandi animo, *l. 12. ff. ad leg. Falc. l. cum pater §. Titio. & l. creditorem, D. de leg. 2.* Magna igitur hæc fuit differentia inter actionem rei vxoriæ, & actionem ex stipulatu. Iustin. autem hac in re magis probat ius actionis ex stipulatu, quam rei vxoriæ, vt scilicet mulier vtrumque consequatur, nisi appareat testatorem compensandi animum habuisse Nam si hoc non appareat, magis est, vt voluerit eam vtrumque percipere, videlicet, cum non adiecit se legare pro dote, aut dotis vice. Loquimur autem de stipulatione vulgari dotem reddi. Nam vt in hac constitutione eleganter scribit D Thalelæus ex veteri iurisprudentia, alia fuit stipulatio vulgaris, cuius hæc est formula: *Soluto matrimonio dotem reddi, l. 8. sup. tit. prox.* quæ stipulatio hodie intelligitur inesse doti ex hac constitutione licet interposita non fuerit: Stipulatio vulgaris est quæ inesse intelligitur doti tacite ex hac constitutione, non ea de qua mox dicemus. Hæc stipulatio vulgaris, vel actio, quæ ex ea nascebatur longe distabat ab actione rei vxoriæ. Alia erat stipulatio dotis, quæ concipiebatur hoc modo: *Quod ex causa rei vxoriæ dare facere oportet, id dari.* Et actionis ex hac stipulatione idem prorsus ius erat, quod actionis rei vxoriæ, sicut cum dominus ita stipulatur de fure: *quod ex causa condictionis furtiuæ dare facere oportet:* Hæc stipulatio idem ius habet, quod condictio fur- E tiua, & vtilis est stipulatio, *l. scire §. vlt. D. de verb. oblig.* Possum rem meam condicere furi, non alii: Possum etiam rem meam stipulari a fure non vulgariter, & simpliciter rem dari, quoniam rei meæ stipulatio vulgaris non valet, nempe rem meam mihi dari, sed adiecta causa recte stipulabor, quod ex causa condictionis mihi dari oportet, & sic stipulabor rem meam. Sed iam tractandum est aliud discrimen, quod est inter hanc & illam actionem in *§. maneat.* Actio rei vxoriæ soli mulieri dabatur, non heredibus eius, nisi maritus iam viua vxore moram fecisset post diuortium in reddenda dote, quod ita eleganter scribit Vlpian. *lib. sing. reg. tit. de dot.* Et semel maritum moram fecisse satis erat, vt trans-

Cod.

A mitteretur actio in heredem mulieris, *vt in l. semel mora, ff. sol. matr.* Omnis mora semel committitur, aut mora semel commissa sufficit, vt sequantur, quæ sequuntur moram iure ipso, damna scilicet & pericula quæ post moram sequuntur debitorem, *l. Titia §. vsuras, D. de leg. 2.* Vna igitur interpellatio, id est, semel facta morosum debitorem facit. Et lex quæ sequitur *d. l. semel mora, lex si post diuortium*, videtur esse accipienda de muliere mortua post diuortium, vt ponit, & post moram mariti, de qua etiam agebat lex præcedens, vt scilicet agente herede mulieris rei vxoriæ de restituenda dote, eadem interueniant, quæ ipsa muliere agente obseruari solent. puta vt iisdem diebus dos restituatur, iisdem pensionibus, annua, bima, trima die, vt non condemnetur maritus vltra facultates suas: Nec enim mulier plus commodi heredi suo relinquit, quam ipsa habuerit, *l. nemo, D. de reg. iur.* Ipsa non potuit maritum condemnare vltra quam facere possit, nec heredem eius igitur. Item vt herede mulieris agente rei vxoriæ post moram mariti, retentiones ex dote fiant quæ fierent agente muliere. Ac præterea vt fundo dotali alienato salua sit vindicatio, tam heredi mulieris quam mulieri: idemque auxilium præstetur heredi, quod mulieri præstaretur, *vt l. dotale §. heredi, D. de fun. dot.* non etiam, & hoc solum excipiendum est, vt heres non habeat priuilegium idem in actione de dote, quod habuit mulier, quoniam personale est priuilegium, & cum persona extinguitur *l. 1. inf. de priuil. dot.* Concludamus igitur, post diuortium mortuam mulierem non transmittere actionem rei vxoriæ in heredem, nisi moram fecisset maritus ante mortem mulieris. Et addamus, mortua etiam muliere in matrimonio, dotem non redire ad heredem eius secundum ius rei vxoriæ: sed si sit profectitia, redire ad patrem vel parentem: si aduentitia, eam remanere apud virum *l. vsufruct. D. solut. matr. l. mulier, D. de cond. instit. l. dotale 15. D. de fun. dot. & l. 23. de euict.* Et hæc de actione rei vxoriæ. Actio ex stipulatu transmittebatur ad heredes etiam sine mora, vt ait in *hoc §.* qui locus non bene intelligitur, id est, etiamsi moram nullam fecisset maritus viua vxore. Et ideo in hoc §. subdistingue *mora*, id est, post vocem *mora*, addas virgulam, & ita componas verba huius §. *maneat*, incorruptum ius transmissionis actionis ex stipulatu ad successores vxoris, & *sine mora*, id est, etiamsi nulla mariti mora interuenerit. Et ait, *maneat*, vt in §§. *seqq. taceat, & sileat.* Hoc vero obtinuit in actione ex stipulatu, vt transiret in heredem mulieris, non tantum post diuortium: sed etiam in ipso matrimonio mortua muliere, quod probat §. *illo proculdubio, inf. hoc tit.* Ergo videtur actio rei vxoriæ etiam fuisse data tantum in maritum, soli scilicet mulieri in maritum solum, non in heredem mariti, nisi moram maritus fecisset, quoniam in *d. l. si filia §. vlt. D. fam. ercisc.* dum ponit in heredem mariti dari actionem de dote, ponit eam venisse in stipulationem, quia scilicet actio rei vxoriæ neque heredi neque in heredem dabatur, nisi ex mora: denique actio rei vxoriæ videtur tantum fuisse inter maritos. Et inde M. Tullius in Top. in arbitrio rei vxoriæ disceptari ait, quid virum vxori, & quid vxorem viro præstare oporteret, & peti, hæc est formula rei vxoriæ actionis: *Quantum æquius & melius esset dari repromittiue.* ad quam formulam omnino respicit *l. pen. §. vlt. ff. sol. matrim. & l. si cum Corn. ff. de sol.* dum vtuntur iisdem verbis, *melius & æquius est.* Itemque *l. eas obligationes, ff. de capit. min.* dum ait, *Actionem de dote, videlicet rei vxoriæ esse conceptam in æquum & bonum.* plane concipitur in bonum & æquum, in qua est, quod melius est, & æquius id dari, ideoque saluam eam actionem manere, etiam post capitis deminutionem. ideoque vt subiicit l. quæ sequitur *d. l. eas*, etiam emancipatam agere de dote, imo & deportatam, *l. 5. ff. de bon damn.*

Ad §. Taceat.

Taceat in ea retentionum verbositas: Quid enim opus est inducere ob mores retentionem alio auxilio ex constitutionibus introducto? vel ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, cum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per vtilem, vel per condictionem suo iuri mederi? Sed nec retentio ob res amotas necessaria est, cum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium.

IN hoc §. incipit tractare de retentionibus, quæ fiunt ex dote quam repetit mulier post diuortium, quæ & deductiones dicuntur & compensationes, & vel fiunt quasi pignoris nomine dote retenta, vt recte ait *l. dote*, D. *de dot. præl.* sicut venditor rem venditam retinet veluti pignoris nomine aut loco propter pretium quod nondum solutum est, *l. Iul.* §. *offerre*, D. *de act. emp.* similiter commodatarius rem commodatam retinet pignoris loco ob impensas factas in rem commodatam, *l. creditoris, inf.* D. *de furt.* Pignus contractum non est his casibus, sed retentio coloratur pignoris nomine: vel igitur retentiones ex dote fiunt a marito, veluti pignoris loco, *d. l. dote*, vel ipso iure, veluti ob impensas necessarias factas in res dotales. Nam hæ ipso iure minorem dotem efficiunt, ita vt non reddatur integra, sed ex ea tantum retineatur, quantum in dotem maritus expendit necessario, *d.l. dote*, *& l. dot.* D. *de rit. nup. l. 5.* D. *de pact. dot.* Et hoc genus retentionis ob impensas necessarias non est sublatum a Iustiniano; namque etiam hodie is a quo repetitur dos, vtitur quasi retentione ob necessarias impensas, & eo minus reddet ex dote, §. *item si de dote, Inst. de act.* Cæteris retentionibus ex aliis causis non est hodie locus in actione ex stipulatu, vbi stricto iure agitur in rem vel quantitatem certam & integram, in id quod pro vxore marito illatum est, quod ius hodie retinet actio ex stipulatu, quasi plenius, licet sit facta bonæ fidei. Igitur excepta causa necessariæ impensæ, hac actione solida dos repetitur sine deminutione aut deductione vlla, quod obtinet etiam in actione ex testamento, qua vxor petit dotem sibi prælegatam, *d.l. dote*, D. *de dot. præl.* cuius species est elegans. Quidam legauit vxori dotem quam ab ea acceperat, in quo legato licet res vxoria fuerit, inest commodum repræsentationis, quia scilicet ex causa legati confestim res restituitur, sine cunctatione aut dilatione vlla. Cum ergo mulieri dotem maritus prælegasset: ea egit ex testamento dotis legatæ recuperandæ gratia, an poterit heres mariti differre solutionem dotis ob res donatas vxori (quæ donatio non valet, si eam reuocauerit defunctus) Et ait heredem ob res donatas vxori non posse vti retentione dotis, non posse differre præsentem solutionem dotis: Et tamen ob impensas necessarias differet solutionem dotis, si petatur integra. Et ratio differentiæ est magna. Aliud enim est, dotem ipso iure minorem esse factam, quod contingit necessariis impensis: Nam cum sit facta minor ipso iure, minor vtique reddetur, non quanta fuit ab initio. Aliud autem est, rem retineri veluti pignoris iure, ob ea quæ inuicem mulierem marito præstare eius heredi oportet, veluti ob res donatas, nam huic retentioni locus non est in actione stricta, qualis est actio ex testamento, & fuit actio ex stipulatu de dote, ante constitutionem Iustiniani, quæ tamen hodie retinet illud ius strictum quasi optimum maximum. His retentionibus fuit tantum locus in actionibus bonæ fidei, id est, rei vxoriæ, ex quinque causis, propter res donatas, propter res amotas, propter mores, propter liberos, propter impensas, quas Vlp. exponit *lib. reg. tit. de dotib.* Et Anianus auctor est in *l. 2. C. Theod. de dotib.* eas etiam explicasse Paulum 2. *Sentent. tit. de dotib. & in respon. tit. de re vxor.* Hæ sunt quinque causæ retentionum, quarum ea tantum hodie manet, quæ ex iure venit ob impensas necessarias. Et post diuortium quidem valebat pactio ne fierent hæ retentiones ob res donatas, vel ob res amotas, vel ob impensas *l. ob res* D. *de pact. dotal.* Vel etiam ob mores, ne ageretur ob mores post diuortium, vt liceret pacisci, vt ibidem addunt Græci *lib. 28. Basil.* Ante diuortium hæ pactiones erant illicitæ *l. 5. ff. de pact. dot.* puta ne ageretur ob mores, ne quid retineretur ob mores, quia publica coercitio morum non potest priuata pactione tolli, sicut inutiliter paciscor ne mecum agatur furti, si quandoque furtum tibi fecero, turpis pactio est, quia inuitat ad furandum. Cæterum post factum furtum nemini in dubium venit ex XII. tabul. licere pacisci ne agatur furti, *l. si tibi* §. 1 *& l. iurisgentium*, D. *de pact.* Similiter non valet pactio ante diuortium, ne agatur ob res amotas, vel ne quid ex dote retineatur, quia inuitat mulierem ad furandum. Non valet item ne agatur ob res donatas, quia hæc pactio impugnat ius ciuile, quo inter maritos interdictæ sunt donationes. Non valet item pactio ne agatur ob necessarias impensas, quoniam ipsum ius has vult minuere dotem, quod potius potentiusque est pactione priuatorum, *l. ius publicum*, *ff. de pact.* propter liberos ne ageretur, neue quid deduceretur ex dote, etiam ante diuortium licebat pacisci. Sed vt hæc omnia genera retentionum sigillatim exponamus, primum ob res donatas vxori, quod non valeat donatio, non fit retentio ex dote, quia huic retentioni non fuit locus in actione ex stipulatu, quæ saluo hoc iure, sola hodie repetit dotem, vt & donata etiam iure actionis bonæ fidei. Namque eo iure donata est integris manentibus suis propriis iuribus quæ repetitionis dotis causam meliorem facerent. Sed tamen de hac retentione ob res donatas quæ fiebat in arbitrio rei vxoriæ, fit mentio in *l. fructus* §. *ob donationes*, *& l. alia* §. *pen. ff. solu. matr. l. 5. l. ob res, de pact. dotal. l. sin autem* §. *pen. ff. de rei vend.* Et inde etiam in *l. pen.* §. *vlt. ff. de don. inter vir. & vxor.* ob res donatas sponsæ ante nuptias nihil ex dote deduci: sed per arbitrum tantum rei vxoriæ. hodie non vult Iustinianus ob eam causam maxime amplexus naturam actionis ex stipulatu, iusque pristinum quod ea actio habuit proprie, non vult, inquam, ob eam causam rem donatam scilicet quicquam retineri ex dote, quoniam ait, marito qui eas donauit inutiliter, suppetere sat multa remedia, quibus eas res recuperare potest & retrahere, vt ait *l. 6. sup. de don. ante nupt.* Ad cuius interpretationem proprie accommodabitur *lex inter eos*, *ff. de donat. inter vir. & vxor.* hoc modo. donatio facta vxori vel marito ante nuptias valet, nec retrahi potest aut reuocari: facta post nuptias non valet: facta a sponso valet: facta a marito non valet, & retrahi potest. Et rursus facta ante nuptias valet, etiamsi facta sit in die ipso nuptiarum, priusquam vxor deduceretur in domum viri, nam die nuptiarum, quæ fit in domo viri, post nuptias fit, & non valet, quæ eodem die fit in domo sponsæ, fit ante nuptias, & valet. *d. l. 6.* Remedia autem quæ competunt marito ad reuocandam donationem, hæc sunt: directa in rem actio, vt hic proponit Iustin. vel vtilis in rem actio, vel condictio sine causa aut ex iniusta causa, vnaquæque locum habet suis casibus. Directa in rem, si res donatæ extent, quia maritus non desiit esse earum dominus, ergo iure directo vindicat *l. si donata & l. vxor marito*, D. *de don. inter virum & vxorem.* Vtilis in rem datur, si ex pecunia donata vxor comparauerit rem mobilem, vel immobilem, quia ea res non est mariti, & ideo non eam vindicat directo, sed vtiliter. Et ideo si ex lana donata vxor vestem fecerit, hanc vestem persequitur maritus actione in rem vtili, non directa, quia vestis domina est mulier, non vir, *d.l. vxor marito & l. si mulier ex pecunia, & l. sequent. eod. tit.* Condictio autem sine causa, vel ex iniusta causa marito datur ob res donatas, si res donatæ sint consumptæ *l. si sponsus* §. *vlt. & l seq.* D. *eod. tit.* Imo si mulier res donatas dolo malo consumpserit, vel corruperit, etiam

tenetur actione ad exhibendum, & actione legis Aquiliæ, si corruperit, *l. si mulier dolo*, D. *de don. inter vir.* maxime si id fecerit post diuortium: nam manente matrimonio non potest conueniri pœnali actione, qualis est actio legis Aquiliæ. & hæc est sententia *d. l. si mulier dolo.* Multæ ergo suppetunt actiones marito ad retrahendas res donatas vxori. Igitur nec vtetur retentione dotis ob res donatas, cum aliunde suppetant alia remedia. Sed dices, melius est pignori incumbere quam in personam agere, melius retinere quam agere, §. *furti, Instit. de oblig. quæ ex del. nasc.* Fatebor ita esse: Sed meminisse oportet, fauorem hunc esse præstitum doti, ne earum reditioni mora fieret. Et probatur magis dotium fauore ius actionis ex stipulatu, quam rei vxoriæ. Et eadem ratione, licet ob res amotas (quod est secundum genus retentionis) retentio fieret ex dote, ob res scilicet amotas ab vxore diuortii causa, & in arbitrio rei vxoriæ, tamen nec olim, nec hodie huic retentioni locus est in actione ex stipulatu, & vult Iustin. vt contentus sit maritus actione rerum amotarum, nec ob res amotas veluti pignoris loco retineat dotem. Et ita etiam definit Iustinia. De hac actione rerum amotarum est proprius *tit. inf.* vbi de ea plenius dicemus: erat etiam retentio portionis dotis ob mores in arbitrio rei vxoriæ. Nam ob mores mulieris leuiores, qui causam præbuissent diuortio, maritus retinebat octauam partem dotis, vt Vlpian. explicat supradicto *libro regul.* Ob mores grauiores retinebat sextam partem dotis. Et ob grauiores mores adulteria tantum censebantur: cæteri mores leuiores censebantur eodem Vlpian. auctore. Et ita *l. cum mulier*, D. *sol. matrim.* ait, nihil retineri ex dote ob adulterium mulieris, si adulterata sit viri lenocinio. Cur enim improbaret maritus mores, quos vel ante corrupit, prostituendo vxorem accepta pecunia: vel postea approbauit, forte vxore in adulterio deprehensa retenta in matrimonio, quod lenocinio est proximum. Ergo ex contrario ea lex significat ex dote retineri portionem ob adulterium vxoris, cum ei maritus lenocinatus non est. Et ita etiam *l. miles* §. *socer*, D. *ad l. Iul. de adult.* retineri lucrum ex dote, inquit, ob causam adulterii, non totam dotem. Hoc fuit ius vetus. Et eo nomine erat marito non tantum retentio portionis dotis sextæ vel octauæ, vt dixi, sed etiam actio de moribus, vt ex aliis causis non tantum retentio, sed & actio quædam. Et hic igitur erat actio de moribus vxoris puniendis, quæ diuertisset, aut quæ diuortio causam dedisset, quæ actio licet sit ciuilis, tamen accusatio dicitur in *l. viro, & l. cum mulier*, D. *sol. matrim.* Sicut accusatio suspecti tutoris, accusatio ingrati, accusatio inofficiosi testamenti, quæ tamen sunt actiones ciuiles, non criminales. Et de hac actione de moribus est *l. 1. C. Theodos. victum ciuiliter criminaliter agere non posse, & l. 1. C. Theod. de dotibus.* quæ etiam ostendit hanc actionem de moribus dari soli marito, non heredi mariti vel in heredem, *l. rei iudicatæ* §. 1. D. *sol. matrim.* quæ dicit heredem mariti non habere morum coercitionem, quia hæc actio de moribus vindictam persequitur, causam doloris agit, qui ea actione agit, vt qui agit actione iniuriarum, vel qui agit ingrati *l. 7. inf. de reuoc. don.* vel qui agit in factum ex edicto de in ius vocando, in aureos 50. quod vocauerit in ius parentem, vel patronum sine venia, *l. pen. D. de in ius voc.* Hæ actiones quatuor quæ persequuntur vindictam, non damnum pecuniarium, sed dolorem tantum imminuti honoris, imminutæ existimationis, nec heredi dantur nec in heredem, §. *cum autem, Inst. de perp. & temp. act.* vbi Theophilus recte actioni iniuriarum adiecit illam actionem in factum de in ius vocando: actiones pœnales quæ spectant ad damnum rei familiaris, hæ dantur heredi, sed non in heredem: possumus dicere, hanc retentionem quæ fit ex dote ob mores, esse actionem de moribus, quæ inest actioni rei vxoriæ. Nam lego apud *Quintilianum libro 7. Quod in schola Rheto-*

A *rum est actio malæ tractationis, id in foro esse actionem rei vxoriæ.* Et generaliter cum quæritur, vtrius culpa diuortium factum sit, actio inest actioni. Quidni? Actio de in rem verso inest actioni de peculio, actio de dolo inest actioni ex empto, vel rei vxoriæ. Et generaliter omni actioni bonæ fidei inest actio de dolo, imo & de culpa, vel de moribus, quoniam vt dixi supra bonæ fidei nomen excludit non tantum dolum, sed etiam culpam. Igitur actio rei vxoriæ etiam mores mulieris mulctat, & culpam, *vt dicit, l. Lucius*, D. *sol. matrim.* culpam mulieris mulctari, videlicet portione dotis. Et plerumque in hoc tractatu culpa accipitur pro dolo, *vt in l. si ex causa* §. *si mulier*, D. *de minor.* vbi si mulieris culpa factum sit diuortium, ait non esse modicum delictum. Igitur aduersus illud delictum eam non posse restitui in integrum, sicut nec restitueretur aduersus adulterium. Et ita Tiberius Donatus in illum locum Virgilii, *hoc prætexit nomine culpam: Vsus est*, inquit, *verbo iuris, vt diceret culpam. Namque ita definitum est, mulieris culpam esse si in pudoris causa peccauerit.* Vt rem finiam, atque explicem tandem, Iustinian. hodie probat magis actionem ex stipulatu, atque ita tollit etiam retentionem ob mores, tollit actionem de moribus, *vt in l. vlt. inf. de rep. & iudicio de moribus sublato:* nam & ea actio de moribus minus frequentabatur, maxime viro agente ob grauiores mores, quia malebat quisque agere criminaliter iudicio publico lege Iulia de pudicitia. Cur non vtimur hodie actione furti ciuili in duplum vel quadruplum? quia malumus agere criminaliter. Et hac via electa amittimus actionem furti, *l. interdum* §. *qui furem, D. de furt.* Cur non vtimur hodie actione ciuili de albo corrupto ex *l. 7. D. de iurisdict.*? quia malumus agere criminaliter ex *l.* Cornel. de fals. *l. pen. D. ad leg. Cornel. de fal.* Nec tamen Iustinianus ideo minus coercet malos mores: Nam mulierem cuius culpa diuortium fit, mulctat dote tota, cum olim parte tantum damnaretur & lucro nuptiali *l. consensu* §. *vir. infra de repud. l. vlt. inf. ad legem Iuliam de adult.* quod etiam probatur a Leone *Nou.* 32. & a Pontifice in *cap. plerunque de don. inter virum & vxorem.* Et videtur etiam iure vetustissimo idem tenuisse, maxime ob grauiores mores, vt mulier amitteret totam dotem. Nam Horatius ait, *deprensam doti metuere.* Et Cato *lib. de dote: Si quid peruerse tetréque factum sit a muliere, eam mulctari, si vinum bibit, si cum alieno viro probri aliquid facit.* Et similiter Plinius, eam dote priuari quæ vinum bibisset, secundum illius seculi verecundiam, quo etiam minimi a pudore excessus puniebantur. Valerius Max. C. Titianum insidiantem bonis Fanniæ impudicæ mulieris, eam de industria duxisse vxorem, vt propter impudicitiam spoliaret dote, quod tamen non obtinuit iudice Caio Mario, quod iam eius mores approbasset, & sciens mulierem adulteram duxisset, vt est *in l. cum mulier* D. *sol. matrim.* Et addit Iustinianus præter dotem amissam adulteram tantum præstare, quantum facit tertia pars dotis, *in Nou. 22. & 117. & 134.* vel si mulier fuerit indotata, præstat si culpa eius diuortium factum sit, quartam bonorum suorum partem, quæ pœna est communis viro & vxori si vir non contulerit donationem propter nuptias, modo ea quarta non excedat 100. libras auri, *l. vlt. infra de repud.*

Ad versic. Sileat ob liberos.

Sileat ob liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur, ne varium genus culpæ mariti contra vxores excogitent, vt possint eadem retentione contra eas vti, cum etiam imperialibus constitutionibus statutum sit, si culpa mulieris dissolutum matrimonium fuerit, quid fieri oporteat. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Cum enim necessariæ quidem expensæ dotis mi-

nuant quantitatem, vtiles autem non aliter in rei vxoriæ actione detinebantur nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, siquidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra vxorem indulgeri: quatenus possit per hanc, quod vtiliter impensum est, adseruari. Vel si non intercedat mulieris voluntas, vtiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum aduersus eam sufficere. Quod si voluptariæ sint, licet ex voluntate eius expensæ: deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei, marito relinquatur: vt sit omnium retentionum expeditus tractatus, & ex stipulatu actio marito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem.

SVpra diximus de retentionibus dotium quæ fiunt propter res donatas, vel propter res amotas, vel propter mores: nunc dicemus de reliquis duabus quæ fiunt propter liberos & propter impensas factas in dotem. Ac primum quidem, vt incipiam ab ea retentione, quæ fit propter liberos, si diuortium factum sit culpa mulieris, singulorum liberorum nomine, si qui existant, maritus retinet sextas ex dote, non tamen plures quam tres sextas, id est, non vltra dimidiam partem dotis. Et hoc aperte scribit *Vlp. lib. sing. regul. tit. de dotib.* qui iam diu editus est in lucem. Idem Boetius etiam retulit ex Paulo *lib. 2. Instit. tit. de dotib. si diuortium est*, inquit Paulus, *matrimonij, & hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetitur. Quod si culpa mulieris factum est diuortium, in singulos liberos sexta pars dotis a marito retinetur, vsque ad mediam partem dotis duntaxat*, id est, *tres sextas*. Igitur cum culpa mariti diuortium factum est: tunc cessat retentio propter liberos & integra dos restituitur, & tum demum retentioni propter liberos est locus, videlicet dimidiæ partis dotis vel sextarum, cum culpa mulieris diuortium factum est: cum etiam eo casu ex pacto dotali propter liberos amplius retineri potest, quam pars dimidia vel tota dos, puta si conuenerit vt diuortio facto, culpa mulieris tota dos pro liberis maneat apud virum, *l. si inter virum* D. *de pact. do.* Quem locum Pauli protulit Boetius in Topicis Cic. *vt dixi sup.* & idem Boetius alio loco: *Si viri culpa diuortium factum est: æquius melius est nihil apud virum remanere: si mulieris culpa, æquius melius est sextas retineri pro liberis*. Ipse etiam M. Tullius in Top. *si viri culpa factum est diuortium, & si mulier nuntium remisit, tamen pro liberis nihil manere oportet*. Ergo ex contrario, si mulieris culpa factum est diuortium, pro liberis remaneant sextæ, ad summum tres. Idem etiam Græci adnotarunt in hunc locum, quos poteritis ipsi consulere. Nam maxima pars eorum, quæ Græci IC. scripserunt de dotibus, edita est in lucem, & facta Latina ab Gentiano Herueto. Non ignorauere retentionem propter liberos esse sextas, & ei retentioni locum esse non aliter, quam si mulieris culpa factum fuerit: Sed iidem Græci male hoc loco liberos interpretantur filios, cum oporteat liberorum nomen accipi latissime. Sicut in pactis dotalibus, quando conuenit, vt dos apud liberos resideat, vel diuortio facto culpa mulieris, vel mortua muliere in matrimonio, liberorum nomen comprehendit etiam nepotes *l. si dotali, ff. solut. matrimon.* Nec tamen nepotes omnes, sed nepotes susceptos ex filiis maribus, nam ii soli pertinent ad onus mariti: nepotes ex filiabus pertinent ad onus patris eorum, non ad onus aui materni, *l. pen.* D. *de agn. vel al. li.* Olim non erant descripta culparum genera, nec certæ causæ iusti diuortii, & iusti dissidii, quod a Græcis dicitur ἀποστάσιον, nec possit in Euangelio Domini, ἀποστάσιον elegantius verti quàm dissidium. Non erant igitur certæ causæ diuortii & reiiciendæ vxoris, vel repudiandi mariti, sicut olim non erant certæ causæ exheredationis liberorum. Et ideo hoc in loco Iustin. ait, cum nondum essent certæ causæ dissidii, interueniente dissidio, maritos, vt propter liberos sextas retinerent, solitos plerasque culpas excogitare, & fabricare fortasse in innocentes mulieres. Nam hæc res pendebat ex arbitrio mariti, vt obiiceret quamlibet culpam probabilem, & probaret: hodie sunt certæ causæ dissidii, certa merita, sicut exheredationis liberorum *l. consensu & l. vltim. de repud. inf.* De hac retentione, quæ fit ad certum modum propter liberos, agitur *in l. secun. in fi. C. Th. de repud. Super retentionibus dotium*, inquit, *propter liberos antiqui iuris decreta volumus obseruari*: puto etiam de hac retentione propter liberos intelligendum esse hunc locum *leg. vlt. sup. tit. prox.* qui a me non fuit expositus, nempe quod expositionem eius in hunc locum remisissem, & est alioquin valde obscurus, dum tractat de extraneo qui pro muliere dotem dedit donandi causa, vt neque ea dos, neque ea donatio indigeat insinuatione: sed si non donandi causa, frustra de insinuatione quæri, quoniam non est donatio, videlicet, si pactus sit ab initio dandæ dotis pro muliere omnem rem sibi reddi, cum nec ab initio suspicio aliqua liberorum concurreret, id est, omnem rem, nullo scilicet relicto pro liberis. Nam extraneo initio dandæ dotis nulla fuit cogitatio aut suspicio liberorum, quandoquidem incertum est etiam, an ex matrimonio sint liberi nasci turi. Igitur nihil reseruauit liberis, si qui nascerentur, cum posset legem dicere doti, quam dabat de suo: hanc dixit, vt omnis res ei redderetur, & vtique omnis reddenda erit ex pacto. Ita ille locus explicandus est ni fallor. Ex hæc quidem locum habuerunt in arbitrio rei vxoriæ, non in actione ex stipulatu, cuius naturam hac in re Iustinianus sequitur & probat, vt scilicet hæc actio ad repetendam dotem, quæ competit, non admittat retentionem vllam propter liberos, & vtitur duplici ratione Iustinian. quia liberi non sunt alendi ex dote matris. Et retentio fiebat olim propter onus liberorum, quod maxime in alimoniis consistit: sunt enim alendi ex bonis patris. Æquius est liberos communes ali ex bonis patris, quam ex dote matris. Hoc est vnum onus matrimonii, quod sequitur patrem, etiam post diuortium. Duplex erat olim retentio propter liberos, vna diuortio facto culpa mulieris, vt exposui: altera de qua nondum dixi, mortua in matrimonio filia: quo casu dos profectitia reuertebatur ad patrem, ne dolori amissæ filiæ etiam adderetur damnum dotis, quintis relictis ex dote apud maritum pro liberis eius matrimonii. Videtur non tantum sextas Iustin. sustulisse, sed etiam quintas. Quoniam & in quintis eadem ratio valet, vt alantur liberi ex bonis patris, non ex dote. Et sane si Iustinian. noluisset tollere quintas, earum mentionem aliquam permisisset fieri *in ff. vel in C.* & earum nulla mentio tamen vsquam reperitur. Alia ratio Iustiniani hæc est, quia culpa mulieris facto diuortio, hodie constat mulierem spoliari, non sextis, non semisse, sed tota dote, siue extent liberi, siue non. Non igitur hodie spoliatur dote tota beneficio liberorum, aut eorum contemplatione; sed pœnæ nomine, culpæ nomine, *in d. l. consensu.* Et de retentione ob liberos hactenus. Vltima retentio est ob impensas factas in res dotales, non modicas. Impensarum tres sunt species, necessariæ, vtiles, & voluptariæ. Ego non adferam exempla quæ licet discere *ex leg. impensæ, de verb. sign. & ex tit. de im. in res dot. fact.* Videamus in vnaquaque harum impensarum quid iuris fuerit. Ac primum quidem ob necessarias impensas, sine quibus periisset res aut deterior facta fuisset, dos ipso iure minuitur. Ideoque retentio, quæ fit ob necessarias impensas, non est proprie retentio ex dote, sed quasi retentio: quia quod retinetur pro modo & rata necessariæ impensæ, iure ipso desiit esse dotale: nec est igitur ex dote retentio, sed quasi retentio: quæ facta est præueniente lege, dotemque ipsam minuente pro rata impensæ, & imminuente vniuersitatem ipsam, non corpora singularia, vt eleganter ait *l. 5.* D. *de imp. in reb.* quo genere est Falcidia quæ imminuit legata: imo quæcumque

Falcidia,

Falcidia, quæ minuit legata ipso iure, vel fideicommissa, vel defuncti bona, sumitur ex vniuerso non ex singulis rebus & corporibus, Et hoc ostenditur *in d. l. 1. & d l. dote* D. *de dot. præleg. & l. dote*, D. *de rit. nupt. l. si is qui Stichum*, §. *quod dicitur* D. *de iur. dot. & in tit. de imp. in res dot. fact.* Ob vtiles autem impensas fit retentio ex dote, deductio, reputatio, compensatio (tot nominibus idem significatur) dicitur etiam detentatio *in l. 5.* D. *de impens. in res dot. fact.* sicut *in l. ab hostibus* §. *vlt.* D. *ex quibus caus. mai. detentatio.* Et ita Iustinianus hoc loco, quæ detinentur ob impensas. Sed hoc leue est, pergamus. Ob vtiles impensas est retentio proprie ex dote, quæ minuunt dotem ipso iure, si modo ex voluntate mulieris factæ sint, non si inuita ea, vel ignorante: nam si inuita ea vel ignorante factæ sint vtiles, impensæ quæ res dotales fecerunt meliores, si factæ sint meliorationes, seu ἐμπονήματα, hæ non aliter reputantur mulieri, quam si eas soluere aliunde possit. Doti igitur non reputantur, sed aliis bonis mulieris si habeat: si nihil aliud habeat, cedunt damno mariti, & lucro mulieris, *l. vtilium* D. *de impens. in res dot. fact. l. impens.* D. *de verb. sign.* Hodie etiamsi voluntate mulieris factæ sint impensæ vtiles, ex hac constitutione, naturaque prima actionis ex stipulatu de dote, ob impensas vtiles non fit retentio ex dote: sed dos integra redditur, impensis vtilibus non imputatis, quia sufficere debet marito, quod impensarum earum nomine, si eas fecerit voluntate mulieris, habeat actionem mandati. Voluntas est pro mandato. Habet autem actionem mandati, vt eas recuperet auctoritate Iustiniani, *auctoritate nostra*, inquit. Quid opus fuit auctoritate Iustiniani ad impensas recuperandas in danda actione mandati, cum eas impensas vxor mandauit fieri? Et eleganter ait Thalelæus in hunc locum, videri cessare actionem mandati quia ea mihi non competit aduersus alium si quid impendero in rem meam, & dos mariti est. Videtur ergo actio mandati ei non competere de eo, quod impendit vtiliter in dotem. Sed auctoritas Iustiniani tollit hanc subtilitatem, qui etiam *in l. in rebus sup. de iur. dot.* definiuit dotem non tam esse viri quam mulieris: quod si factæ sint vtiles impensæ sine voluntate mulieris, etiam marito competit actio negotiorum gestorum, quasi re vxoria gesta vtiliter, videlicet si aliunde soluere possit quam ex dote, non aliter. Alioquin non esset sublata retentio ob impensas vtiles. Igitur veniunt hæ impensæ vtiles in actionem mandati, vel negot. gestorum, etiamsi sint modicæ, quoniam in has actiones vel minimæ impensæ veniunt, nummus vnus. Cur de nummo vno recuperando non agam, quem impendi in rem alienam? Sed longe aliter seruabatur in arbitrio rei vxoriæ, in quo quid æquius, iustius, benignius esset, semper quærebatur. Nam arbiter dotis recuperãdæ non curabat modicas impensas, *in l. omnino* D. *de imp. in res dot. fact.* Et hoc de vtilibus. Ob voluptuarias impensas, neque olim, neque hodie est retentio vel repetitio, licet factæ sint voluntate mulieris, si modo mulier parata sit pati maritum tollentem ea quibus ornauit res dotales ad sensum & delectationem aut voluptatem, non ad vtilitatem & necessitatem. Pati igitur debet tollentem ea, quibus exornauit prædia dotalia, si separationem recipiant, si reuelli possint sine damno rei dotalis, & si sint profutura ipsi marito. Et ideo vt vtar exemplo, pati debet vt tollat loricationes, *les lambris*, veluti tabulas affixas parietibus, nam hæ possunt prodesse marito. Cæterum non cogitur pati, vt maligne corradat picturas, vel vt inducat tectoria, nihil laturus, nisi vt officiat mulieri, nihil lucrifacturus. Et hæc ostenduntur *in l. pro voluptuariis, & l. voluptuariæ, D. de imp. in res do fact. l. in fundo* D. *de rei vind. l. 3. §. sed si mutuam, D. de in rem vers.* Exposui quinque genera retentionum. Addendum vnũ tantum est ex iis, quæ dicta sunt, esse obseruandas & colligendas differentias, quæ iis retentionum speciebus sunt inter se. Prima differentia

A est hæc: Ob res donatas, vel amotas, vel ob impensas, vel ob mores, non tantum esse retentionem, sed etiam actionem: Ob res donatas vindicationem vel condictionem: Ob res amotas, actionẽ rerum amotarum: Ob impensas etiam condictionem *in l. 5. §. vlt. D. de imp. in res do. fact.* Ob mores actionẽ de moribus. Ergo in arbitrio rei vxoriæ, licet concurreret actio ob eas causas: tamen & retentio admittebatur. Ob liberos erat tantum retentio, non petitio, vt eleganter *Vlp. lib. sing. reg.* ostendit. Non plures, inquit, quam tres sextæ sunt *in retentione, non in petitione*, quod euenit sæpissime in iure, vt sit retentio, non actio, *l. ex quib.* D. *de cond. ind.* Debiti naturalis est retentio, non petitio. Falcidiæ olim erat retentio, non petitio: secundum Iust. petitio vel deminutio, quæ fit ipso iure, & quasi retentio. Ob sumptum quem fecit bonæ fidei

B possessor in rem alienam, est retentio, non petitio, *l. Paulus* D. *de dol. exc.* Et ita ob liberos erat retentio sextarum, non petitio. Secunda differentia hæc est: Ob alias causas retentionum ante diuortium non paciscimur probe, ne his retentionibus vtamur *l. 5. D. de pact. dot.* Ob liberos etiam ante diuortiũ paciscimur quidlibet, quod multæ leges indicant *in d. tit. de pact. dot.* Tertia differentia hæc est: Ob res amotas, vel donatas, vel ob impensas, retentio fit non tantum facto diuortio, sed etiam morte viri soluto matrimonio ab herede viri *l. rei* §. *1.* D. *solut. matrim.* Morte autem mulieris soluto matrimonio dos tota remanet apud virum, vel profectitia redit ad patrem, nisi conuenerit vt remaneret pro liberis, quod §. sequenti explicabitur accuratius. Ob mores fit retẽtio facto tantum diuortio. Itemque ob liberos facto tantum diuortio, vt

C Martinus recte sensit. Cuius sententiam glo. hoc loco dicit obseruari. Ergo morte viri soluto matrimonio non fit retentio ob liberos, etiamsi ita conuenerit ex continenti a muliere ipsa, vel patre dante dotem: nam ea pactio est iniusta, nempe contra dotem, & morte viri soluto matrimonio non licet facere deteriorem conditionem dotis ne dos integra redeat diuortio facto, aut mortua muliere in matrimonio, quia non fit deterior causa dotis, nisi diuortio facto culpa mulieris, *l. 1.* D. *de dot. præleg. l. 3. titulo sequenti, l. 2. D. de pact. dotal.* Et hoc etiam recte adnotauit *gloss. in l. cum ad patrem, sup. tit. proxim.* Mortua etiam muliere in matrimonio nihil retinebatur propter liberos, quia vel dos remanebat apud virum, vel reuertebatur ad patrẽ, hoc casu retentis tantum quintis, nisi conuenisset, vt retineretur dos propter liberos, *l. si pater, l. inter* §. *cum inter, D. de pact. dot.* Et

D quarta differentia hæc est, quia actio ex stipulatu hodie sicut olim nullam admittit retentionem, præter eam, quæ fit ob necessarias impensas § *item si de dote, Instit. de action.* Et vltima differentia hæc est: Quod ob res donatas specialiter, etiam ante Iustinian. non fiebat retentio, si vir non mutasset voluntatem. Quia ex oratione D. Seueri, & senatusconsulto confirmatur donatio inter virum & vxorem, si in eadem voluntate permanserit donator, *l. 1. D. de dot. præl. l. cum hic status* §. *oratio D. de don. inter vir. & vxo.* Hodie etiamsi mutauerit voluntatem, non fit retentio dotis ob res donatas in actione ex stipulatu, vel in alia actione, veluti in actione ex testamento *l. 1. D. de dot. præleg.* quia alia remedia comparata sunt.

E

Ad §. Illo proculdubio.

Illo proculdubio in ex stipulatu actione seruando, vt si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur siue expressa fuerit, siue ex hac lege inesse intelligatur.

IN hoc §. tractatur differentia dotis profectitiæ & aduentitiæ. Modestinus IC. scripsit librum de *differ. dot.* ex quo est *lex 13. de iur. dot.* de differentia dotis profectitiæ, vt opinor, & aduentitiæ. Et videtur is liber

fuisse portio librorum differentiarum, quos edidit idem A Modestinus. Profectitia dos est, quam pater dedit pro filia: aduentitia quam dedit alius quilibet, vel etiã pater ipse, non vt pater, sed vt extraneus, *l. profectitia* §. *si pater pro filia ff. de iur. dot.* Et hæc in glossis veterum dicitur παραγινομένη: illa dicitur ἀποδημητική, insulso ineptoque errore, quasi scil. profectitia dicatur a profectione. i. peregrinatione, & aduentitia quasi dicatur ab aduētione aut nuncii veluti personæ cuiusdam. eodē errore repotia interpretantur ποδοςροφία, quasi dicantur a repedatione, siue reditione non a reputatione. Huiusmodi ineptiæ sunt frequentes in auctoribus Græcis imperitis linguæ latinæ. Hoc posito ita distinguamus: Aut diuortio soluitur matrimonium, aut morte viri, aut morte mulieris. Et rursus si diuortio; aut post diuortium viuit mulier tempore repetendæ dotis: aut mortua est antequam B dos repeteretur. Si viuit tempore recuperandæ dotis: de hoc casu agetur in §. *accedit, & §. seq. inf.* Igitur hunc casum reseruemus in illum locum. Si post diuortium mortua sit mulier ante repetitam dotem: de hoc casu actum est *in §. maneat sup.* Ex quo intelleximus actionem rei vxoriæ, mortua muliere post diuortium, non aliter transmitti ad heredem, quam si moram in dote reddenda maritus fecisset. Et ita videtur accipienda *lex 26. & l. si post diuortium. ff. sol. matr.* Actionem autem ex stipulatu transmitti etiam sine mora, vt ait *d. §. maneat*, id est, etiamsi mariti nulla mora interuenerit, id est, si per maritum factum non fuerit, quo minus dos redderetur. quam interpretationem illius loci, etiam inueni confirmare Græcos, qui loco illorum verborum, *& sine mora*, C scribunt, *sine mora facta fuerit, siue non.* εἴτε γέγονεν ὑπέρθεσις, εἴτε μή. Et hoc ius actionis ex stipulatu, vt transmittatur indistincte ad heredem mulieris mortua muliere post diuortium, Iustinian. magis probat *in d §. maneat.* Quid si morte viri dissoluatur matrimonium? Vtimur eadem distinctione, & eodem iure quod diximus primo casu, si diuortio solueretur matrimonium: Nam si post mortem viri mox etiam moriatur mulier, ante repetitam dotem: vel dos redit ad patrem, vel ad heredem mulieris: nam siue diuortio soluatur matrimonium, siue morte viri, mox etiam sequuta morte mulieris separanda est dos profectitia ab aduentitia, vt aduentitia redeat ad heredem mulieris: profectitia ad patrem qui superuixit filiæ. Quod African. notauit recte *in l.* D *vlt. in prin. ff. rem. rat. hab.* & ibi exposui copiosius. Sed si mulier viuat post diuortium, vel mortem viri, tempore repetendę dotis, sequemur ea, quæ proponuntur *in d. §. accedit*, vbi etiam hoc casu aliqua differentia est inter dotem profectitiam & aduentitiam, vt ibi demonstrabimus. Quid autem fiet, si mulier moriatur constante matrimonio, si morte mulieris soluatur matrimonium? Et hoc casu aliud etiam est ius rei vxoriæ, aliud actionis ex stipulatu. Item aliud est ius dotis profectitiæ, aliud dotis aduentitiæ. In dote profectitia est commune ius vtriusque actionis vt scilicet redeat ad patrem, vnde profecta est *l. iure, ff. de iur. dot.* ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiat, ne, *vt ait Plin. in Panegir. Traiani. eodem momento, quo desiit esse pater, hoc quoque amittat, quo pater fuit.* Dos igitur profectitia obseruatur in E omnibus iudiciis, vt redeat ad patrem, nisi conuenerit, vt remaneret apud virum mortua muliere in matrimonio, vel pro liberis, vel etiam si nulli exstent liberi, *l. si pater, l. inter*, §. *cum inter ff. de pact. dot, l. si dotali, ff. sol matrim.* Si hoc non conuenerit, proculdubio mortua in matrimonio filia dos profectitia redit ad patrem moribus quarumdam nationum, veluti Tholosanorum, remanet apud virum, etiamsi nulli exstent liberi, etiamsi nihil de eo conuenit, vel si vxor moriatur post triduum nuptiarum: sed non iure ciuili populi Romani, quo mortua muliere constante matrimonio dotem profectitiam patri reddi oportet indistincte, siue exstent liberi siue non ex eo matrimonio. Sed vt eleganter Vlpian. docet *lib. sing. reg. tit. de dot.* exstantibus liberis, pater defunctæ mulieris, siue eorum liberorum auus maternus debet relinquere liberis quintas ex dote penes maritum, & liberis singulis in infinitum, inquit. Quomodo liberis singulis relinqui possunt quintæ ex dote in infinitum, quæso videamus. Si sint quinque liberi, nihil ex dote reuertetur ad patrem, nam quinque quintæ explent assem dotis: si sint sex filii, ex dote non possunt sumi sex quintæ: non septem si sint septem filii: non octo, & sic deinceps: Nam in toto sunt duæ tantum dimidiæ partes, & similiter tres tantum tertiæ, & quatuor tantum quartæ, & sex tantum sextæ, & consequenter quinque tantum quintæ, & sic deinceps. Finge 12. esse filios, non possunt ex dote vniuersa deduci 12. quintæ. Quamobrem existimo hac in re eandem rationem esse sequendam, quam sequimur in quarta pluribus filiis relinquēda ad excludendam inofficiosi testamenti querelam: Finge 12. esse, est singulis relinquenda non quarta bonorum omnium, sed quarta eius quod habuissent, si decessisset pater intestatus: habuissent autem singuli vnciam, ergo singulis vt eis satisfiat est relinquenda vnciæ quarta, quæ latine dicitur sicilicus. Et ita etiam patre repetente dotem filia mortua in matrimonio, si sint 12. filii, singulorum nomine maritus retinebit quintam partem eius, quod habuissent filii, si tota dos pro eis remansisset apud patrem ex æquo inter eos diuidenda eisue seruanda. Habuissent autem singuli eo casu vnciam, ergo singulis est relinquenda quinta pars vnciæ; & ad summam, omnibus 12. sunt relinquendæ duæ vnciæ integræ, & ex altera vncia duæ quintæ, reliquum omne est reddendum patri, a quo dos profecta est. Hodie quintæ illæ sunt sublatæ, vt sup. ostendi, ergo integra dos profectitia redit ad patrem, non tantum si filia fuerit in potestate eius, ne fallamur, etiamsi quædam lex dicat, mortua filiafam. in matrimonio dotem redire ad patrem, *vt l. dos inf. sol. matr.* Nam non ideo negat idem esse in emancipata filia. Ergo siue dos filiæf. siue filiæ emancipatæ profecta sit à patre, siue huius, siue illius filiæ, ea mortua in matrimonio reddenda est patri, quod confirmant multæ leges, *l. pater, de euict.* vbi vnum casum sic interpretari oportet, si filia emancipata moriatur in matrimonio, vt dotem profectitiam reddi oporteat patri, *l. profect.* §. *si pater pro filia ff. de iur. dot. l. si filia ff. de diuort. l. si ab hostib. in pr. ff. sol. mat.* Et vt dixi initio, hoc ius dotis profectitiæ est commune actioni ex stipulatu, & actioni rei vxoriæ, quia pater præsumitur tacite stipulatus sibi dotem reddi in casum mortis filiæ, patri datur tacita stipulatio, §. *extraneum inf.* Quem male huic sententiæ vulgo obiiciunt, quod scilicet male ei respondeant, non quod male obiiciant: nec enim ille §. loquitur de casu nostro, de soluto matrimonio morte filiæ, quo dicimus dotem profectitiam redire ad patrem indistincte, si fuerit filiafamil. siue emancipata: sed loquitur hic §. de matrimonio soluto diuortio, quo casu si filia sit emancipata, sola repetit dotem, *l. si cum dotem*, §. *eo autem, l. Titia ff. solut. matri. d. l. pater de euict.* quæ ait, si filia sit emancipata, non aliter dari repetitionem dotis patri, quam si ipsa moriatur in matrimonio, non igitur si diuerterit a marito: sed si filia sit in potestate, pater dotem repetit, adhibita tamen voluntate filiæfamil. quia communis dos est, aut esse intelligitur. Hoc casu differentia est inter filiamfam. & emancipatam, non in proposito casu. Et hæc de dote profectitia. In dote aduentitia eodem casu, morte scilicet mulieris soluto matrimonio, est differentia etiam inter actionem rei vxoriæ, & actionem ex stipulatu. Nam ex iudicio rei vxoriæ dos aduētitia mortua in matrimonio vxore, vel ad extraneum redit, a quo profecta est, si eam receperit sibi stipulatione, vel pactione, vel si non receperit apud virum remanet semper, *Vlp. in tit. de dot.* id est, siue exstent liberi siue non. Et hoc etiam admodum multæ leges probant, *l. si ab hostib.* §. *1. ff. solut. mat.*

mat. In qua ponimus dotem fuisse aduentitiam. posse igitur eam lucrari maritum morte vxoris. Nam hæc est natura aduentitiæ dotis non receptæ ab extraneo, qui eám dedit, quod cogitans maritus occidit vxorem, vt dotem lucraretur, hoc casu inquit, maritus reddit dotem heredibus mulieris, quia non debet ob suum facinus dotem lucrari, Idem etiam ostenditur in *l. 5. de bon. damn. l. mulier.* D. *condit. inst. de l. Celsus*, D. *de rel. & sumpt. fun. l. 1. sup. si adu. dot. l. dotale*, D. *de fund. dot. l. cum mortem, ff. de iur. fis. l. vlt. sup. tit. prox.* Nec hoc ignorauit Cornutus antiquus Grammaticus in Persium: *Dos*, inquit, *a ciue Romano data, non patrio dicta nomine*, id est, *dos aduentitia, non profectitia, si repudium non interuenerit, post mortem vxoris ad maritum pertinet.* Et quo magis hoc videatur esse verum, nam refractariis quibusdam hoc non potest persuaderi, moneo vt caueant a *l. si filia, ff. famil. ercisc.* quæ ait esse imperitiam, si quis forte existimauerit, post mortem vxoris dotem aduentitiam non remanere apud virum. Et addamus etiam dotem profectitiam remanere apud virum, post mortem vxoris. Non sum mihi contrarius; Nam hoc intelligo, si pater prior decesserit constante matrimonio, deinde ipsa filia, dos profectitia pertinebit ad maritum, non ad heredes soceri, *l. cum patrem, sup. de iure dotium.* quæ est maxime notanda. Et Vlpianus *in dicto tit. de dotib. Mortua in matrimonio*, inquit, *vxore, dos a patre profecta, si pater non sit, apud virum remanet.* Et hoc est ius actionis rei vxoriæ. At actio ex stipulatu de dote aduentitia recuperāda, mortuà in matrimonio vxore transmittitur ad heredes mulieris, nec cedit lucro mariti, nisi ita conuenerit instrumento dotali, quæ est sententia huius §. Nam Iustin. magis hodie probat ius actionis ex stipulatu, vt non remaneat dos aduentitia apud virū post mortem vxoris, nisi ex pacto dotali.

Ad §. Cum autem.

Cum autem in exactione dotis ex stipulatu quidem actio naturaliter restitutionem dotis a patre mariti vxori illico & in solidum fieri iubebat, rei vxoriæ autem annua, bima, trima die, in his quæ pondere, numero, mensura consistunt, exactionem pollicebatur, & non in solidum, sed in quantum maritus facere potest, si non dolo malo suam deminuerit substantiam, in hac parte rudem figuram ex stipulatu damus actioni, vt si matrimonium fuerit dissolutum, nullo pacto adhibito, in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest: quia hoc æquissimum est, & reuerentiæ debitum maritali, si non dolo malo versatus est, cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam peruenerit, etiam quod minus persoluit, hoc restituere procuret. Exactio autem dotis celebretur non annua, bima, trima die, sed omnimodo intra annum in rebus mobilibus vel se mouentibus vel incorporalibus, cæteris videlicet rebus, quæ solo continentur illico restituendis, quod commune vtriusque fuerat actionis. Sin autem supersederit res mobiles, vel se mouentes, vel incorporales post annale tempus restituere, vel ceteras res statim post dissolutum matrimonium, etiam vsuras æstimationis omnium rerum, quæ extra immobiles sint, vsque ad tertiam partem centesimæ ex bona fide introducendas maritus præstet, fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonij præstandis, similique modo pensionibus, vel vecturis nauium siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæstu ciuilium annonarum & aliis quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis §. 8. Igitur & in sequenti capitulo sua ex stipulatu actio vtatur natura, vt si mulier a marito fuerit heres instituta, & legis Falcidiæ ratio emerserit, etiam dotis debitum liceat ei, sicuti alia debita ex substantia mariti subtrahere, & sic quartam partem deducere.

QVæstio huius §. est de die reddendæ dotis, & si respicias ad ius actionis rei vxoriæ, dos, vt ait Vl- A pianus *in tit. de dotib.* quæ continetur pondere, numero vel mensura, redditur vxori soluto matrimonio, annua, bima, trima die, id est, anno, biennio, triennio, tribus pensionibus, quod statutum legibus tempus dicitur, *l. Attilicinus*, D. *de pact. dot.* & statutum dilationis tempus *in l. iuris gentium 7. §. vt puta, ff. de pactis.* Et vbique Tribon. propterea quod Iustinianus hoc tempus mutauit, tresque pensiones dotis vertit in vnam: Ideo vbi scriptum erat *annua, bima, trima die*: Tribonianus reposuit *statuto tempore*, sicut in tractatu de vsucapionibus semper *statuto tempore*, vel *legitimo tempore*, quod vsucapionum tempora mutasset Iustin. vbi Iurisconsultus scripserat *anno, biennio, triennio*, posuit *tempore statuto.* Et vt dixi *in l. iuris gentium §. vt puta ff. de pact. statuto dilationis tempore*, quo scilicet differtur solutio & B restitutio dotis. Et ex illo §. quod non animaduerti, explicanda sunt hæc verba huius §. (nullo pacto adhibito) hoc modo: quia diuortium est contractus, vt constat *ex l. si vxor, ff. de iudic.* Igitur si in ipso diuortio incontinenti vir & vxor paciscantur, vt dos præsens reddatur, quæ continetur pondere, numero vel mensura; ea pactio vtilis est ad agendum, id est, efficiet, vt confestim mulier repetat dotem, quia est adiecta contractui, id est diuortio ex continenti, ergo inest etiam ex parte actoris, sed vt ait §. *vt puta*, si post diuortium ex interuallo scilicet, idem conuenerit, ex eo pacto non nascitur actio, quia non inest contractui ex parte actoris quod post contractum paciscimur, & diuortium est contractus. Et ita est explicandus omnino ille §. *vt puta.* C Et *in hoc §. cum autem* illa verba, *nullo pacto adhibito*, videlicet in ipsa dissolutione matrimonii, remissione nuntij, repudio, diuortio, quod dicimus dotem illam esse reddendam annua, bima, trima die, secundum naturam arbitrii rei vxoriæ. Aliquando dicunt compendio orationis, annua die dotem esse reddendam, *vt in l. 1. ff. de dote præl.* annua die, id est, annua, bima, trima die. Et similiter *in l. talis ff. de leg. 1. & Vlpian. in supra dicto tit. de dot. in ea*, inquit, *dote, quæ annua die reddi debet*, & similiter idem possunt significare, nempe tres pensiones, Gallice, *trois payes*, hæc verba trima die, etiam omissis prioribus, annua, bima. Et in hanc rem est elegans *l. 3. §. penult.* D. *de an. leg.* Testator iussit Titio dari 100. trima die. Quæritur an sint præstanda tribus pen- D sionibus, an post triennium demum? Lex ait, in dubio ea verba sic esse accipienda, vt 100. præstentur legatario tribus pensionibus, id est, annua, bima, trima die: vel quod ea adiectio esset olim frequens Romæ in omnibus causis ob minuendam exactionum acerbitatem: vel etiam quod eo minus grauetur heres, si legatum soluat tribus pensionibus, id est, per partes: quam si integrum post triennium. Et in dubio fauemus heredi potius quam legatario, parcimus heredi, vt ait eleganter *l. Sempronius ff. de l. 2.* quod potest hodie dirimere multas controuersias, si insit memoriæ hæc sententia. In dubiis esse fauendum & parcendum heredi, id est, esse exonerandum heredem. Et est elegans species *d. l. Sempronius.* Eiusdem patrisfamil. proferuntur binæ tabulæ eodem tempore scriptæ exemplari, causa, vt solent testatores duobus exemplaribus, siue codicibus scribere E testamenta sua, vt vno amisso supersit aliud, vel vt vnum domi relinquant, alterum peregre secum ferant. *vt §. pen. Instit. de testam. ordin.* Ergo finge: sunt binæ tabulæ testamenti, in eis congruunt omnia, præterquam quod in vnis legantur Titio legata 50. in aliis eidem Titio inueniuntur 150. Quæritur vtrum debeantur ei 150. an 200. coniuncto vtroque legato, an 50. Et quia vnum tantum legatum facere voluit testator, concludamus necesse est legatario deberi 150. vt est in vnis tabulis, vel 50. vt est in aliis: Sed melius est vt in dubiis heredi parcamus, atque ideo dicamus heredem liberari soluendo 50. quod minimum est, nam in dubiis heredi parcendum est. Sic in dubio, ea verba trima die accipimus pro tribus pen-

ſionibus. Et hoc de dote quæ pondere, numero, menſura conſtat, vt reddatur per partes, id eſt, tribus penſionibus. Reliquæ dotes quæ conſiſtunt in corporibus rebuſque certis, redduntur præſenti die, poſt ſolutum matrimonium, redduntur ſtatim ſecundum naturam arbitrij rei vxoriæ. Et ſecundum naturam eiuſdem maritus vel ſocer non condemnatur in ſolidum, ſed in quantum facere poteſt, ſi modo non in fraudem vxoris bona ſua deminuerit dolo malo, vt ait Iuſtin. hoc loco. Et confirmatur *l. etiam* §. 1. D. *ſol. matr.* Nam & hoc quiſque facere poſſe videtur, quod dolo malo fecit quo minus poſſet. dolus eſt pro facultatibus: ſicut dolus dicitur eſſe pro poſſeſſione, *in l. qui dolo ff. de reg. iur.* quia non æquum eſt dolum ſuum quenquam releuare. Et ita eſt proditum *in l. verum* §. *tempus ff. pro ſoc.* Hac in re dolus malus tantum arguitur, non culpa. Nam quod culpa, id eſt, negligentia & deſidia amiſit, id non videtur facere poſſe, id non videtur poſſidere: Dolus pro poſſeſſione eſt, non culpa. qui dolo deſiit poſſidere, pro poſſeſſore damnatur, non qui culpa. Hoc autem priuilegium quod datur marito, datur etiam vxori. quacunque ex cauſa inter ſe agant priuilegium eſt reciprocum, niſi ex maleficio agant. Hoc, inquam, priuilegium non datur tantum marito, ſed etiam filio communi heredi mariti. *l. maritum, l. etiam, l. rei iudicatæ* §. *vlt. ff. ſol. matr.* Atque ita differentia eſt in hac re inter heredem filium & heredem extraneum. Priuilegium perſonale tranſit in filium heredem, non in extraneum. Sicut alias etiam priuilegium quod datur mulieri, vt præferatur omnibus creditoribus etiam antiquioribus, datur tantum filio, non heredi extraneo *l. 1. inf. de priu. dot.* Et valde notandum eſt, quoniam poteſt ad alia pleraque accommodari quod eſt ſcriptum *in l. ex diuerſo* §. *vlt. ff. ſol. matr.* Finge: Iudex imperitia iuris lapſus maritum condemnauit in ſolidum, quem non debuit condemnare vltra facultates. Ex ea condemnatione ſequitur carcer. Nam debitor qui non poteſt facere, qui non eſt par ſoluendo, carcere coercetur, *l. 1. & vlt. inf. qui bon. ced. poſ.* Magna fuit imperitia iudicis, & facit ſane iudex litem ſuam, id eſt, tenetur damnum præſtare condemnato, ſed interim mulier exiget ſolidum ex re iudicata; verum repelli poterit exceptione doli mali. Exequenti iudicatum opponetur exceptio doli mali. Remedii iſtius eſt vis magna; nam ſic fiet ope exceptionis, vt res ſemel iudicata retractetur, *il faudra reuoir le procez*, quod regula iuris non patitur. Et hoc belle confirmat *l. non diſtinguemus* §. *cum quidam, ff. de recept. qui arb. rec.* Finge: arbiter ſumptus eſt ex compromiſſo, id eſt, compromiſſa inuicem pœna, ni ſtarent ſententiæ arbitri, a qua conſtat non poſſe appellari, *l. 1. ſupra, de rec. arb.* Iure noſtro: nam conſtitutiones regiæ permittunt appellationem etiam a ſententia arbitri compromiſſarii, iure inquam noſtro a ſententia compromiſſarii appellari non poteſt, & qui ei non paret, committit pœnam compromiſſam, & exigi poteſt. Hoc cognito, pone: arbiter antequam ſententiam dixiſſet manifeſto apparuit inimicus ex noua quadam cauſa vni ex litigatoribus. Et cum ab eo teſtationibus eſſet ſæpe conuentus ne ſententiam diceret *qu'il le recuſoit*, is nihilominus nullo cogente ſententiam dixit, cui damnatus parere noluit, nec obtemperare. Igitur exigitur pœna compromiſſa. Quid faciet apud iudicem, apud quem pœna petitur? Opponet exceptionem doli mali, quod arbiter ſententiam dixerit dolo malo & per inimicitias, & contra teſtationem & vltro, & nemine cogente. Eaque exceptio inquit, erit appellationis ſpecies, licet appellari non poſſit ab arbitro, quoniam efficit vt ſententia arbitri retractetur, & eadem lis ex integro agatur. Et hæc de actione rei vxoriæ. Actio ex ſtipulatu recuperandæ dotis erat aſperior, quam rei vxoriæ actio, vt ſemper omnis actio ex ſtipulatu eſt aſpera, directa, ſimplex, ac proinde commodior & vtilior actori, quod agat præciſe, nec quicquam ponat in arbitrio

A iudicis. Nam hæc actio ex ſtipulatu maritum condemnabat in ſolidum, non habita ratione facultatum eius, & exigebat dotem præſentem, id eſt, ſtatim a ſoluto matrimonio. Hanc aſperitatem actionis ex ſtipulatu, qua ſola vult hodie repeti dotem Iuſtin. mitigat in hoc §. & hac in re ius vtriuſque actionis immutat ad aliquid, nouumque ius, & nouam formam dat actioni ex ſtipulatu. In ſuperioribus caſibus qui ſupra ſunt tractati, veterem conſeruat formam actionis ex ſtipulatu, naturam, ius reprobat actionis rei vxoriæ: In hac quæſtione & caſu de die reddendæ dotis actioni ex ſtipulatu Iuſtinianus adiicit hoc, ſcilicet quod inerat actioni rei vxoriæ, vt maritus non condemnetur vltra facultates, atque ita mitigat actionem ex ſtipulatu, probato magis iure actionis rei vxoriæ, quod eſt mite & moderatum.

B Nam ait hoc eſſe debitum reuerentiæ maritali, ne acerbius exigatur, ſi abſit dolus malus, etiamſi non abſit culpa, quæ reuerentia adeo debetur marito, vt de ea non exhibenda, puta de marito conueniendo in ſolidum paciſci turpe ſit, & improbum, *l. alia* §. *vlt. ff. ſol. matr.* At præterea ſi conuentus fuerit maritus in id, quod vires facultatum ſuarum ferebant duntaxat, ſi in id tantum condemnatus fuerit, cauere etiam debet hoc modo, quod in præſentiarum facere non poteſt, quandoque poterit, reddi. Quod etiam proponit Iuſtinian. *in hoc* §. nam poſt condemnationem illam moderatam, integra manet mulieri reſidui petitio, ſi poſtea aliquid adquiſierit maritus, quod idoneum emolumentum contineat, atque ſufficiat explendæ doti & perſoluendæ. Et nota non eſſe dubitandum, hanc cautionem eſſe tantum nudam repromiſſionem fideiuſſoribus, hoc probat euidenter *l. verum* §. *item videndum ff. pro ſoc.* Et quod

C generaliter Iuſtinian. definiuit *in l. 3. inf. de verb. ſign.* in legibus cautionis nomen ſi nihil addatur aliud, puta ſi non dicatur, vt præſtetur idonea cautio vel ſatiſdatio, ſemper eſſe accipiendum de ſtipulatione nuda, promittis; promitto. Idemque ſignificare ſimplex cautelæ nomen, videlicet ἀσφαλείας, quoniam quam nos dicimus cautionem, Græci ἀσφάλειαν, id eſt, ſecuritatem vocant. ergo & in hoc §. cautionis nomen accipiamus pro nuda repromiſſione. Idem Iuſtinian. in hoc §. noue conſtituit, vt dos quæ conſiſtit in mobilibus rebus, vel ſe mouentibus, inquit, quas Græci vocant αὐτοκίνητα, puta in mancipiis vel iumentis, aut pecoribus, item dos, quæ conſiſtit in rebus incorporalibus, puta in nominibus debitorum. Denique ſi dos conſiſtat

D in pondere, numero, & menſura, quæ res veniunt etiam mobilium appellatione, veluti pecunia numerata, vinum, frumentum, oleum, vaſa argentea, aut maſſæ aureæ aut argenteæ. Et generaliter, ſi conſiſtat in quibuſcunque mobilibus, vel ſe mouentibus, vel iuribus vel actionibus, vt ea dos non reddatur annua, bima, trima die, neque etiam præſenti die reiecto iure vtriuſque actionis, ſed intra annum. Et hic valde laudo, quod decidit Accurſius, quod quærit primum ac deinde reſpondet. Dos igitur ea reddenda eſt poſt annum. Interim vnde ſe & ſuos alet & tuebitur mulier? vnde vitam tolerabit ſuam? finge eam alia nulla bona habere, *vt l. vlt. inf. qui pot. in pign. hab.* Plerunque ait mulieres ſolam dotem habere in bonis. Et prudenter definiuit Accurſius, mulierem

E quæ aliunde ſe tueri non poteſt, intra eum annum eſſe alendam ſumptibus mariti vel heredum eius, quod & ipſi dote vtantur fruantur. Quid autem fiet ſi dos conſiſtat in rebus immobilibus? vt olim obtinuit in vtraque actione, reddenda eſt ſtatim, hoc eſt apertiſſimum. Et in ea quidem, quæ reddenda eſt intra annum, intra eum annum, eſt immunis ab vſuris præſtandis mulieri. Sed ſi poſt annum reddantur, incipiunt currere vſuræ dotis trientes; vſuræ ergo mouentium, vt mancipiorum, iumentorum, id eſt, æſtimationis earum rerum, qua in re diſtat vir a muliere: Nam viro petenti dotem debentur vſuræ trientes *a quatre pour cent.* poſt biennium,

biennium, *l. vlt. §. præterea supra titul. proxim.* mulieri A repetenti post annum. Etiam ex *d. §. præterea & ex l. hac edictali §. his illud sup. de sec. nupt.* intelleximus antea, rebus immobilibus adnumerari panes ciuiles, & mancipia rustica, & reditus vel pensiones prædiorum rusticorum, vel vrbanorum. Ex hoc loco annumerabimus etiam rebus immobilibus vel fructibus earum aut quæstubus vecturas nauium vel iumentorum, ac si naues sint res immobiles, & iumenta, & operas seruorum quæ locari solent, quod videtur tantum accipi posse de seruis rusticis, vel de iumentis rustico operi destinatis. Nam hæc mancipia vel iumenta, veluti pars fundorum sunt. Ergo veluti res immobiles, *vt ait Julian. in Nouell. 7.* Et his addatur *l. mercedes, de pet. her. §. seq.* exposuimus *in §. primum itaque*, quia pertinet ad edictum de alterutro.

Ad §. Cumque.

Cumque ex stipulatu actio in his casibus, quos enumerauimus propriam naturam habeat: necessarium est in sequenti tractatu ea exponere, quæ vel communia sunt vtriusque actionis, vel quæ in solam ex stipulatu actionem colligi oportet: vel propria quidem rei vxoriæ actionis, exinde autem ex stipulatu actioni accommodanda. Itaque partus dotalium ancillarum, id est, quæ æstimatæ non sunt, vel quæ serui dotales ex quacumque causa (nisi ex re mariti vel operis suis) adquisierunt, ad mulierem pertinere vtraque actio similiter voluit. Fœtus autem iumentorum & omnia quæ fructuum nomine continentur, ad lucrum mariti pertineant pro tempore matrimonij, siue non æstimata, siue æstimata sint. Sed & nouissimi anni in quo matrimonium soluitur, fructus pro rata temporis portione vtrique parti debere adsignari, commune vtriusque actionis est, in rebus scilicet non æstimatis. Æstimatarum enim rerum maritus quasi emptor & commodum sentiat, & dispendium subeat, & periculum exspectet.

IVstinianus cum antea satis ostendisset quæ retinuerat ex natura & iure actionis ex stipulatu longe diuersa ab actione rei vxoriæ: nunc incipit tractare quæ sunt communia actionis vtriusque, quæ etiam ipse retineat & probet. Et iam *in §. cum autem sup.* occupauit dicere hoc esse commune vtriusque actionis, vt prædia dotalia soluto matrimonio statim reddantur, reliquæ dotes etiam redduntur statim ex natura stipulationis, ex natura rei vxoriæ annua, bima, trima die: Ex noua forma D quam Iustinianus indidit actioni ex stipulatu, intra annum reliquæ dotes redduntur quæ non consistunt in rebus soli, vel quæ in mobilibus rebus adnumerantur. Sequitur *in hoc §.* aliud commune vtriusque actionis, vt in neutram actionem veniant fructus dotis percepti constante matrimonio, Hos enim maritus lucratur pro oneribus matrimonii, *l. dotis fructus ff. de iur. dot. l. pro onerib. sup. eod. l. cum pater. l. quæris. ff. de pact. dot.* Dixi constante matrimonio, nam fructus percepti ante nuptias, puta, cum traditio dotis vetustior est nuptiis, hi fructus augent dotem, & reddendi sunt quandoque soluto matrimonio, quasi dotales, *d. l. dotis, §. 1. l si seruo in dotem, de iure dot. l. 6. ff. sol. matr.* E Rursus recte dixi, percepti constante matrimonio, nam percepti post solutum matrimonium ex prædiis dotalibus, etiam augent dotem, non cedunt lucro mariti, *l. si marito §. vlt. ff. solut. matrim.* Et ideo eius anni, quo diuortium factum est, vel quo morte viri solutum est matrimonium, *vt in l. 7. §. interdum, in fin. soluto matr.* vel etiam morte mulieris, si dos profectitia fuerit, quæ sit reddenda patri mulieris superstiti, eius inquam anni fructus extremi anni nuptiarum diuiduntur inter virum & vxorem, aut socerum, pro rata temporis quo stetit matrimonium, vt recte ait Iustin. *in hoc §. & I. C. in l. si alienum ff. sol. matr. l. cum in fundo §. diuortio ff. de iur. dot.* Et Paulus *2. sent. tit. 22.* Exempli gratia: Si nouissimo anno matrimonium steterit quatuor mensibus tantum, cum forte vna fuissent per quinquennium aut decennium; ex nouissimo anno, quo coniuges vna fuerunt quatuor mensibus tantum, ex fructibus eius anni maritus feret trientem, vxor bessem, id est, maritus tertiam, quia tertia parte tantum eius anni stetit matrimonium, tertiaque tantum parte eius anni sustinuit onera matrimonii: vxor feret duas tertias, nisi aliud conuenerit, *l. penult. ff. de pact. dot.* Et inde illa nobilis quæstio, de diuisione fructuum inter virum & vxorem, *in d. l. 7. §. Papinianus ff. sol. matr.* quam satis diligenter vt arbitror, memini me exposuisse tribus in locis; *in sententiis Pauli, in feudis, & in obser. 14. cap. 22.* Aberrarem longe si ea quæstio esset mihi nunc retexenda: sed ex eis locis licet vnicuique petere certam eius definitionem, maxime *ex obser. 14.* Vbique tamen semper B seruanda est illa regula, vt nouissimi anni fructus capiat mulier pro rata temporis, quo nupta viro fuit, & vir æque pro rata temporis, quo ei nupta mulier fuit: quæ ratio, vt in illis locis ostendi, etiam seruanda est inter dominum & fructuarium, vt eius anni, quo finitur vsusfructus, pro rata temporis, quo stetit vsusfructus, eo anno fructus partiantur inter se, abrogata communi opinione, quæ ducebatur *ex l. defuncta, de vsufru.* male intellecta. Nam & audio Senatum Parisiensem ea in re abrogasse communem opinionem, id est, id quod plerique existimant, quod etiam dicitur regula. Nam in iure regula est, quod plerique iuris auctores existimant, siue opinio communis. Et hoc de fructibus eius anni, quo C factum est diuortium bona gratia. Nam si culpa interuenerit viri vel mulieris, seruanda sunt ea, quæ antea diximus de mulctandis coniugum culpis, qui dissidium fecerunt. Porro aliis annis percepti fructus, quibus nullum fuit inter coniuges dissidium, cedunt lucro mariti in vicem onerum matrimonii, nec veniunt in repetitionem dotis, etiamsi vsusfructus datus sit in dotem, non sunt reddendi fructus soluto matrimonio, quia nisi aliud appareat actum, ius ipsum vtendi fruendi videtur esse in dotem, non fructus qui percipiuntur. Igitur satis est cedi ius ipsum vtendi fruendi soluto matrimonio, nec perceptorum fructuum repetitio est, & quod dixi, eos fructus cedere lucro mariti, onerum matrimonii vice, *l. dotis §. si vsusfr. D. de iur. dot.* ex eo I. C. recte colligit *in l. quamuis, D de iur. dot.* dotem quamuis sit in bonis & dominio mariti, tamen etiam mulieris esse ex effectu ipso, quia fructus dotis effectu redeunt ad mulierem, cuius onera sustinet maritus, & hominum eius puta, ancillarum & seruorum. Denique & iure & re ipsa mulier est domina dotis etiam constante matrimonio. Igitur maritus non est solus dominus dotis, sed sunt veluti duo domini dotis, & duo possessores. Maritus igitur non omnino comparandus fructuario, vt glossa tentat *in hoc §.* Est enim plus quam fructuarius, nempe dominus, id est, proprietarius: nam & fructuarius posset dici dominus & quam legem nondum in hanc rem attuli, aperte *l. quoties §. vlt. D. de pecul.* ait, dotis datione dominium mutari, sicut emptione aut venditione facta a domino, & legato. nam legati dominium acquiritur ipso iure *ex 12. tab. vt Vlp. ait lib. reg. tit. de dom.* Fructuarius non potest seruum manumittere, in quo habet vsumfructum, cum nec iure veteri nudus proprietarius ante Iustin. potuit manumittere. pleni dominii erat dare plenam libertatem, non vel proprietarii tantum, vel fructuarii, *l. 2. D. de manum. vind.* Maritus potest manumittere seruum dotalem, si sit soluendo, id est, si pretium capitis manumissi possit refundere vxori, sicut alienare potest quamlibet rem dotalem mobilem æque, si sit soluendo, *l. 3 sup. tit. prox.* Nam lege Iulia prohibetur tantum alienatio fundi dotalis, vel ædium, seruus non est huius generis. Ac præterea manumissio non est alienatio. qui manumittitur, non alienatur, hoc est perspicuum. Et ideo in iure

ſemper ſeparatur alienatio a manumiſſione, *l. ex iudiciorum D. de accuſ. l. proſpexit, D. qui & quib. man.* In fructibus autem quos diximus lucrari maritum, quoniam & Iuſtin. hoc attingit in hoc §. numerantur, vt certum eſt, vindemiæ & ſegetes: in fructibus dotis ſunt etiam lana & fœtus pecorum, exceptis fœtibus, qui ſubmiſſi gregem retinent atque reficiunt. Nam ſi grex ouium datus ſit in dotem, maritus in locum demortuarum debet ſubmittere fœtus, atque ita retinere gregem integrum. Et hi fœtus ſubmiſſi non habentur in fructu, ſed in dote, *l. plerumque*, §. *ſi ſerui. D. de iur. dot. & l. 7. §. non ſolum, D. ſol. matr.* In fructibus etiam ſunt aut vice fructuum vſuræ collectæ ex nominibus dotalibus, *argumento l. deducta. §. ante, D. ad Trebell. & l. vſuræ, D. de vſur.* Vſuræ fructuum vicem obtinent. Quid eſt vſura? fructus ſiue reditus pecuniæ, ſiue earum rerum, quæ pondere, numero, menſura conſtant, in quibus tantum mutuum conſiſtit. Vſura eſt huius pecuniæ reditus, *l. Titius, D. de præſcript. verb.* Et in fructibus numerantur penſiones prædiorum vrbanorum, *in d. l. 7. §. de penſionib. l. prædiorum, ff. de vſur.* Non loquuntur hæ leges de penſionibus ruſticorum prædiorum; nam has certum erat eſſe in fructu, quia ruſticis prædiis fructus parere proprie innatum eſt ingenitumque. Sed dubitabatur an etiam penſiones vrbanorum prædiorum in fructu eſſent? quod magis placet. item vice fructuum ſunt, & ideo cedunt lucro mariti, quæ ſeruus dotalis adquirit ex re mariti vel ex ſuis operis, vt ait Iuſtinian. *in hoc* §. vel etiam ſi aliquid ſeruis dotalibus relinquatur hereditatis, aut legati titulo contemplatione mariti, id eſt, quod teſtator velit ad maritum peruenire non ad vxorem, nam & hoc videtur eſſe ex re mariti, *ex l. aditio inf. D. de acq. hered. l. ſi legato, aut hered. ff. de iur. dot.* Sunt & alia pleraque in fructu, quæ neceſſe non eſt omnia recitare. Dicamus de his quæ non ſunt in fructu dotis. quæ ſunt in fructu, maritus non reddit, quæ non ſunt in fructu, reddit vxori, quia augent dotem. Dos conſtante matrimonio creſcere & decreſcere poteſt. Idemque de ea dici poteſt, quod de peculio, ſimilem eſſe homini dotem, vt peculium ſimile eſſe homini dicebat Papirius Fronto: Naſcitur dos cum traditur, nuptiæque ſequuntur, aut præceſſerunt: creſcit alluuione, creſcit confuſione vſusfructus, & iis quæ mox ſubſequentur: decreſcit etiam caſu fortuito, & moritur ſoluto matrimonio. Quæ non ſunt in fructu accreſcunt doti, augent dotem, vt lapides cæſi, & arbores quædam, veluti grandes & frugiferæ, nam eæ non ſunt in fructu, vt maritus poſſit eas cædere. itemq. res comparatæ ex dotali pecunia non ſunt in fructu, ſed dotales ſunt, *l. ſi ex lapidicinis, & l. res quæ ex dotalib. D. de iur. dot. d. l. 7. §. ſi fundum.* Et, *vt dixi ſup.* fœtus qui ſubmiſſi gregem ſupplent, non ſunt in fructu: Itemque acquiſitiones aliæ ſeruorum dotalium, id eſt, extra rem mariti, vel operas ſeruorum, ſunt etiam dotales, non in fructu, *l. 3. D. de fund. dot.* Itemque partus ancillarum, vt ait Iuſtin. hoc loco, *& l. cum poſt. §. vlt. D. de iur. dot.* Nam partus non eſt in fructu neque in reditu. Abſurdum viſum eſt, vt homo homini eſſet in fructu, *l. fœtus D. de vſufr. l. in peculium, D. de vſur.* Igitur partus neque in fructu eſt, neque in reditu, quia, vt vtar alia ratione, etiam ancillæ non ita comparantur vt gallinæ, nempe vt pariant. Hæc ratio ponitur *in l. ancillarum, de pet. hered.* Partus igitur earum merito dicuntur non eſſe in reditu. Et in hoc conſentiunt omnes iuris auctores, qui exſtant, neque, vt ego oſtendam infra, vlla lex huic ſententiæ refragatur, nam quas obiiciunt, eas oſtendam potius corroborare ſententiam. Extremum erit, hæc nos dicere de rebus dotalibus inæſtimatis, quæ etiam proprie ſunt dotales. harum periculum ſpectat ad mulierem, ergo & compendium ſiue commodum. Inæſtimatæ res meliores aut deteriores, aut minores aut maiores fiunt mulieris periculo, ac proinde ei conſeruantur incrementa dotis, id eſt, quicquid eſt extra fructus dotis, ſicut deminutiones dotis etiam ei imputantur, cum dos eſt inæſtimata. Nam æſtimatarum rerum dotalium alia eſt conditio, quia eas emiſſe videtur maritus, qui ſoluto matrimonio liberatur ſoluendo pretium, ſiue æſtimationem conuentam initio dotis dandæ. Et huius fundi dotalis æſtimati lex Iulia non prohibet alienationem, ſed inæſtimati: nam æſtimatio facit maritum ſolum & plenum dominum, non etiam vxorem, *l. 5. ſup. de iu. dot.* æſtimatæ dotis eſt dominus ſolus maritus. Et ideo omne eius dotis commodum & periculum ad eum pertinet. Denique non tantum fructus, ſed & cætera quæ non ſunt in fructu *l. plerumque, in principio, & §. 1. & l. ſi mancipia, D. de iure dotium.* Ergo partus ancillarum etiam ad eum pertinent, quaſi emptorem ancillarum. Nam æſtimatio vera emptio eſt, cum ex eo negotio ſit actio ex empto & vendito, *l. quoties D. eodem titulo.* Ex ſuperioribus intelleximus, partum ancillæ non eſſe in fructu vel reditu, & augere dotem, ſi ancilla dotalis fuerit, quod hodie poſt multas controuerſias conſtat inter omnes iuris auctores, & dirimit hæc definitio multas quæſtiones iuris. Fac aliud eſſe fructum, aliud reditum, ac proprie reditum qui & proprie redactus & refectus dicitur, eſſe id quod redigitur ex locatione & conductione, *in l. fundi, D. de vſufruct. leg. l. liberto. D. de annu. legat. l. penult. §. inſulam D. de leg. 2.* vel id quod redigitur ex fœnore, *vt in l. Titius, D. de præſcriptis verbis, l. alumnæ, D. de adimend. legat.* Nam fœnus quaſi conductio eſt nummorum & locatio, vt in illo loco Horatij: *Conductis coemens obſonia nummis*, id eſt, fœnori acceptis: vel fac aliquando, eſſe idem reditum & fructum, *vt in l. quidam leg. qui fructus. D. de vſufructu leg. l. 12. D. de alim. legat.* Vel hoc ſi feceris vel illud ſemper verum eſt, partus ancillarum non eſſe fructus, non eſſe reditus, & ideo non diſſidet ab hac definitione Paulus, quod tamen pleriſque videtur, *in l. 14. D. de vſuris, & leg. 24. §. 1. dig. ad leg. Falcid.* Quorum locorum interpretationem pollicitus ſum. Cum nominatim ſcribat *Paulus 3. ſent. tit. de legatis.* legato vſufructu ancillæ, partum eius non pertinere ad legatarium ſiue fructuarium. Ergo Paulus idem admiſit quod cæteri omnes, partum ancillæ non eſſe fructum. Sed diligenter, vt res tota intelligatur, nobis explicanda eſt *d. l. 14. ff. de vſur.* Initio lex proponit, poſt moram in fideicommiſſo ſoluendo factam, fideicommiſſario eſſe reſtituendos partus ancillarum, quæ fideicommiſſo continentur, videlicet editos poſt moram. Ergo per contrarium indicat ſtatim ab initio, & manifeſtius in ſequentibus, partus editos ante moram non eſſe reſtituendos fideicommiſſario, ſed remanere penes heredem. Et hoc propoſito idem Paulus eodem in loco ponit hanc ſpeciem: Heredem rogatum reſtituere hereditatem poſt mortem ſuam, id eſt, heredis, nam olim fideicommiſſum potuit relinqui poſt mortem heredis, non etiam legatum. Recte igitur rogatus eſt heres poſt mortem ſuam reſtituere hereditatem, in qua erant ancillæ, & adiecit ſine reditu, id eſt vt reſtitueretur hereditas poſt mortem heredis excepto reditu. Quæritur an partus editi viuo herede, id eſt, ante diem fideicommiſſi cedentem, & ante moram an mortuo herede ſint reſtituendi fideicommiſſario? Et videbatur eſſe reſtituendos quia teſtator tantum excepit reditum, ne is reſtitueretur, ne fideicommiſſo contineretur, vel hereditate fideicommiſſaria. In reditu autem non ſunt partus, ergo partus excepti non videntur. Sunt igitur reſtituendi quaſi inſint hereditati. At Paulo aliud iudicium eſt, nimirum vt partus editi viuo herede ante diem fideicommiſſi cedentem non veniant in reſtitutionem, non contineantur fideicommiſſo. Et hoc ita exiſtimat Paulus, non quod excepto reditu excepti videantur partus, quos ſciebat non eſſe in reditu, vel fructu, ſed quia ea adiectio teſtatoris; *ſine reditu poſt mortem tuam reſtituito hereditatem meam*,

meam, sit superuacua, & perinde res habeatur atque si apposita non fuisset. Illa autem clausula non apposita, *sine reditu, deducto reditu, excepto reditu*, proculdio non venirent in restitutionem fructus percepti ante moram, ante diem legati cedentem, ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Hæc tria idem demonstrant tempus, ante moram, ante diem legati cedentem, & vt est in *l. 42. D. de vsur.* ante acquisitum ex causa fideicommissi dominium. Nam vt legatum statim vt cessit dies eius, ipso iure acquiritur ex 12. tabulis, id est, dominium eius rei, quæ legata est, *l. quoties §. vlt. D. de pecul.* ita etiam iure prætorio statim vt dies cessit ex causa fideicommissi dominium acquiritur, vel dominium possessionis, quoniam prætor facit possessorem, non dominum vnquam, *l. qui vsumfructum, D. si vsusfr. pet.* B Ergo vt vno verbo dicam, fructus perceptos ante diem fideicommissi cedentem, heres rogatus restituere hereditatem post mortem suam retinebit, neque restituet. Et sunt duæ rationes huius sententiæ, prima hæc est, quia rogatus est tantum restituere quod esset hereditatis. Fructus autem medio tempore percepti non hereditati accepto feruntur, sed rebus hereditariis, quæ multum distant ab hereditate. Nam hereditas est res incorporalis: res hereditariæ sunt corporales. Vsuræ autem medio tempore perceptæ, non etiam accepto feruntur hereditati, sed nominibus hereditariis. Ac proinde in restitutionem non veniunt fructus medio tempore percepti, vel vsuræ nominum hereditariorum, quæ vicem fructuum obtinent. Et hæc ratio proponitur in C *l. in fideicommissaria §. 1. D. ad Trebell. nam §. 1.* est ratio sententiæ propositæ initio huius l. Altera ratio hæc est, quia fructus ab herede percepti medio tempore rogato restituere hereditatem, post tempus videntur percepti iudicio defuncti, id est, videtur defunctus voluisse, vt interim heres fructus suos faceret, & intercapedinem illam temporis adscripsisse in gratiam heredis, *in l. mulier §. si heres, D. ad Trebell.* Ergo non debet eos restituere, quia voluntas defuncti hæc fuit, vt venirent in fideicommissum. Quæ ratio etiam efficit vt fructus medio tempore percepti heredi imputentur in quartam *d. l. in fideicommissaria.* Nam quicquid heres percepit iudicio defuncti, iure hereditario, non alio titulo, id inquam solum, non quod alio titulo capit, imputat in quartam, *l. in quartam, ff. ad legem Falc.* Ergo fructus D medio tempore percepti non veniunt in restitutionem, cum sint percepti iudicio defuncti, sed eadem ratione imputantur heredi in quartam. Paulus existimat idem statuendum esse in partu, quod est receptum in fructu, quod etiam confirmat de fructu scilicet, *l. ita tamen §. 1. ad Trebell. & l. 26. & l. quod his verbis, D. de leg. 3.* Et excipiuntur soli filii, quo iure vtimur hodie destricte, vt filii a patre rogati restituere hereditatem, vel aliis liberis, vel extraneis post tempus, omnimodo fructus medii temporis lucrifaciant, nec imputent in quartam: sed præter fructus medii temporis etiam deducant quartam integram. Hoc solis filiis dedit Zeno Imperat. *in l. iubemus, inf. ad Trebell.* Hæc inquam omnia quæ dicuntur de fructu, Paulus etiam admittit in partu, & in partu partus, videlicet partum, vel E partum partus non contineri fideicommisso hereditatis, sed imputari in Falcidiam heredi *in l. 24. §. 1. D. ad l. Falc.* quoniam & in partu interuenit eadem ratio, eadem vtilitas, par in vtroque est ratio & vtilitas, argumento *l. vlt. ff. de cloacis & l. 5. §. constitutio D. vt in poss. leg.* Communis ratio hæc est, quia vt fructus, ita partus, qui eduntur medio tempore (quia fideicommissum dilatum est in tempus in gratiam heredis ex tacita voluntate defuncti) debent pertinere ad heredem, id est, non fructus tantum, sed etiam omnis causa hereditatis, omne commodum, omne interusurium, quod pendente die fideicommissi heres capit rogatus restituere hereditatem post tempus. Non vult Paulus partum esse in fructu, sed sequi ius & conditionem fructus, vt euenit in multis partibus iuris. In actionem quod metus causa non veniunt tantum fructus, sed etiam partus quamuis non sint fructus, & partuum partus *l. sed & partus, D. quod metus causa.* Et similiter in actionem Paulianam, *l. ait prætor §. partum, D. quæ in fraud. cred.* & in rei vindicationem officio iudicis, post litem contestatam veniunt fructus, veniunt partus, venit omnis causa eius rei de qua agitur *l. Iulianus, §. 1. D. de rei vindicatione*, & in petitionem hereditatis, & nominatim *in l. ancillarum, D. de petit. heredit.* ancillarum hereditariarum partus & partuum partus venire in petitionem hereditatis, quamuis in fructu esse non existimentur, inquit, quod vix ancillæ eius rei gratia comparantur, vt pariant, vt sint reditui fructuique, sed vt seruiant vtiliter. Ergo nihil vetat aliquid non esse in fructu, & eiusdem esse iuris & conditionis, cuius est fructus. Et hoc voluit Paulus *in d. l. 14. de v'uris.* sed non fuit contentus hoc ita demonstrasse; voluit etiam id confirmare *in d. l. 14.* ex eo quod retulit *Neratius in lib. 1. respons.* vt opinor, ex communi auctorum sententia, quod si ancilla sit legata sine reditu, sicut ante propositum fuit, hereditatem fuisse relictam per fideicommissum sine reditu: si inquam ancilla similiter relicta sit per fideicommissum, legata per fideicommissum, partus ex ea nati, ante fideicommissi diem cedentem, ante moram, non veniunt in restitutionem, non sequuntur matrem. Et sane de hoc constabat inter omnes auctores, ancillam legatam, vel directo, vel per fideicommissum non sequi partum editum ante moram. Hoc aperte probat, *l. vxorem, §. sorori, ff. de leg. 3. & l. penult. ff. de optio. leg.* Sed huic *l.* penultimæ, ne quem perturbet varia scriptura, modo affirmatiua, modo negatiua, quæ est in ea l. penult. duobus locis, & vt asseramus & vindicemus, veram esse scripturam vulgarem, manus ei porrigenda est, exposita breuiter specie: Quidam filium & vxorem suam heredes instituit, & filiam exheredauit, & ei legauit certam summam, cum in familia nuberet, & insuper eidem filiæ legauit decem mancipia cum nupserit, quæ scilicet elegisset vxor mater filiæ statim post aditam hereditatem, ante nuptias filiæ, quæritur, si ante nuptias mancipia enixa sint & pepererint, an partus debeantur filiæ, qui nati sunt ante diem fideicommissi cedentem, id est, ante nuptias? Respondet non deberi filiæ, partum matrem legatam non sequi. non est igitur perpetuo verum quod dicitur partum sequi matrem. Est verum cum quæritur de dominio, eius scilicet esse partum, cuius est mater, *l. partum, supra, de rei vind.* Et heredis igitur esse partum editum medio tempore, quia medio tempore ancilla heredis fuit, Et etiam id verum si quæratur de statu partus vulgo quæsiti, non iusti partus, id est, ex iustis nuptiis: nam partus non interuenientibus iustis nuptiis sequitur statum matris, ex serua seruus nascitur, ex libera liber, ex latina latinus: ea est lex naturæ, quæ sola spectatur in vulgo quæsitis seu spuriis, *l. lex naturæ, D. de statu hominum.* Cæterum partus qui iam factus est heredis, non sequitur matrem iure legati aut fideicommissi transeuntem ad alium, quia non sunt comprehensi fideicommisso vel legato. Et rursus in eadem *lege penult.* quæritur, an vsus & fructus partuum editorum ante nuptias pertineant ad matrem, cui maritus permiserat electionem decem mancipiorum dandorum filiæ exheredatæ cum nuberet? Et respondet lex, nihil proponi cur fructus, quod & de partubus dici potest natis medio tempore, ad matrem pro solido pertineant, quæ verba explicant male. Sed est manifestum significari hoc, fructus partuum non pertinere ad matrem in solidum, quia habet coheredem filium. communicandi ergo sunt filio coheredi, quia non inueniuntur nominatim adscripti matri. Erunt igitur communes. ma-

tri tantum electio decem mancipiorum concessa est: A Ergo hoc ratum & fixum est, ancillam legatam non sequi partum editum ante moram, vel medio tempore, idem est: Et ideo non abs re *in l. si ancillas de legatis* 1. proponitur testatorem legasse ancillas, & quod ex eis nasceretur: Alioquin partus non sequerentur legatarium, nisi nati post moram. In *l. huiusmodi*, §. *legatum D. de legatis* 1. quod dicitur partum sequi matrem legatam, hoc ideo fit, quia testator legauerat omnia mancipia, quæ sua essent tempore mortis: & eo tempore, mortis scilicet testatoris, ancilla in fuga pepererat, manifestum est hunc partum esse legatum non minus quam matrem, quia tempore mortis testatoris is partus fuit editus, & ipso iure factus testatoris. Denique relinquitur, vt iterum dicam, ancillam legatam post tempus non sequi partum editum medio tempore. Vnde sic ratiocinatur Paulus *in d. l.* 14. Ancillam legatam non sequitur partus editus medio tempore. hæc propositio est. hoc est verum, hoc nemo diffitetur. Sequitur assumptio: Nihil autem interest *an ancilla specialiter, an hereditas sit in fideicommisso*, in qua sunt ancillæ. Conclusio: Ergo idem obtinet in hereditate fideicommissaria, vt scilicet heredem vel fideicommissarium non sequantur partus editi ante moram. Si hoc valet in ancilla specialiter legata, vt constat inter omnes, cur æque non constat inter omnes, vt valeat in hereditate fideicommissaria, in qua sunt ancillæ? Nam sciebat Paulus suam sententiam neque Vlpiano probari *in l. mulier*, §. *sed enim D. ad Trebell.* neque Papiniano *in l. deducta* §. *hereditatem D. eod. tit.* quos auctores solet sæpissime reprehendere. Nam & in Papinianum ex professo Paulus scripsit notas, & cum ait: Quidam refert, cuius sententiam improbat, vel intelligit Vlpianum, *vt in l. lecta, D. de rebus cred. l. 8. D. vsufr. quemad. cau. l. si heredi* §. *si duorum D. de cond. & dem.* vel Papinianum, *vt in l. si creditores, D. de separat.* Videamus autem an assumptio Pauli sit vera. Nihil interesse ait an ancilla specialiter, an hereditas in fideicōmisso sit. Si ostendero esse falsam: consequens est eam ratiocinationem esse captiosam. Videtur esse falsa, id est, videtur interesse multum, ancilla relinquatur specialiter, an hereditas, in qua sunt ancillæ: nam hereditas est nomen iuris vniuersi, quod recipit augmenta, & deminutiones, commoda & incommoda omnia: ancillæ autem nomen est corporis, nomen quod certis finibus circumscribitur, finitur. Et inde differentia inter petitionem hereditatis & rei vindicationem. Nam in petitionem hereditatis veniunt partus & fructus quocumque tempore percepti ante litem, vel post litem, ante aditam vel post aditam hereditatem, *l. item veniunt*, §. *fructus ff. de pet. her.* In rei vindicationem non veniunt fructus vel partus, nisi post litem contestatam, nec ij iure actionis, sed officio iudicis, quam differentiam probat *l. 2. supra de pet. hered.* dum inducit nomen hereditatis, quo significatur ius vniuersum. Nam formula hereditatis petitionis hæc est, *si paret hereditatem meam esse*; hoc nomen recipit augmenta omnia & deminutiones, fructus & partus cuiuscunque temporis. Sic dicam, si rogatus quis sit restituere hereditatem, partus augere eam hereditatem. Item fructus augere hereditatem perceptos ante aditionem, *l. ita tamen* §. 1. *D. ad Trebell.* Et multo magis fructus, qui erant maturi tempore mortis testatoris, vel in horrea repositi, *l. 9. D. ad leg. Falc. l. Centurio D. de vulg. substit.* Fructus perceptos post aditionem ante moram excipiam, & negabo augere hereditatem fideicommisso collato in tempus, quia ex iudicio defuncti eos retinet heres, fructus, inquam, non etiam partus, quia in fructibus non habentur. Sed facile potest respondere Paulus, nempe hoc modo: Fructus perceptos post aditionem aut moram videri perceptos iudicio defuncti, qui in gratiam heredis distulit solutionem fideicommissi, cur non & partus vt heres lucretur, videtur testator fideicommissum contulisse in tempus? Non est ergo plus iuris heredi retinendorum fructuum, quam partuum perceptorum, editorum ante tempus fideicommissi. Vlpianus tamen in supradicto loco dixit, partus esse restituendos, quia non sunt in fructibus. Et loquitur necessario, cum dicat tantum partus, de editis ante moram, nam post moram nulla est differentia inter partus & fructus. Et ita etiam Papinianus in supradicto loco, si quis rogetur restituere hereditatem post mortem suam exceptis reditibus, ait, eum non posse retinere partus, quia excepti sunt soli reditus, & partus non sunt in reditu. Et similiter eum non posse retinere fœtus gregi submissos, quia & ij non sunt in reditu *l. plerunque* §. *si serui ff. de iure dot.* Et loquitur etiam necesB sario de editis ante diem fideicommissi cedentem. Nam post diem nulla est differentia inter partus & fructus, siue reditus. Ideoque idem Papinianus *in dicta l. deducta*, cum hoc proposuisset *in* §. *hereditatem*, de partubus, & in §. *ante*, fructus retinere heredem, subiicit, fructus tantum heredem retinere ante diem fideicommissi perceptos, & pensiones quæ sunt in fructu, atque vsuras, quas debitores hereditarii soluerunt heredi, cum postea dies cessisset, id est, quarum vsurarum post mortem creditoris dies cessisset, has heres retinebit, nec restituet, *vt in dicta l. deducta* §. *qui post, & l. ita tamen* §. *actiones eodem titulo.* Nec obstat *l. postulante* §. *penult. & vlt. eodem.* Itaque vt concludam, non est dissidium inter iurisconsultos in ea quæstione, an partus sit in fructu, sed an partus in restitutione fideicommissi eodem iure sit & conditione, qua fructus. Et probabilior est C Pauli sententia.

Ad §. Cautione.

Cautione videlicet defensionis in specie, in qua dotem suæ vxoris vel nurus in familiæ erciscundæ iudicio præcipuam filius defuncti detrahit, secundum propriam naturam ex stipulatu actionis coheredibus suis præstanda.

Solet nurus dotem dare socero, itemque pronurus prosocero, in cuius potestate maritus est, vel pro ea pater aut extraneus: nam & socer vel prosocer sustinet onera filii, & nurus & nepotis pronurus. Sunt enim in vnius patris familia, in *l. si filia*, §. *hoc amplius ff. famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonii, & nihil D aliud est quam pensatio onerum. Ergo ei dari debet qui sustinet onera, id est, ei in cuius potestate maritus est: nam etsi data sit marito, confestim acquiritur parenti, in cuius potestate maritus est. Et ex contractu dotis datæ filio vel nepoti parens quandocunque tenetur, soluto matrimonio mulieri iure honorario, actione de dote, quod iussu, si iussu eius dos data sit filio vel nepoti, nouo marito, vel de peculio vel de in rem verso, vel si quid dolo malo ea in re fecerit. Nam si forte res dotales habeat, nec eas restituere paratus sit, condemnabitur ex doli clausula, quæ inest actioni de dote bonæ fidei, quanti ea res erit. Et hæc omnia comprobantur *ex d.* §. *hoc amplius, & l. in bonæ fidei, ff. de pecul. l. si cum do-* E *tem*, §. *transgrediamur, l. filiofam. 25. & l. si filiofam. 53. soluto matrim.* hac ratione, quod scilicet dos apud eum esse debeat, apud quem decurrunt onera matrimonii. In distrahenda societate omnium bonorum, ex iudicio communi diuidundo, socius qui contulerat in societatem dotem vxoris suæ, eam præcipit, id est, retinet præcipuam, nec deducit in diuisionem constante matrimonio, quia dos apud eum debet esse, qui onera sustinet. Et hæc est sententia *l. actione* §. *vlt D. pro soc.* Et similiter post mortem soceri, qui a nuru dotem accepit, quia onus matrimonii a patre mariti defuncto in ipsum maritum transfertur, maritus si ex parte pure heres sit institutus a socero, id est, patre suo, adiectis coheredibus constante matrimonio in iudicio diuidundæ hereditatis inter

coheredes, quod dicitur famil. erciscundæ, dotem vxoris suæ recipiet ante omnia, & reliqua bona diuidet inter coheredes, sed opposita exceptione doli, non ante præcipiet dotem, quam cauerit coheredibus, defensu iri eos aduersus mulierem, vel patrem eius, vel extraneum, qui pro muliere dotem datam sibi recepit, quandoque soluto matrimonio agentem ex stipulatu de dote recuperanda: eadem est cautio defensionis & indemnitatis. Nam defendere coheredes aduersus repetentes dotem, quam ipse præcipuam retinuit, est litem totam subire pro coheredibus, cum quibus agitur de dote, & indemnes eos præstare, *l. pater dotem D. de dot. prael.* Et hæc est sententia *huius* §. *cautione*, quam confirmat *d. l. si filia* §. *hoc amplius*, *& l. fundus qui D. fam. erc. & l.* 1. §. *Celsus*, *&* §. *pen. D. de dot. prael.* Et addit *l. 2. sup. fam. erc.* filium præceptam dotem vxoris suæ iudicio familiæ erciscundæ per arbitrum diuisionis sibi retinere, si postea mulier moriatur in matrimonio, videlicet nisi sit dos profectitia, & pater mulieris, qui dotem dedit, superuixerit filiæ, vel nisi dos sit recepticia. Et sane *d. l.* 2. loquitur tantum de dote, quam socero nurus ipsa adnumerauit, non pater eius, non extraneus pro ea. Hanc filius ex parte heres institutus a patre suo socero vxoris suæ deducet, detrahet, præcipiet in iudicio familiæ erciscundæ, eamque retinebit, si postea mulier moriatur in matrimonio. His autem verbis huius §. *secundum propriam naturam ex stipulatu actionis.* his verbis inquam, ne fallamur, non hoc significatur, ius illud proprium fuisse actionis ex stipulatu de dote recuperanda, vt scilicet dotem datam socero maritus ex parte a socero heres institutus, præciperet in hereditate diuidenda: nam propria quæ erant actionis ex stipulatu, omnia iam *sup.* exequutus est, & communia vtriusque actionis ex stipulatu & rei vxoriæ, cœpit exponere a præcedenti §. Ergo & ad communia vtriusque actionis pertinet *hic* §. Denique quod *in hoc* §. dicitur de præcipienda dote vtriusque iudicii æquitas admittit. Et recte ita Græci concludunt hunc §. ταῦτα κοινὰ ἦσαν. *Hæc communia erant vtriusque actionis.* Hanc conclusionem appingunt extremo huius §. Quid est ergo quod ait, *Secundum propriam actionis ex stipulatu naturam cautionibus coheredibus præstandis*? His verbis hoc tantum significatur, in stipulatione stricta coheredibus esse cauendum de indemnitate & defensione, si quis forte cum eis agat de dote actione stricta, non bonæ fidei, qualis est stipulatio dotis recuperandæ. Cautio igitur præstabatur coheredibus secundum naturam propriam actionis ex stipulatu, non secundum nouam formam pro dote datam hac constitutione Iustiniani. Et quæ diximus omnia, quæque dicemus de socero & nuru, vel de patre & filio hac in re, eadem dicta intelligamus de pronuru & prosocero, itemque de auo & nepote ex filio, qui mortuo auo recidit in potestatem patris, cum ambo viuo auo in eius potestate & familia fuerant. Et consequenter onus matrimonii sui in eum transfert, is scilicet, in cuius venit aut recidit potestatem, sustinet onera matrimonii tui, quæ vel tu ante tulisti, vel is, ex cuius potestate exiisti. Hæc est simplex interpretatio huius §. nec per se desiderat quicquam aliud. Sed quia hinc dependent, & agitantur multæ quæstiones & variæ, sane mihi videntur non esse prætermittendæ. Propositio huius §. hæc est: Filium a patre, qui dotem a nuru accepit, institutum heredem ex parte pure constante matrimonio, eam dotem habere præcipuam, & eam detrahere in iudicio familiæ erciscundæ, nec subiicere eam diuisioni. ponit filium heredem institutum. Quæro, quid sit dicendum, si exheredatus sit? Et placet etiam exheredato dari præceptionem dotis, ad quem onus matrimonii decurrit, & præcipit dotem vtili iudicio familiæ erciscundæ, *l. 1. §. Celsus D. de dot. prael.* dum ait vtili iudicio nempe familiæ erciscundæ. Nam sicut vtilis actio familiæ erciscundæ datur inter he-

A redem scriptum, & filium adoptiuum impuberem & exheredatum quartæ obtinendæ gratia, quæ ei debetur ex constitutione D. Pii, *l. 2. famil. ercisc.* ita etiam vtilis familiæ erciscundæ datur inter heredem scriptum & filium exheredatum dotis vxoris suæ præcipiendæ gratia, licet non sit coheres, quia quem onera matrimonii sequuntur, eum & dos sequitur, licet sit exheredatus. Exheredatio non potest adimere filio dotem vxoris suæ, exheredatio non potest adimere dotem filio filiæ suæ, quam pro ea dedit parens *l. dotem ff. de colla. bon.* Exheredatio filiæ exheredatæ non adimit dotem suam, quam pro ea semel dedit pater. Et hoc ostenditur *in* §. *seq.* Denique exheredatio non adimit omnia: nam iura sepulchrorum non adimit *l. 6. D. de religios. & sumpt.* B *fun.* Ergo vtili iudicio familiæ erciscundæ exheredatus filius deducit dotem vxoris suæ, quam patri, siue socero suo nurus dederat, vel si exheredato filio fuit prælegata a patre, eam persequitur iure legati *l.* 1. §. *per contrarium l. pater dotem, ff. de dot. praeleg.* Sed semper exheredatus, qui dotem præcipit, deducit, persequitur, debet heredi cauere de indemnitate ratione dotis, quia heres tenetur de dote, licet dotem habere desierit præstitam nempe exheredato manente matrimonio, id est, non ideo minus soluto matrimonio heres soceri conuenietur ex stipulatione de dote. Et est hac in re differentia inter obligationem peculiarem & obligationem dotalem. Obligatio peculiaris sequitur peculium *l. frater a fratre D. de cond. indeb.* Obligatio dotalis non sequitur dotem, vtputa diuortio facto mulier non repetet dotem a marito exheredato, quam ei non dedit, sed C patri eius, licet eam non habeat, sed eam repetet ab herede soceri cui eam dederat, licet eam non habeat iure præstitam exheredato, ideo heredi cauendum est de indemnitate. Proposuit etiam filium heredem institutum ex parte: vnde quæro, quid sit dicendum, si sit institutus ex asse a patre suo, cui vxor dotem dederat? Et hoc casu nullus est labor, quia suo iure dotem habet filius, & omnia bona patris, nec ei res est, aut controuersia cum aliis, sed interueniente Falcidia, in cuius ratione ineunda ante omnia deducitur omne æs alienum defuncti, & eo deducto primum, deinde computatur quantum sit in bonis defuncti, & animaduertitur secundum quantitatem bonorum, quæ fuerant mortis tempore, sit locus Falcidiæ, necne. Hoc, inquam, D casu filius ex asse heres institutus, & forte oneratus legatis, in ponenda ratione legis Falcidiæ, deducit dotem vxoris suæ, veluti æs alienum, quod debuit pater, quia debuit eam dotem, id est, obligatus fuit ex causa dotis acceptæ a nuru, etiamsi nondum venerit dies reddendæ dotis, ergo eam dotem deducit tanquam æs alienum defuncti. Et similiter, si sit institutus ex parte dimidia, pro sua parte etiam deducit eam dotem, tanquam æs alienum defuncti: coheres quoque eius pro altera parte dimidia, quæ ad eum pertinet deducit & detrahit partem dotis, tanquam æs alienum defuncti, videlicet, si filius nondum dotem præcepit, quia si filius iam dotem præcepit, coheredi cauet de indemnitate, & pro liberato habetur is, cui cautum est, vt iam E id non possit reputare in ære alieno pro sua parte, qua liberatus intelligitur, quæ est sententia elegantissima *l. si dos socero, D. ad leg. Falcid.* Rursus posui heredem filium institutum ex parte pure. Quæro, quid sit dicendum, si sub conditione? Et breuiter, conditio institutionis filii non suspendit dotis præceptionem. Igitur etiam pendente conditione præcipiet dotem, *l. si maritus D. famil. ercisc.* quo iudicio? vtili familiæ erciscundæ, exemplo exheredati. alioquin *d. l. si maritus* nihil pertineret ad titulum familiæ erciscundæ: imo vero locus est præceptioni dotis, deficiente conditione institutionis, in cuius defectum filius erat exheredatus, alioquin institutio filii conditionalis esset inutilis. Ea inquam deficiente, & locum habente exheredatione, se-

cundum ea quæ ante dicta sunt, præceptioni dotis locus est. Nam pendens conditio non impedit præceptionem, nec deficiens igitur, & contra, *l. cum tale* §. *si arbitratu*, *D. de condi. & demonstr.*. Ob conditionem igitur non pendet præceptio dotis, pendet tamen repetitio dotis, si post mortem soceri factum sit diuortium, pendente conditione institutionis, quia incerta est mulier, pro qua parte agere debeat cum coheredibus, quamdiu pendet conditio vnius institutionis, ergo repetitio quidem dotis pendet, sed non præceptio propter conditionem ante diuortium. Et ita est explicanda *d. l. si maritus*. Cætera sunt facillima. Proposui etiam constante matrimonio filium eam dotem præcipere arbitrio familiæ erciscundæ. Quæro, quid sit iuris, si soluto matrimonio agatur familiæ erciscundæ? Et breuiter: aut dos reddenda est mulieri, vel heredi eius, aut non: & si reddenda, vel reddenda est præsenti die vel annua. si præsenti die cessat præceptio, & mulieri est repetitio dotis aduersus heredes pro portionibus hereditariis: si reddenda est annua die, interim præcipienda est a marito, id est, eadem die est præcipienda, qua debet solui mulieri *in d. l. actione* §. *vlt. pro soc.* vbi male recipienda, pro præcipienda, & *d. l. pater dotem*, *D. de dot. præl.* Si non sit reddenda mulieri soluto matrimonio, puta ex conuentione, veniet in diuisionem, nisi filio sit prælegata *l. quod si eo tempore*, *D. pro soc.* Vltimo quæro, quia superiora pertinent ad dotem datam socero, quid sit dicendum, si data fuerit marito ipsi, qui fuerit in potestate soceri, & non socero, & sit institutus a socero, *vt sup.* An erit locus præceptioni dotis, quæ non data est socero, an nulli præceptioni? Imo vero erit præceptioni locus pro modo eius, in quo tenebatur socer actione de dote. Tenebatur autem de peculio, dote data filio ex contractu dotis, vel de in rem verso, vel etiam in solidum, quod iussu, si iussisset nurum dare filio, & id in quod tenebatur socer, filius deducet præcipuum in r actione familiæ erciscundæ, quod ostenditur etiam in *d. l. si filia* §. *hoc amplius*.

Ad §. II. Videamus.

Videamus igitur, quali incremento ei de rei vxoriæ actione accedente, formari decet ex stipulatu actionem. Cumque iuris certi atque indubitati sit, si parens virilem sexum ascendens, dote pro filia vel nepte præstita emancipauerit eam, vel ipse decesserit, in rei vxoriæ actione dotem omnimodo ad mulierem pertinere, etiamsi fuerit exheredata (quod non erat in ex stipulatu actione: ibi etenim velut aliæ actiones in omnes coheredes actio diuidebatur) æquissimum nobis visum est, & in ex stipulatu actione mulierem dotem suam præcipuam accipere, etsi emancipata vel exheredata sit, vel cum aliis heredibus scripta. §. 12. *Quo a nobis recepto & aliæ multæ species promptum accipient exitum, cum dos possit, & de inofficioso actionem excludere, (maxime si sufficit ad quartam) & in collationem ferri, si intestatus paterfamilias decesserit, & testamento facto, quando hoc testator dixerit, quæ omnia ex stipulatu actio a rei vxoriæ actione accepit.*

IVstinianus docuit supra ex iis, quæ propria erant actionis ex stipulatu de dote repetenda, quæ retineret, & ex iis quæ erant communia vtriusque actionis. Ab hoc §. incipit docere, ex iis quæ erant propria actionis rei vxoriæ, quæ transfuderit in actionem ex stipulatu, qua sola vult repeti dotem. Ac primum quidem, quod inerat actioni rei vxoriæ, vt dos quam dedisset, vel promisisset parens virilis sexus per virilem sexum cognatione iunctus, vt pater & auus paternus, cui soli in liberos potestas est, & *vt ait Leo in Nouell. 25. solius, virilis personæ in potestate esse filium dici.* filiusfam. respondet tantum masculo parenti, non parenti fœminini sexus, vt matri, non parenti virilis sexus per

A fœmininum cognatione iuncto, vt auo materno: Nam iis parentibus in liberos nulla est potestas. (Parens igitur per virilem sexum ascendens, vt loquitur in hoc *& inf.* § *extraneum*,) vt dos quam is dedisset aut promisisset pro filia vel nepte, eam filia vel neptis sibi haberet titulo præcipui, non tantum iudicio familiæ erciscundæ heres scripta ex parte adiectis coheredibus, sicut dotem vxoris suæ patri datam filius præcipuam retinet ex parte heres scriptus *in* §. *præcedenti*. Vt igitur eam dotem pro se datam ab eo parente filia vel neptis præcipuam retineat, non tantum heres scripta ex parte, sed etiam emancipata & exheredata, quæ est sententia huius §. Emancipatam sequitur peculium, si non adimatur nominatim. Et dos igitur multo magis, quoniam dos magis est in bonis filiæ, quam peculium.
B Emancipatam, vt dixi, tacite sequitur peculium, si non ademptum sit nominatim, *l. donationes* §. *pater*, *D. de donat.* Sicut etiam manumissum, vel manumissam vindicta, manumissum inter viuos quoquomodo tacite sequitur peculium, si non sit ademptum, non etiam manumissum testamento: nam mauumissum testamento non sequitur peculium, nisi sit relictum nominatim, nec satis est non esse ademptum, vt sequatur testamento manumissum, §. *peculium*, *Instit. de legatis*, *l. 1. inf. de pecul. eius qui lib.* Cedo rationem differentiæ, cur manumissum inter viuos peculium sequitur, non manumissum testamento? Vix possunt vulgo explicare rationem differentiæ, quam tamen perspicuum est esse talem, quia magis liberalis est qui viuus, quam qui moriens manumittit: namque moriens, non tam sua sponte ma-
C numittit, quam necessario, & relinquit potius, quam dat libertatem, vtique non manumissurus, si viueret. Denique plenior est voluntas manumittentis inter viuos, quam mortis causa, plenius est beneficium illius quam istius manumissoris, quia & liberalitas maior in illo quam in isto manumissore. Eadem distinctio non adhibetur in emancipato, quia omnis emancipatio fit inter viuos; nusquam inuenies emancipationem fieri testamento, certe non eius, qui morte parentis sui iuris futurus est, id est, ridicula esset emancipatio facta testamento, atque adeo collata in tempus mortis, si filium testatoris mors patris sui iuris factura est; sed aliquo casu posset emancipatio eius qui est in potestate, testamento facta videri non inutilis, vt si auus nepotem ex filio post mortem suam recasurum in potestatem fi-
D lii, iubeat esse liberum, nec recidere in potestatem filii, sed tamen nusquam inuenies emancipationem fieri testamento, vt non inuenies adoptionem fieri testamento, non inuenies curatorem dari testamento, hæc non fiunt iure in testamentis, nec in 12. tabulis ex quibus pendet ius & origo testamentorum, legandi verbum hæc complectitur. Sed tamen sicut adoptio facta testamento, licet non sit iure facta, potest confirmari, *vt docet obser. 7.* Ac similiter curator datus testamento, licet non sit iure datus, potest confirmari: sed necessaria est confirmatio: alioquin non erit curator *in tit. de confir. tut.* Ita non dubito quin emancipatio facta testamento possit confirmari, vt si auus, vt ante dixi, nepotem recasurum in potestatem filii vetet recidere, & iubeat fie-
E ri sui iuris post mortem suam. Et ita emancipatio facta testamanto, erit strictius accipienda, quam emancipatio iure perfecta inter viuos, exemplo manumissionis, id est, emancipatum testamento non sequetur peculium, nisi relictum sit nominatim. Verum ita argumentor: Si emancipatum peculium sequitur quod non est ademptum, & dos igitur. Nam peculium potest adimi nuda voluntate, *l. non statim*, *D. de pecul.* Dos semel constituta filiæ non potest adimi, *Nouella. 97. de æqual. dot.* Dos a patre profecta est vere proprium patrimonium filiæ, adeo vt negetur esse in bonis patris, & dicatur magis esse in bonis filiæ *l. 4. D. de collat. honor. l. pater, D. ad leg. Falcid.* & dotis semel constitutæ nomine,

quasi

quasi rei filiæ propriæ & pleno dominio lis possit esse A cum patre, licet in eius potestate sit filia, sicut lis potest esse de quasi castrensi peculio, vel castrensi. Ita ex dote licet sit profecta a patre *in l. denique* §. *ergo*, *D. de minorib.* Peculium est quasi patrimonium filii vel filiæ, vel serui *l. peculium & l. hinc quæritur*, *D. de pec. l. 2. D. de statulibe*r. Marcus Tullius in Prætur. Vrb. ait viuos parentes cum filiis bona partiri: hoc fit vel dando in dotem, vel dando in peculium; quod in dotem, patrimonium est, quod in peculium, quasi patrimonium. Si igitur emancipatum sequitur peculium, & dos multo magis. Collectio est necessaria. etiam additur *in hoc* §. dotem sequi exheredatam filiam, nam exheredatio excludit tantum bonis paternis, excludit etiam lucris nuptialibus, *Nouell.* 22. excludit beneficio *l. hac edictali l. vlt. sup. de sec. nupt.* non spoliat dote, quæ filiæ B nunc esse videtur potius quam patris, id est, quæ iam non intelligitur esse in bonis paternis. Hoc vero, vt dixi, iuris obtinuit in rei vxoriæ actione. Iustinia. *in hoc* §. transfert in actionem ex stipulatu, vt scilicet, siue filia sit heres scripta ex parte, siue emancipata, siue exheredata, dotem pro ea datam a patre qui eam scripsit heredem, vel emancipauit, vel exheredauit, retineat præcipuam, solaque eius dotis repetitionem habeat actione ex stipulatu, quæ tamen hoc non admittebat olim: Nam actio ex stipulatu de dote, si filia heres fuisset scripta ex parte, diuidebatur inter coheredes pro portionibus hereditariis, sicut & alia quælibet actio diuidi solet inter eos, & exheredata dote spoliabatur, dotis repetitione nimirum competente solis heredibus scriptis. Hoc emendat Iustinian. hac in re natura actio- C nis rei vxoriæ transfusa in actionem ex stipulatu, & hoc vnum est, quod ex illa actione transfert Iustinian. in actionem ex stipulatu. Sequitur aliud *in* §. *seq.* vt scilicet exheredata dotem a patre pro ea datam, etiam in actione ex stipulatu hodie, sicut olim in actione rei vxoriæ, imputet in quartam legitimæ partis, si tres sint filii in quartam tertiæ partis omnium bonorum, id est, in vnciam. Hodie *ex Nouell. de tri. & semis.* in tertiam partem legitimæ partis debitæ ab intestato, si sint quatuor filii vel pauciores, vel in dimidiam legitimæ partis, si sint plures. Et ideo vt exheredata excludatur a querela inofficiosi testamenti, satis est, si dos quam pro D ea dedit pater, sufficiat portioni legitimæ portionis. Nam dos imputatur in legitimam, quod tamen olim non obtinuit, neque enim dos imputabatur in legitimam, *l. 1. & 2. C. Gregor. de inoff. test.* optima ratione, quia viuente patre dos a paternis bonis separatur, & fit proprium patrimonium filiæ. Legitima autem filiis debetur eorum tantum bonorum, quæ morientis fuerunt *l. cum quæritur, sup. de inoff. test.* hodie & dos & donatio propter nuptias imputantur in Falcidiam *l. quoniam sup. de inoff. test. & in hoc* §. hac ratione, quæ refellit antiquam rationem, quia præsumitur iusta & legitima præsumptione, id est, quia præsumit lex dotem vel donationem propter nuptias liberis dari contemplatione debitæ portionis. Alioquin non inducta hac præsumptione propter rationem iuris veteris, iniquum esset, eam imputari in legitimam, sed præsumimus datam E contemplatione legitimæ, & quasi mortis causa *vt in lege* 3. §. *penult. D. de bon. lib.* Donatio autem directa, quæ non fit propter nuptias, non imputatur in legitimam, nisi hac conditione facta sit nominatim, vt imputetur in legitimam *l. si non mortis, ff. de inoff. test. l. si quando.* §. *& generaliter, sup. de inoff. test.* Et valde est notanda definitio *l. pen. inf. de coll. bon.* ea tantum imputari in legitimam, de quibus legibus specialiter expressum est, vt imputentur in legitimam. Hæc regula valde coarctat imputationes in legitimam, vt plane non liceat nobis nostris interpretationibus aliud quidquam imputare in legitimam, quam quod specialiter tantum legibus expressum est. Et reperio hæc tantum expressa legibus, quæ imputantur in legitimam liberis, hereditatem, legatum, fideicom. mortis causa donationem, dotem, donationem propter nuptias, casum militiæ pecunia parentis comparatæ, & donationem directam factam ea lege, vt imputetur in legitimam, quod patet ex *l. quoniam, & l. omnimodo* §. *vlt. & l. si quando* §. *& generaliter, sup. de inoff. test, l. Papin.* §. *si quis mortis, & l. si non mortis, ff. eod.* Et hæc breuis distinctio est valde notanda, cui addamus etiam aliam ex *h.* §. quodcunque imputatur in legitimam conferri etiam fratribus, Gall. *rapporter*, id est, commisceri bonis paternis, vt omnia simul ex æquo diuidantur inter fratres. Quodcunque igitur imputatur in legitimam, etiam confertur, *l. pen. inf. de coll.* sed non e contrario. Nam non omne, quod conferri oportet, atque tribui in commune, etiam imputatur in legitimam, *d. l. pen.* Ergo in hoc proposito filia conferet dotem, si velit succedere cum fratribus in bonis paternis ab intestato, nisi scilicet id vetuerit pater, ne conferret dotem a se profectam *l. ex parte* §. *intestato, ff. famil. ercisc.* recte ab intestato: Nam si filia ex testamento patris succedat cum fratribus iure veteri, quod diu obtinuit etiam tempore Iustiniani, non est collationi locus, id est, titulus de collationibus non pertinet ad successiones testamentarias, nisi nominatim parens præceperit, si vellent filii sibi ex testamento heredes esse pro partibus eis adscriptis, vt bonis paternis commisceant bona sua, atque confundant, atque deinde diuidant omnia pro portionibus testamento adscriptis, alioquin ex testamento non est collatio, *l. 1. & 7. inf. de coll. l. vlt. sup. com. vtr. iud.* Verum hoc Iustin. cum aliquando probasset, postea improbauit, *Nou. de triente & sem.* vt succedentes ex testamento fratres conferrent bona propria in commune, si vellent frui paternis ex testamento, nisi testator id prohibuisset. Ad summam igitur, siue fratres veniunt ab intestato, siue ex testamento, debent conferre, quæ sunt collationi subiecta. Castrense enim peculium, vel quasi castrense non conferunt. Ergo tantum, quæ solent conferri conferre debent, nisi testator id prohibuerit.

Ad §. Accedit, & §. Extraneum, & §. Et hoc ex.

Accedit ei & alia species ab rei vxoriæ actione. Si quando enim extraneus dotem dabat, nulla stipulatione vel pacto pro restitutione eius in suam personam facto: quisquis is fuerat, mulier habebat rei vxoriæ actionem: quod antea in ex stipulatu actione non erat. Stipulatione autem vel pacto interposito, stipulator, vel is qui paciscebatur, habebat, vel ex stipulatu, vel præscriptis verbis ciuilem actionem. In præsenti autem non sic esse volumus, sed si non specialiter extraneus dotem dando in suam personam dotem stipulatus sit, vel pactum fecerit: tunc præsumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse, vt ei dos ex huiusmodi casu accedat. Neque enim in hac specie volumus videri extraneum tacitam stipulationem fecisse: ne quod pro mulieribus introduximus, hoc aduersus mulieres conuertatur. Imo magis in huiusmodi dotibus, quæ ab extraneis dantur [vel promittuntur] ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem: nisi expressim [extraneus] sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus: cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius seruasse extraneus non stipulando videatur. Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum ascendentem, & in potestate dotatam personam [non] habentem. Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus. §. 14. *Et hoc ex rei vxoriæ actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum. si quando etenim post dissolutum matrimonium dos a patre eius petebatur, si quidem rei vxoriæ fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiæ suæ agere: & si necdum actione mota ab hac luce fuerat subtractus, & si lis contestata esset, ad filiam quasi proprium patrimonium dos re-*

uertebatur: quod non erat in ex stipulatu actione. ibi enim & solus actionem habebat, consensu filiæ non exspectato: & si decedebat, ad suos heredes transmittebat, sed rei vxoriæ ius, & in stipulatu actionem transponere, satis humanum, satis pium, satis vtile matrimoniis est.

HI tres §§. pro vno habentur, quia scil. de vna re sunt. In hoc autem §. *accedit*, proponitur alia species, in qua etiam, quod erat proprium actionis rei vxoriæ transfertur in actionem ex stipulatu. Ac species hæc est, de diuortio facto bona gratia, vel culpa viri non mulieris, & muliere viuente post diuortium, tempore repetendæ dotis, cui competat repetitio dotis. Muliere mortua in matrimonio non diuortio facto, dictum est sup. in §. *illo*. cui post diuortium muliere mortua in §. *maneat*, cui post diuortium muliere viua *in h*. §. explicatur. Et quod de hac specie constituitur, id etiam dictum intelligemus de matrimonio soluto morte viri. post diuortium factum, vt dixi, bona gratia vel culpa viri, si mulier viuat, & sui iuris sit, sola repetit dotem actione rei vxoriæ, *l. si cum dotem* §. *eo autem tempore, & l. Titia, ff. sol. matr. l. pater, ff. de euict.* nec interest aduentitia dos fuerit, an profectitia. Quod si mulier fuerit in potestate patris, communis est actio patris & filiæ, quia scilicet pater non agit recte actione rei vxoriæ nisi adiuncta persona filiæ, id est, volente & consentiente filia, in *l. Titia* §. *qui inuita, ff. de leg. 2. l. paterfiliam, ff. ad leg. Falc. l. qui hominem* §. *si gener, ff. de solut. l. 2. l. filiæ, inf. sol. matr. l. 2.* §. *1. & l. 3. ff. eod. tit.* Quod etiam verum est indistincte, siue dos sit aduentitia, siue profectitia, tam veteri quam nouo iure. Nam hodie non tantum ex causis profectitiis sed etiam ex causis aduentitiis communes sunt actiones patris & filiæfam. vel filii, *l. vlt.* §. *vbi autem, &* §. *& filius, inf. de bon. quæ lib. acqu.* Pater exercet omnes actiones, etiam descendentes ex causis aduentitiis, adhibito tamen consensu filiifam. vel filiæ. Igitur etiam hodie repetitio dotis aduentitiæ diuortio facto, est communis patris & filiæfam. imo & dos ipsa aduentitia olim erat communis patris & filiæfam. cum ante Iustin. etiam aduentitia bona per filium quæsita, aut filiamfa. pleno dominio pertinerent ad patrem. Hodie ex constitutione Iustin. id est, *d. l. vlt.* differentia est inter dotem profectitiam, & dotem aduentitiam. Nam dos quidem profectitia est communis patris & filiæ, nedum actio: Dos autem aduentitia, & generaliter omnium bonorum aduentitiorum solus vsusfructus ad patrem pertinet. Ergo dos aduentitia hodie est filiæ propria iure dominii, non communis patris & filiæ, quia vsusfructus, quem habet pater in bonis aduentitiis non est pars dominii, id est, proprietatis, sed seruitutis species, *l. recte dicimus, D. de verb. sign.* Ergo bona aduentitia non possunt dici communia cum patre. Dos aduentitia non est communis patris & filiæ, licet repetitio dotis aduentitiæ vtrique competat, id est, patri adiuncta filia. Ac propterea forte in *l. 2.* §. *1. ff. sol. matr.* a Triboniano scriptum est tantum de dote profectitia nominatim, eam esse patris & filiæ, id est, communem, quia scilicet hodie dos aduentitia est solius filiæ, solo vsufructu nimirum patri concesso. Ergo secundum naturam rei vxoriæ actionis, si mulier erat in potestate patris diuortio facto, vt dos qualiscunque iure veteri profectitia, vel aduentitia; ita actio communis erat patris & filiæ. At inde quæro. Quid si post diuortium moriatur pater? si filia moriatur post diuortium, quid sit dicendum, explicatum est *in* §. *maneat*. Sed non dixi quid si pater moriatur post diuortium. sola filia agit rei vxoriæ actione non heres patris. Igitur etiamsi sit exheredata, vt in §. *videamus sup. & inf.* §. *& hoc ex rei vxoriæ*: sola, inquam, filia mortuo patre post diuortium etiam exheredata agit de dote, quasi morte patris sui iuris effecta. Et hoc obtinuit ita in rei vxoriæ actione. *Vlp. lib. reg. tit. de dot.* dum ait: *si mulier sit in potestate, patrem adiuncta filiæ persona habere actionem reuera.* Quid hoc est *reuera*? Ausim omni asseueratione contendere, pro *reuera* esse legendum *rei vxoriæ*, errore nato ex notis. Patrem igitur adiuncta filiæ persona habere actionem rei vxoriæ, nec interesse dos fuerit aduentitia an profectitia. Idem vero non obtinuit in actione ex stipulatu: nec enim patri aut mulieri erat ad repetendam dotem diuortio facto actio ex stipulatu, nisi stipulatio reddendæ dotis initio interuenisset, & patri, qui stipulatus erat dotem sibi reddi in casum diuortii soli competebat actio ex stipulatu, non adiuncta persona filiæfam. & moriens eam actioné transmittebat ad heredem suum. Hoc patet satis ex §. *& hoc ex rei vxoriæ actione.* Hodie autem ex hac constitutione transfusa potestate rei vxoriæ in actionem ex stipulatu, & pater stipulatus præsumitur & mulier. Data est tacita stipulatio & patri & mulieri iusta præsumptione: primum quidem mulieri, si extraneus, qui pro ea dotem dedit, stipulatus vel pactus non sit eam sibi reddi, aliter quam si sit stipulatus vel pactus dotem sibi reddi, quæ dos dicitur receptitia; si inquam non sit stipulatus vel pactus, ipsa mulier stipulata præsumitur tacito intellectu, & extraneus qui dotem sibi non recepit, eam mulieri donasse intelligitur, vt ait in *h.* §. & probat etiam *l. vlt. sup. de iur. dot.* & lex ex *morte, in fi. tit. seq. l. si cum dotem, in pr. ff. sol. matr. l. si cum Cornelius, ff. de sol.* Et est hac in re, vt alias dixi, differentia inter extraneum & patrem dantem dotem pro muliere. Nam pater recipit sibi dotem stipulatione tantũ, non pacto initio dandæ dotis: Nam stipulatio interposita ex interuallo sine voluntate filiæ inutilis est, *l. cum dos ff. de pact. dot.* Quin & interposita stipulatio a patre statim his verbis concipi debet, *voluntate filiæ dotem mihi reddi*, vt quomodo soluitur, redditurque dos patri, scilicet voluntate filiæ diuortio facto, & dos qualiscunque, eodem etiam modo promittatur, *l. 2.* §. *1. ff. sol. mat.* In extraneo autem recipiente dotem quam dedit pro muliere sufficit pactũ. Et proponitur hæc differentia in *l. 6. sup. de iur. dot.* cuius rationem attuli ante in §. *illo proculdubio.* Ergo extraneus recipit sibi dotem stipulando vel paciscendo, non ex interuallo, sed vel initio dotis dandæ, vt in *d. l. cum dos*, vel initio promittendæ dotis, vt in *l. ex morte, inf. tit. seq.* Illo loco, *tempore oblationis vel promissionis*, vbi *oblationem* vocat, quam ante dixit *dationem offerre, & dare* idem est in ea lege, & alibi sæpe. Ergo extraneus dationis tempore vel promissionis recte sibi dotem recipit stipulando vel paciscendo, non alio tempore. Et ita in venditione, non tantum ea pacta insunt & proficiunt ad agendum quæ fiunt tempore venditionis statim, sed etiam, quæ fiunt tempore traditionis, *l. si binarum, ff. de seru. vrb. præd. l. in traditionibus, ff. de pact.* Nam traditio veluti alius contractus est. Et male gl. hoc loco dotem fieri ex promissione: nam fateor promissionem dotis esse contractum. Etiam addo, dationem dotis esse contractum: sed datione sola dico fieri dotem, necdum promissione, nam res desiderat naturalem traditionem. Non est igitur dos, si eam promisero tantum vel dixero, vel pollicitus fuero, sed si tradidero, *l. 5. ff. sol. matr. l. dotale* §. *dotale, ff. de fund. dot. l. si socius, ff. pro soc.* Et ita peculium non constituitur voluntate nuda, sed traditione, *l. non statim, ff. de pecul.* Nuda voluntate adimitur peculium, traditione sola constituitur. Et dos æque sola traditione constituitur, non promissione. Ex pacto autem, quo extraneus sibi dotem recepit tempore dationis vel promissionis, vt ostenditur in *h.* §. atque etiam in *l. 6 sup. de iur. dot.* extraneo datur actio præscriptis verbis. *pactum*, inquit, *l. 6. constituit actionem præscriptis verbis*, i. format, videlicet quod ex continenti sit adiectum traditioni dotis. per se quidem pactum non parit actionem, sed quod adiicitur negotio ciuili format actionem, quæ ex eo negotio nascitur. Hic autem

autem gestum est ciuile negotium, *do vt reddas*, *do tibi dotem, vt diuortio facto eam mihi reddas*. Hæc conuentio facta hac lege, *vt reddas*, quia datione sumpsit effectum, non pacti tantum nomine cẽsetur, sed contractus. Et contractus huius ratione ex pacto ei apposito datur actio præscriptis verbis, quæ nascitur ex negotio, *do vt reddas*. Et ita est accipiendum, quod dicitur ex pacto dari præscriptis verbis actionem, nempe actionem contractus, cui pactum legem dedit ex cõtinenti. Sed si ille extraneus, neque pactus sit, neque stipulatus dotem sibi reddi mulieri sui iuris, est actio ex stipulatu tacito, vel patri eius ea consentiente: Nam vt ait in §. *extraneum*, non tantũ filiæ, sed etiam patri data est stipulatio tacita, non etiã extraneo. Dos enim non est receptitia, nisi extraneus nominatim eam sibi receperit stipulatione, vel pacto. Deniq; stipulatio tacita data extraneo non est: sed patri aut filiæ data est: Igitur tantum in gratiam mulieris excogitata est fauore dotis. Non est ergo extraneo etiã danda stipulatio tacita in perniciem mulieris, contra dotem. iuxta definitionem & regulam *l. nulla ratio, ff. de leg.* Alioquin extraneus excluderet mulierem, perinde atque si dotem specialiter sibi recepisset, quia eadem vis est tacitæ & expressæ stipulationis. Inane igitur esset beneficium tacitæ stipulationis, quod mulieri datum est. Porrò extraneum, vt ostenditur in *h.* §. dicimus omnem, qui mulierem in potestate non habet, etiã matrem & auum maternum, vt in *l. vlt.* §. *simili, sup. de iur. dot.* Nam patri qui mulierem habet in potestate, vt dixi, datur tacita stipulatio dotis cuiuscunque repetendæ, sicut olim ei erat dotis cuiuscunque actio rei vxoriæ diuortio facto, adiuncta tamen persona filiæ. Et si moriatur pater ante repetitam dotem adiuncta filia, vel etiam litem contestatam adiuncta filia, non transfert eam actionem in heredem suum, sed sola filia agit, ac dotem persequitur etiam exheredata, quasi proprium patrim onium, vt ait in §. *& hoc*. Et hoc quidem diuortio facto: nam mortua filia in matrimonio, nihil interest, quod ad profectitiam dotem attinet, pater habeat filiã in potestate nec ne, vt in *l. pater, ff. de euict.* Nam etsi filia sit emancipata, dos profectitia reuertitur ad patrem mortua filia in matrimonio, tametsi pater non fuerit stipulatus dotem sibi reddi in eum casum. Non igitur remanet apud maritum, non transfertur in heredem mulieris, sed hoc vno casu, id est, filia emancipata mortua in matrimonio, non diuortio facto, dos profectitia reuertitur ad patrem, vel si pater non sit, vt si præmortuus sit, id est, antequam filia moreretur in matrimonio, olim dos remanebat penes virum, hodie transfertur dos, id est, repetitio dotis in heredem mulieris, ex §. *illo proculdubio*.

Ad §. pen. & §. vlt.

Et cum lex Iulia fundi dotalis Italici alienationem prohibebat fieri a marito non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat: interrogati sumus, si oporteat huiusmodi sanctionem, non super Italicis tantummodo fundis, sed pro omnibus locum habere. Placet itaque nobis eandem obseruationem non tantum in Italicis fundis, sed etiam in prouincialibus extendi. Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donauimus: sufficiens habet remedium mulier, & si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne & consensu mulieris hypothecæ eius minuantur, necessarium est & in hac parte mulieribus subuenire, hoc tantummodo addito, vt fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare, nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare: ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam. Licet enim Anastasiana lex de consentientibus mulieribus, vel suo iuri renuntiantibus loquatur, tamen eam intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium & periculum mariti est. In fundo autem non æstimato, qui & dotalis proprie

A *nuncupatur, maneat ius intactum, ex lege quidem Iulia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum, atque in omnibus effusum, non tantum Italicis, & sola hypotheca conclusum.* §. 16. *Illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni necessarium esse duximus, vt si qua pacta intercesserint, vel pro restitutione* [*dotis*] *vel pro tempore, vel pro vsuris, vel pro alia quacunque causa, quæ nec contra leges nec contra constitutiones sunt, ea obseruentur. Sin autem repudio matrimonium fuerit dissolutum, omnia iura, quæ ex Theodosiana, vel nostra lege descendunt, immutilata custodiantur. Similique modo ea, quæ Anastasiana lege pro his, quæ bona gratia separantur, enumerata sunt, firma illibataque permaneant. Et generaliter quicquid sacratissimis constitutionibus vel libris prudentium cautum est, quod non contrarium huic legi inueniatur: & hoc in*
B *sua maneat firmitate, & ex stipulatu actioni aggregetur, licet in re vxoria tractatum est. Quæ omnia in his tantummodo dotibus locum habere censemus, quæ post hanc legem datæ fuerint, vel promissæ, vel etiam sine scriptis habitæ, instrumenta enim iam confecta viribus carere non patimur, sed suum exspectare euentum.*

HActenus explicata sunt iura, quæ habet actio ex stipulatu de dote recuperanda, & quæ duxit partim ex natura stipulationis propria, partim ex natura rei vxoriæ actionis. Sunt alia ex iis quæ vtriusque actionis communia erant, quædam ex hac constitutione noua, veluti vt doti reddendæ, quæ in rebus mobilibus, tam animalibus, quam iis quæ anima carent, vel quæ in rebus incorporalibus consisterent, marito heredi ue eius detur annus explicandæ pecuniæ gratia, quia plerun-
C que earum rerum pretia reddi solent, si manente matrimonio alienatæ, vel manumissæ fuerint. Nunc peracta omni ista actionum inter se comparatione, alia tradit de iure dotium, & primum de fundo dotali non alienando, quod cautum est lege Iulia, eadem scilicet l. Iulia, quæ & de pudicitia lata est, & de adulteriis, vt est in 2. *Sentent. Pauli tit. de dotib.* Et legis sententia hæc est, vt sit hac in re differentia inter alienationem & obligationem fundi dotalis, vt possit scilicet alienari fundus dotalis volente muliere, obligari autem non possit, nec volente muliere. Est etiam differentia hac in re secundum legem Iuliam inter prædia Italica & prædia prouincialia, vt proponitur in §. *1. Instit. quib. al. lic. vel non.* vt scilicet fundus dotalis Italicus non possit alienari inuita muliere, vt possit alienari consentiente muliere. Prouincia-
D lis autẽ fundus dotalis ne consentiente quidem muliere possit alienari, quia hęc prædia olim non erant res mancipi, id est, non veniebant in mancipatum siue mancipationem, quod est iustum alienationis genus, sed sola prędia Italica mancipari poterant. Lex Iulia loquitur de fundo, quo nomine significatur prædium rusticum tantum: sed eodem iure vtimur in ædibus dotalibus, quod est prædium vrbanum. Et ita lege 12. *tab.* quæ iubet vsum & auctoritatem fundi, id est, vsucapionem fundi esse biennium, vtimur aut vtebamur ante Iustinianum etiam in ædibus, licet hac l. 12. tab. ædes non appellentur, sed fundus tantum, vt M. Tullius explicat in Orat. pro Cæc. Item lex Iulia intelligitur de fundo dotali inæstimato: nam æstimati alienatio prohibita non est, cuius dominium & periculum omnimodo pertinet ad
E maritum emptionis iure, adeo vt euicto fundo ei competat aduersus mulierem actio ex empto de euictione. Marito igitur æstimati fundi dotalis (cum nec sit proprie dotalis, nisi qui inæstimatus est) alienatio non est prohibita; addo, etiamsi postea conuenerit, vt is ipse fundus restituatur soluto matrimonio, non æstimatio. Hic enim fundus etiam in prouinciis alienari potest volente muliere, voluntas mulieris exigitur propter posteriorem conuentionem, vt non æstimatio sed ipse fundus redderetur, quæ si non esset interposita, posset vir æstimatũ fundum alienare etiam inuita muliere. Et hoc ostenditur in *l. vlt. ff. de pact. dot. l. æstimatis, ff. sol. matr.*

Et ita hoc casu fundi dotalis initio quidem æstimati, sed A postea pactione quodammodo ea æstimatione retractata, qua placuit eundem fundum restitui, eius, inquam, fundi nihilominus alienatio valet facta volente muliere: cum tamen regulariter ex l. Iulia non valeret alienatio fundi dotalis in prouinciis, ne volente quidem muliere. Ac præterea in lege Iulia fundi nomine intelligitur res soli, vt est in supradicto loco *Inst.* non superficium, quod solo inædificatum est. Et vt recte notant Græci interpretes ex l. *si ex lapidicinis, ff. de iur. dot.* quæ hoc probat euidenter, est hac in re aliqua differentia inter rem soli & rem immobilem. Domus est res soli, cuius duæ sunt partes summæ, solum & superficies, *l. eum qui, ff. de vsucap.* Domus igitur est res soli, superficium autem est res immobilis, non res soli, non est ἐδαφικὸν πρᾶγμα, non est res solaris. Ideo superficii dotalis venditio valet volente muliere facta, *d. l. ex lapi-* B *dicinis.* quia scilicet venditio superficii & traditio, non est proprie alienatio. Alienatio est quæ dominium mutat, *l. 1. inf. de fun. dot.* Superficiarius non est dominus, sed quasi inquilinus, *l. in prouinciali §. pen. ff. de noui op. nunt.* Et hic etiam casus valde notandus est de superficio. Eadem lex Iulia prohibuit pignerationem fundi dotalis Italici, etiam volente & consentiente muliere, vt attigi initio. Igitur alienationem non prohibuit consentiente muliere. Obligationem prohibuit etiam consentiente muliere. Et ratio diuersitatis hæc est, quia facilius mulier consentit obligationi fundi dotalis, quam alienationi. Nam obligatio non mutat dominium rei, & nimiam facilitatem lex refrenare voluit. Nam & ita SC. Velleianum opitulatur mulieri obligatæ pro alia, non donanti: quia facilius se mulier obligat, quam alicui C donat, *l. 4. ff. ad SC. Vell.* Et hæc de l. Iulia. Hodie ex hac constitutione sublata est differentia locorum, Italiæ scilicet & prouinciarum, sublata differentia inter alienationem & obligationem, quam inducebat lex Iulia. ne consentiente quidem muliere fundi dotalis alienatio vel obligatio permittitur. Hæc est generalis determinatio Iustin. ne, vt est in Instit. *fragilitas sexus in perniciē substantiæ suæ conuertatur.* Et vt ait hoc loco, *ne fragilitate naturæ suæ facile consentientis, in repentinā deducatur inopiam*, quæ omni sexui est pene cautio prima, & debet esse, non priuatis tantum, sed etiam ciuitatibus, ne fragilitate mentis, & imbellitate animi in repentinam deducantur inopiam, ne faciles & leues animis dedant se & sua. Idem vero quod dicimus de fundo dotali, porrigitur etiam ad fundum donatum propter nu- D ptias, nam & hic quasi dotalis fundus est, & dotis nomen habet contrariæ siue mutuæ, & reciprocæ. Ita etiam alio sensu dicitur fundus dotalis *in l. 7. & 13. C. Th. de pistor.* scilicet fundus qui est obligatus pistrino, & corpori pistorum, ita vt non possit transferri in ius externum: is fundus dotalis, dicitur fundus pistrini dotalis, & dos pistrini, nec eius etiam est alienatio extra corpus pistorum. Et his quæ statuimus cum de fundo dotali, tum de fundo donato propter nuptias, vt eius neque obligatio sit permissa neque alienatio, etiam consentiente muliere. addenda est vna exceptio, ad quam pauci animaduerterunt *ex Nou. 61.* Vt si mulier consenserit alienationi fundi dotalis vel obligationi semel: vel etiamsi maritus obligationi fundi donati propter nu- E ptias vel alienationi consenserit semel, & mulier consentiat iterum post biennium, ita vt appareat certo animi iudicio, eam initio consensisse alienationi vel obligationi, vt tum rata sit alienatio vel obligatio, si ex aliis mariti bonis mulieri satisfieri dotis nomine possit *ex d. No. 61.* Data autem est mulieri, vt docuit hæc constitutio in princ. pro fundo dotali, & pro dote tota, quacunque in re consistat tacita hypotheca, & in rebus ipsis dotalibus, & in omnibus rebus mariti ipsius. & beneficio tacitæ hypothecæ, alienatum vel obligatum fundum dotalem, etiamsi ipsa consenserit, vel quo is fundus ei saluus sit, bona omnia mariti persequi potest, nec si consenserit alienationi vel obligationi, tacita hypotheca soluitur, qua ei nexus est fundus dotalis, iuxta *l. in rebus, sup. de iur. dot.* Nam vt ostenditur in *h. §.* etiamsi ex constitutione Anastasij, id est, ex *l. iubemus, sup. ad Vell.* remissio hypothecæ neque infirmetur SC. Velleiano, quod non intelligatur esse intercessio, neque iure ciuili, id est, 12. tabulis, quo inter virum & vxorem donatio vetita est, quod remissio hypothecæ non sit donatio, vt plenius ostendi initio huius l. tamen in hac parte mulier remittendo legitimam hypothecam quam habet in fundo dotali nihil agit, quam habet in aliis rebus mariti hanc iure remittit, non, vt dixi, illam quam habet in rebus dotalibus. Et hæc distinctio est adhibenda *ad leg. iubemus, sup. de iure. dot.* Et hæc omnia cum ita constituisset Iust. in hoc §. tandem ita concludit. Hodie in fundo dotali inæstimato (qui proprie est dotalis) *ius manere perfectum & effusum in omnibus terris sublata differentia locorum*, *in omnibus terris*, inquit, *& non tantum Italicis.* Sequitur: *& sola hypotheca conclusum*: quæ verba sunt obscura, nisi ἀπὸ κοινοῦ repetas (non) vt sit hæc sententia, ius hoc obtinere in omnibus terris, & non tantum Italicis, ac rursus, ius hoc non sola hypotheca esse conclusum, quæ l. Iulia ne volente quidem muliere consistebat: sed etiam alienatione, nam & hæc non valet ex hac constitutione, licet marito alienanti mulier consensum accommodauerit. Cætera sunt facilia. Iustinianus in sequentibus probat primum pacta dotalia, quæ interuenerunt inter virum & vxorem in dote constituenda, modo sint contra leges aut constitutiones secundum regulam generalem, *l. pacta, sup. de pact.* Contra leges est pactum si conuenerit, vt dos redderetur longiore die, puta post biennium aut triennium soluto matrimonio. Contra leges est, si conuenerit ne omnino redderetur mulieri, id est, vt fieret indotata mulier, quod est contra vtilitatem nubentium: contra leges est, si conuenerit vt maritus non præstet dolum in rebus dotalibus, imo turpis hæc pactio est: contra etiam leges, etiam si conuenerit vt post moram, vel post tempus reddendæ dotis, vsuræ maiores legitimis præstentur, quæ pactiones omnes improbantur in tit. *de pact. dot. ff.* Testatur deinde Iust. se probare pœnas iniusti repudii, comprehensas in *l. consensu, & l. vlt. inf. de rep.* Se item probare diuortia facta bona gratia, id est, communi & nudo consensu, absque alia causa diffidii, quæ diuortia probat in *l. si constante, inf. de repud.* & probauit aliquamdiu in *Nou. 22.* Improbauit tandem in *Nou. 117.* quo iure vtimur. Et ad extremum Iust. probat cætera omnia, quæ vel prudentes scripserunt de re vxoria, vel principes constitueruut, minime contraria huic constitutioni: ita tamen vt omnia ea iura transferantur in actionem ex stipulatu: Et quod est plerunque commune omnium LL. & constitutionum, vt pertineant ad futura, non ad præterita, *l. 7. sup. de legibus.* Qua re dicitur iudex distare a lege. Nam iudex statuit de præteritis, vt est in partition. orat. Lex de futuris. Igitur ait eodem modo hanc constitutionem tantum pertinere ad dotes post eam constitutionem datas vel promissas, scriptas vel non scriptas, nam dos exigit scripturam.

AD TITVLVM XIV.

De pactis conuentis tam super dote quam super donatione ante nuptias & paraphernis.



T in libro quarto proposito contractu emptionis & venditionis, & actionibus, quæ ex eo nascuntur, subiicitur de pactis inter emptorem & venditorem compositis, id est, de pactis conuentionis in ipsa emptione & venditione, aut in traditione rei venditæ, &

& merito subiicitur titulus de pactis, quod soleant pacta formare contractus & actionem ex contractu, quod soleant dare legem contractui, & perinde efficere, vt certa contractuum forma a nobis non possit constitui, quoniam eam quisque contractus habet formam, quam accepit ex pactis: Ita vero in hoc libro quinto proposito contractu dotis & actionibus dotis, earumque explicata natura & potestate, subiicit titulum de pactis conuentis, tam super dote quam donatione ante nuptias, & paraphernis, vel quod Iustinian. in fi. sup. tit. profiteatur, se seruare pacta dotalia, quæ modo non sint contraria legibus & constitutionibus. Et ex iis quidem pactis dotalibus iam ante diximus dari actionem præscriptis verbis ex *l. auia 6. sup. de iur. dot. & constitutione sup.* §. *accedit*, dari præscriptis verbis, veluti negotio ita B gesto, do vt reddas, quod fit extraneo dotem dante pro muliere ea lege atque pacto, vt scilicet reddatur quandoque soluto matrimonio. Non est extraneo, qui ita pactus est, actio rei vxoriæ, quæ nascitur ex contractu dotis, quia ipse dotem contraxisse non videtur, sed mulier, cuius nomine dotem dedit, id est, mulier dotem dedisse videtur non extraneus, denique mulier contraxisse dotem. Mulieri igitur danda est actio rei vxoriæ non extraneo. Non est etiam extraneo actio ex stipulatu, vt dos ei reddatur soluto matrimonio, nisi stipulatione sibi prospexerit, quia extraneo non est data tacita stipulatio, *d.* §. *accedit*. Et quod dixi supra, extraneum, licet dotem dederit, contraxisse non videri, probatur *l. 9. hoc tit.* Breuiter extraneo danti dotem pro muliere ea lege vt ei reddatur, non est eo nomine C actio rei vxoriæ, vel ex stipulatione tacita ad dotem recipiendam, sed quasi ex nouo negotio, nouo genere contractus, qui nomine vacat, datur actio præscriptis verbis, vt vel dos reddatur in casu existente, de quo conuenit inter extraneum & maritum, vel vt præstetur id quod interest, quæ actio vt Thalelæus interpretatur recte appellatur condictio in *l. 1. hoc tit.* Condictio igitur, id est, actio præscriptis verbis, vel quæ concurrit cum ea semper, condictio certi, vt constat ex *l. naturalis, ff. de præsc. verb.* Et dicitur etiam in *hac l. 1.* vtilis condictio, quia omnis actio præscriptis verbis est vtilis, non directa: datur enim ad exemplum directæ & ciuilis actionis, *d. l. naturalis.* Et in specie huius *l.* datur ad exemplum rei vxoriæ actionis. Ex iis autem pactis dotalibus alia vtilia sunt, alia inutilia. Inutilia D quæ contra leges, contra constitutiones, contra fauorem dotium, contra vtilitatem nubentium, quorum exempla supra exposui in §. *vlt. sup. tit. prox.* Vtile est pactum, si mulier cum viro paciscatur instrumento dotali, vt mulier fructus dotis percipiat, & se suosque alat, etiamsi dote data constante matrimonio ita paciscatur, quia hæc pactio non est donatio quæ constante matrimonio non fit, sed est pensatio onerum, quæ mulier explicanda suscipit, quibusque releuat maritum, ideoque fructus illi quasi donati a marito non possunt repeti & reuocari, qui non sunt donati, sed pensati. Et ita est omnino explicanda *l. 2. hoc tit.* quod patet ex *l. 21. si quis pro vxore* §. *vlt. ff. de don. inter vir. & vxor.* Vtile etiam pactum (ea vero tantum pacta tractamus de quibus dubitari poterat, inutilia essent, an vtilia) E quod facit cum genero socer, vt mortua in matrimonio filia dos profectitia, quæ alioquin rediret ad socerum, remaneat apud virum, *in l. 6. hoc tit.* quia mulieris quidem conditio pacto deterior fieri non potest habito cum patre vel muliere, vt si pacto spolietur dote, vel parte dotis, forte obtentu liberorum, morte viri soluto matrimonio, nam etsi existant liberi, dos integra est restituenda mulieri, nec ex pacto quicquam retineri potest pro liberis, quod dote spoliat mulierem superstitem, quæ est sententia, *l. 3. hoc tit. & l. 2. l. Attilicinus, ff. de pact. dot.* Patris tamen conditio potest deterior fieri ex *d. l. 6. h. tit.* pacto a patre habito cum genero, vt mortua filia (nam si viua secus esset) dos profectitia remaneat apud virum: non etiam pacto habito a genero cum muliere, *l. cum dos, ff. de pact. dot.* quia non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri, & multo minus patri per filiam. Et hoc quidem de pactis conuentis super dote. Hic titulus est etiam de pactis conuentis super donatione propter nuptias, de quibus est *l. 9. & pen. hoc tit.* vt scilicet quod attinet ad partem lucri, æqualis sit casus dotis, & casus donationis propter nuptias, de quo conuenerit, vt *l. vlt.* §. *fin autem, sup. de donation. ante nupt. Ex Nou. 97. de æqual. dot. & don. propter nuptias*, etiam æquales debent esse quantitates lucri, vt scilicet quantam summam mulier lucratur morte viri veluti pro solatio ex donatione propter nuptias, tantum etiam ferat vir ex dote mortua vxore. Et partes igitur non tantum sunt æquales, quod vult lex *9. & pen.* sed etiam hodie vt summæ sunt æquales. Et obseruandum est in hoc tit. appellari donationem ante nuptias, quia nondum mutauerat Iust. hanc appellationem: nam *l. vlt. sup. de don. ante nup.* quæ donationem ante nuptias deinceps vult appellari propter nuptias, recentior est inscriptione huius tituli. Et hæc de pactis super donatione propter nuptias. Hic titul. est etiam de pactis conuentis super paraphernis. id est, super iis, quæ mulier non dedit doti, sed sibi retinuit ex suis bonis, nec vt plerunque, commisit in potestate viri, quæ Gallico vocabulo a Latinis recepto etiam dicuntur peculium mulieris, id est, bona quæ habet extra dotem, *l. si ego* §. *dotis, ff. de iur. dot. l. donationes* §. *species, de donationibus.* rheda, petoritum, conuinni, vehiculorum genera, sunt Gallica vocabula, & a Latinis tamen recepta, & similiter peculium pro paraphernis: nam vulgo peculii longe alia significatio in tit. *de pecul.* De pactis habitis super paraphernis est *l. 5. 8. & vlt. hoc tit.* vt inutile sit pactum instrumento dotali interpositum vice testamenti, vt mortua in matrimonio vxore, paraphérna pertineant ad maritum. vtile quidem est pactum, si ita conuenerit de dote, vt mortua vxore dos cedat lucro mariti, *l. pen. ff. de pact. dot.* sed non de paraphernis, id est, cæteris bonis mulieris, quia pacto non defertur hereditas, & omnino extraneo non defertur hereditas sine testamento. Cognato tamen defertur sine testamento iure prætorio vel ciuili ab intestato: Extraneo testamenti iure duntaxat, non pactionis: nam ea pactio neque vim testamenti habet, neque codicillorum, *l. 5. h. tit.* Et improbum etiam est pacto constringere libertatem testandi & supremæ voluntatis, *l. cum duobus* §. *idem respondit, ff. pro soc.* Et additur in *l. 8. h. t.* nihil iuris habere maritum in paraphernis, nisi eatenus quatenus concedit mulier. Et obseruanda est distinctio *legis de his, infra de donation. inter vir. & vxor.* vt si mulier dederit parapherna marito, distinguamus, donandi animo dederit nec ne: Nam si donauit, & ea consumpsit maritus, mulier ea repetet, non solida, sed in quantum locupletior factus erit maritus: namque eatenus duntaxat marito donata repetuntur, id est, quatenus ipse factus est locupletior. sed si non donauit, integras res mulieri restituere compellitur, aut pretium earum, nec enim debuit consumere quod sciebat esse alienum. Harmenopul. addit in 4. Epi. tit. περὶ ἐξωπροίκων, id est de paraphernis, maritum conuentum de dote (quod scimus omnes) conueniri eatenus quatenus sufficiunt facultates, ne inops fieri periclitetur, quem mulier quondam dominum vocauit; sed si mulier cum eo agat de paraphernis, eum condemnari in solidum, non quatenus facere potest; quod valde nouum est, nec potest defendi, nisi cum agitur de paraphernis siue subreptis a viro, quo nomine vir tenetur actione rerum amotarum, *l. si ego* §. *vlt. ff. de iur. dot.* Et ita cum agitur rerum amotarum cum marito, *l. si rerum, ff. de re iudi.* ait maritum condemnari in solidum, quia ex delicto actio est. Et ita mihi videtur explicandus locus ille

Harmenopuli. Et notandum præterea *ex l. pen.* si in A paraphernis sint nomina, id est, vt recte Iustin. interpretatur in *l. vlt.* cautiones fœneratitiæ, id est, calendaria, vt in *l. nomen* §. *vlt. de leg. 3.* Et similiter Hieronym. in Esaiam 53. *nomina, vulgo dictitant cautiones,* inquit. Si inquit, in paraphernis sint nomina, & instrumento dotali conscriptum sit, data esse nomina marito loco paraphernorum, hoc vim mandati habere, vt scilicet maritus exigat nomina. Et posse igitur maritum quasi procuratorem ea nomina exigere easue actiones exercere, etiam non præstita satisdatione de rato contra definitionem, *l. maritus, sup. de proc.* quia constat satis de voluntate mulieris ex instrumento dotali, quo frustra esset scriptum nomina data marito, nisi ea posset exigere nomine mulieris, & exacta seruare, & restituere mulieri, ab ea recepta securitate, id est, apocha, ἀποδεῖξις, vt Græci dicunt. Vbi autem constat de voluntate domini procurator non exigitur satisdationem dare de rato, vt in casu *l. ne satisdatio, D. ratam rem. ha.* si fuerit voluntas domini apud acta insinuata, vel in casu *l. si procuratorem, ff. de procur.* si fuerit declarata literis ad aduersarium scriptis, quibus duobus casibus est adiungendus tertius *l. vlt. hoc tit.* Neq; tamen existimandum est, constante matrimonio agi posse ex ea causa cum marito actione mandati, quæ est famosa, & constante matrimonio famosis iudiciis mariti inuicem non confligunt, in *l. 2. inf. rer. amotar.* Sed datur actio in factum exactæ pecuniæ recipiendæ gratia. Nec illud est omittendum ex eadem *lege vltima*, nomine paraphernalium rerum mulieri tacitam datam hypothecam, nisi ipsa specialiter alia sibi cauerit hypotheca. Et præterea vt in rebus dotalibus seruandis præstat maritus dolum & culpam, *l. etiam* §. 1. *& l. in his rebus, ff. sol. matrim.* ita etiam in paraphernis. *In paraphernis*, inquit, *præstat dolum & diligentiam.* diligentiæ nomine ex aduerso intelligitur culpa, vt in *l. contractus, ff. de reg. iur.* In his etiam venire diligentiam, id est, exactissimam diligentiam, vt vel leuis culpa coargui possit & reprehendi. Et hoc si paripherna commissa sint marito, non vxori, *d. l. si ego* §. *vlt. ff. de iure dot.*

AD TITVLVM XV.

De dote cauta non nummerata.



Vmma breuis hæc est: dotem facere numerationem vel traditionem, non cautionem falsam, forte promissam spe numerationis, quæ postea consequuta non fuerit, vt in *l. 1. sup. de don. ante nupt.* Dotem tantum facere donationem legitime factam, vt in *l. 2. hoc tit.* veluti insinuatam si excedat modum, id est, si donandi animo maritus cauerit, se accepisse dotem, quam non accepit, aut se plus accepisse quam accepit, legitime insinuata donatione & contestatione: quæ donatio etsi initio sit inutilis, tamen ex SC. confirmatur morte mariti, si non mutauerit voluntatem, & habetur pro donatione mortis causa. Et ita hæc donatio confirmata morte mariti, id est, cautio dotis non acceptæ facta animo donandi, facit & auget dotem: Cautioni autem falsæ, nec interpositæ donandi animo, vel non confirmatæ a soluto matrimonio potest opponi exceptio non numeratæ dotis intra annum tantum, in *l. 3. hoc tit.* Sed Iust. huic exceptioni præscripsit longe diuersa tempora in *Nouel. C.*

AD TITVLVM XVI.

De donationibus inter virum & vxorem, & a parentibus in liberos factis, & de ratihabitione.



Væstio de re vxoria tribus partibus constat, inter quas vna est de donationibus inter virum & vxorem, propter quas erat retentio dotis soluto matrimonio; & hanc partem hic tit. exsequitur, namque superioris *tit. l. 2.* prædicere occupauit cautionem dotis non acceptæ factam vxori donandi animo, aut dotis maioris quam data sit, confirmari morte mariti, quod est ex S. C. facto post B orationem Seueri & Antonini. Nam orationem imperatoris habitam in senatu de decernenda re aliqua statim sequebatur S. C. adeo vt passim in libris nostris idem dicatur factum oratione principis & S. C. Sed hæc oratio etiã constit. dicitur generali nomine in *l. 3. hoc tit.* ideoque in dicta *l. 2. tit. sup. prox.* recte dicitur mortuo marito, morte mariti confirmata donatione, siue cautione facta donandi animo, summam cautione comprehensam posse mulierem repetere ab heredibus mariti. Cur autem ab initio non valeant ipso iure donationes inter virum & vxorem, & indigeant confirmatione, & ne mutuæ quidem donationes valeant inter coniuges, vt in *l. cum hic status,* §. *si ambo, ff. eod.* Cur non transferant dominium, cur legibus & moribus sint prohibitæ, non vna ratio reddi potest. Et ex multis rationibus oratio illa, quæ hac de re habita est C in Senatu, hanc elegit vnam, ne fiat venalis concordia inter maritos, *l. 3. in pr. ff. eod. l. si liberis, ff. de pact. dotal.* & ait dicta *l. 3. hæc ratio oratione principum Seueri & Antonini electa est*, quia poterant reddi plures. Et sane si liceret marito donare vxori, vel contra, nec donaret alter alteri quicquam, aut frequentissima ex eo nascerentur iurgia, dissidia, discordiæ, iuxta illud Varii Gemini: *Qui non litigat, cœlebs est*, apud Hieronymum, & maxime si maritus non donaret vxori. Non est enim mulieri poscendi finis, vt ait Iuuenal. Satyr. 6.

Interea calet & regnat poscitque maritum
D *Pastores & ouem Canusinam, vlmosque Falernas*
Quantulum in hoc, pueros omnes, ergastula tota,
Quodque domi non est, & habet vicinus, ematur. & cæt.

Idem alio loco

---- hæc quæritur quod,
Et lateri parcas, nec quantum iusit, anheles.

Deterior igitur est conditio mariti vel vxoris, quam extranei & penitus ignoti hominis, cui licet donare, *l. in extraneos, inf. de donat.* Deterior causa vxoris, quam concubinæ; nam concubinæ licet donare, *l. 3.* §. *diuus, l. si prædia, ff. eo l. donationes, in pr. D. de donat.* imo & scorto licet donare paganis, *l. affectionis, D. de donat.* non etiam militibus, ne eos scortilla spolient stipendiis, ex *l. 2. hoc tit.* Vbi focaria non est concubina, vt interpretantur, sed scortum, quod plerunque habeatur per E causam coquinæ; nam & ita Diuus Hieronymus 1. *Sam. cap. 8.* magyrissas, id est, *cuisinieres*, coquas interpretatur focarias, & in *l. 1.* §. *caupones, ff. nau. caup. stab.* Focarii sunt qui in stabulo vel caupona ministeriũ prębẽt, vt sunt coqui, quibus etiã eo loco recte iunguntur atriarii, quibus cõmittitur cura, mundities, & splendor atrii, in quo erat culina. Et inde atrii nomen, vt recte sentiunt Grammatici ab atrore, nempe fuligine. Concubinę nomen est honestum & legitimũ, non focarię nomen. Cur autẽ concubinæ donare licet, non vxori, neque per se neque per interpositam personam? quia scilicet (nec alia ratio reddi potest quam quæ adfertur in *l. vlt. C. Th. de leg. her.*) quo plenior est affectio & dignitas coniugalis, eo fuit refrænanda magis, alioquin nullum facerent finem

finem donandi inuicem & spargendi munera, Et vt ait A eleganter, veteres arbitrati sunt reprimendum potius, vt in loco ancipiti, quam incitandum esse mutuum fauorem inter maritos. Igitur quæ fit constante matrimonio donatio viro ab vxore vel contra (nam ante matrimon. vel post matrimonium nō est prohibita) quandocunque retrahi & reuocari potest, quia nulla est. Reuocatur pœnitentia donatoris, & pœnituisse vtique videtur qui rem donatam coniugi deinde alii donet, vt si vendat, vel alienet quoquo modo, vel etiam pignori obliget, vt in *l. 12. h. tit. d. l. cum hic status §. si maritus*, & si donator res donatas retrahat per vindicationem aut condictionem sine causa, vel ex iniusta causa. Sed obseruandum, non retrahi siue repeti a donatore res donatas in integrum, sed hactenus duntaxat, quatenus locupletior factus factaue est, qui quæue res donatas ac- B cepit, quod multæ constitutiones huius tit. ostendunt, *l. 8. & 17.* Et nulla alia ratione permittitur donatio inter coniuges honoris causa, vt scilicet vir honores adipiscatur & ludos forte solemnes exhibeat populo, quos debent eum honorem concupiscentes & appetentes, in *l. si propriis, h. tit. l. nuper, D. eod.* Non alia, inquam, ratione quam quod adepti honores per se nos locupletiores non faciant, & multo minus impendia ludorum. Eademque ratione non impediuntur donationes inter maritos manumissionis gratia, *dono tibi seruum illum, vt eum statim manumittas, l. maritus h. tit.* quia etsi donatarius per manumissionem acquirat libertum: tamen in iure hoc est perpetuum, vt non videatur locupletior factus, qui libertum acquisiuit, quia libertus non est in bonis nostris. Iustinianus etiam donationem inter Augustum C & Augustam permisit, inter serenissimos Principes, *l. pen. hoc tit.* quia, vt ait, omnis contractus Principis, omnis conuentio lex est, qua ratione etiam liberalitates Principum non indigent insinuatione, *l. sancimus, inf. de donationibus*, & collatæ in filiosfamil. pleno iure ad eos pertinent, patribus, in quorum potestate sunt, minime seruato vsufructu, *l. pen. inf. de bon. quæ lib.* Nunc exponamus, quemadmodum confirmetur donatio inter virum & vxorem, quam ab initio diximus esse inutilem. Quod ab initio est inutile, confirmari etiam & conualescere potest: ita est auctore lege certa, non aliter, vt oratione Seueri & Anton. & S. C. donatio inter virum & vxorem, etsi ab initio fuerit inutilis, conualescit & confirmatur silentio donatoris, morte donatoris. Alioquin non confirmaretur si abesset S. C. quia D quod ab initio non valet, regulariter ex postfacto non conualescit. Adeo autem verum est S. C. confirmari donationem silentio & morte donatoris, id est, si nunquam dixerit se pœnitere, si non dixerit se mutasse voluntatem, *S'il n'en a iamais parlé depuis qu'il a faict la donation*, vt hodie post S.C. ob res donatas heredibus donatoris nulla sit exactio vel retentio, *l. 1. D. de dot. præl.* Ac proinde mortuo donatore non mutata voluntate, vt habeatur ea donatio pro fideicommisso, vel mortis causa donatione, quæ nunquam fuit prohibita inter maritos, atque adeo Falcidiæ subiiciatur, *l. 12. inf. ad l. Falcid.* cum tamen alias donatio inter viuos non patiatur Falcidiam, *l. Seia §. vlt. D. de mort. caus. donat.* Hæc etiam fuit donatio inter viuos, sed quia sola morte donatoris E confirmatur, habetur pro donatione mortis causa, & ideo Falcidiam patitur. Ergo si mortuo donatore locus sit legi Falcidiæ, donatio non confirmatur in solidum, sed detracta Falcidia, id est, dodrans tantum donationis confirmatur. Et hoc est quod dixit *l. 2. tit. sup.* quatenus liberalitas interposita mutua est. Et similiter in *l. 4. hoc tit.* quatenus firmare potuit dominium: non confirmat autem dominium mors donatoris, nisi pro dodrante, si interueniat ratio legis Falcidiæ. Ad hoc notandum est, confirmari donationem, de qua tractamus non tantum morte naturali donatoris, sed etiam morte ciuili. i. seruitute, quæ comparatur morti, veluti dam-

Cod.

natione in metallum. Et quod maxime notandum est hac in re, donatio facta inter maritos non est instar donationis causa mortis. Nā donatio causa mortis, vt quælibet vlt. voluntas irrita fit damn. donatoris, quæ irrogat seruitutem, *l. si aliquis, D. de mort. caus. donat.* Donatio autem inter maritos, tantum abest vt irrita fiat seruitute donatoris, vt maxime confirmetur, *l. res, h. tit.* Sunt tres optimæ leges in *hoc tit. l. res, l. donationes, & l. vlt.* quas inferius etiam explicabimus prætermissis leuioribus. Seruitute ergo donatoris quasi morte confirmatur donatio, non etiam confirmatur peregrinitate, id est, amissione ciuitatis Romanæ, quod contingit per deportationem; quam deportationem semper sequi solet publicatio omnium bonorum, ita vt fiat extorris ciuitate & bonis omnib. qui in insulam deportatur, *l. vlt. inf. de sent. pas.* Non tamen publicantur res donatæ vxori, quia adhuc potest confirmari ea donatio morte deportati, quæ est sententia *d. l. res.* Nunc quæramus, an etiam captiuitate donatoris, confirmetur donatio, si sit captus ab hostibus? Dicam primum, non quidem confirmari statim, quia pendet status captiui propter spem postliminii, sed si decesserit apud hostes, confirmabitur donatio, non oratione Seueri & Antonini, sed lege Cornelia, quæ fingit eum, qui decessit apud hostes, decessisse paulo antequam caperetur, aut in ipso capiēdi momento, nondum captione peracta. Lex Cornelia horam captiuitatis iungit horæ mortis, *l. iusto, in f. ff. de vsucap. l. Gall. §. videndum, D. de lib. & post.* Et hæc fictio legis Corneliæ confirmat hereditates mortui apud hostes tam legitimas quam testamentarias, & substitutiones pupillares, & legata, fideicommiss. donationes mortis causa. An confirmat etiam donationes inter virum & vxorem? minime. Sed *l. vlt. hoc. tit.* licet non loquatur de lege Cornelia, tamen manifesto porrigit fictionem legis Corneliæ ad donationes inter virum & vxorem, si donator moriatur apud hostes quasi fingatur mortuus in vrbe. Et hæc est vis *l. vlt.* vt ad donationes inter virum & vxorem porrigat fictionem legis Corneliæ, imo & fictionem postliminii, vt si donatarius sit apud hostes tempore mortis donatoris, qui est mortuus in ciuitate, & donatarius redeat postliminio, perinde donatum recipiat, ac si tempore donatoris in ciuitate fuisset, quia postliminii fictio fingit eum, qui redit ab hostibus numquam fuisse in hostium potestate. Et mens igitur *d. l. vlt.* hæc est, quod nemo animaduertit, vt hæ duæ fictiones porrigantur etiam ad donationes inter virum & vxorem. Verum hic tit. est non tantum de donationibus inter virum & vxorem, vt *d. l. res*, sed vt legimus, est etiam de donationibus a parentibus factis in liberos, & de ratihabitione: Sed de his est vna tantum lex, *l. donationes 25.* illa est de donationibus inter maritos, quæ ab initio non valent, hæc de donationibus inter parentes & liberos, qui sunt in potestate eorum, quæ etiam non valent ab initio. Dono filio emancipato recte, filiofam. inutiliter, perinde ac si donarem mihi ipsi, qui idem videor esse, qui & filius ipse propter vinculum potestatis. Est etiam de ratihabitione noua lex fere in omnibus. primum hoc noui constituitur, vt quemadmodum donatio inter virum & vxorem confirmatur silentio & morte donatoris ex oratione D. Seueri: ita quod nondum fuerat constitutum, donatio inter patrem & filiumf. id est, facta a patre filiofam. confirmetur morte patris. Hoc non obtinuit olim, vt confirmaretur silentio solo & obitu patris, *l. 1. §. ff. pro don. l. 2. vlt. ff. pro her.* Confirmabatur quidem ratihabitione patris post emancipationem, vt in *l. donationes §. pater, D. de donat.* vel etiam extremo iudicio patris speciali confirmatione scripta in testamento aut iure legati, vel fideicommissi, donatione scilicet inutili versa in ius legati, vel fideicommissi, *l. pen. D. de coll. bon l. 2. C. Gregor. fam. ercisc.* Hodie etsi non interuenerit specialis confirmatio vel ratihabitatio patris post emanci-

pationem solo silentio patris, sola morte, si non mutarit voluntatem expresse, donatio collata in filiumfam. confirmatur *ex lege* 25. quę est Iustin. & ideo secundum eam legem, si quid donauit filiofam. pater, idque ei in testamento relinquat iure legati vel fideicommissi, non valebit vt legatum vel fideicommissum quamuis dixerit se legare: non enim verbum lego facit semper legatum, sed valebit vt confirmatio vetustioris donationis, exemplo donationis inter virum & vxorem. Nam donata vxori si legentur, vxor non capiet iure legati hodie post senatusconsultum, sed iure donationis confirmatæ morte donatoris. ante senaconsf. capiebat ea iure legati, quod probat *l. si quando, ff. de leg.* I. & *l. vxori* §. I *ff. de l.* 3. Et hodie etiam ea accipit iure legati vxor vel maritus cui donata sunt, vel filiusfam. si donatio non fuerit insinuata. Nam donationes non insinuatas non confirmat SC. quæ prorsus inutiles sunt. Igitur donata sine insinuatione, quando ea opus est, si legentur, tunc sane percipientur iure legati, quia donatio non est confirmata morte donatoris. Et hoc ne videatur esse inutile, multū interest vtrum cōfirmationis iure valeat donatio, an iure legati: nam quæ valet legati iure, valet tantum ex die mortis testatoris. quæ valet confirmationis iure, retrotrahitur ad tempus, quo donatio facta est. Et generaliter in *d. l.* 25. definiuit Iust. omnem confirmationē, omnem ratihabitionem retrotrahi, tam in iis quæ sunt iuris, quā in iis quæ sunt facti, quod nullo modo assequuntur interpretes nostri quid sit. Nam sciendum est, veteres in hac quæstione, an ratihabitio retrocurrat, fecisse differentiam inter ea, quæ iuris & ea quæ sunt facti. In iis quæ sunt iuris, dixerunt, & facile admiserunt ratihabitionem retrotrahi, vt in constituenda obligatione, in constituendo iure obligationis, vel iure liberationis, vt in *l. vlt. sup. ad SC. Maced. l. licet, ff. de iudic. l. si fundus* §. I *. D. de pig.* in iis autem quæ sunt facti, dicebant ratihabitionem non retrotrahi, vt si cum falsus procurator mea negotia sine mandato meo gessit, ego ita dicam, me probare, & rata facere, quæ ipse fecerit in re quæ mea est. Quæstio est facti, quæ res sit mea, vel quæ non. Et spectandum hoc erit ipso tempore ratihabitionis, non quæ fuit mea retro tempore negotii gesti. Et ita eleganter in *l. 7. D. de iur. eod.* In iis quę sunt facti quod est scriptū in codicillis non trahitur ad tempus testamenti, in quo forte sunt codicilli confirmati, vt si testator ita dixerit, lego vestem quæ mea est, vel lego Titio si viuat, vel si tot annorum est, spectamus tempus codicillorum, non retro tempus testamenti, quæ res nimirum sit mea tempore codicillorum, vel an viuat eo tempore Titius, an eius ætatis sit. Ceterum in iis quæ sunt iuris, veluti in libertate danda, in legato dando, in iure capiendi ex testamento vel codicillis, plerunque (nam excipiuntur quidam casus) codicilli trahuntur ad tempus testamenti, in *l.* 2. §. I. *l. conficiuntur* §. *pen. D. de iure cod.* At in causa ratihabitionis vult Iust. (quod nouum est) in *d. l.* 25. vt tollatur subtilis differentia veterum interpretum inter ea, quæ sunt iuris & ea, quæ sunt facti, generaliter definiens, in omnibus hodie quamcunque ratihabitionem retrotrahi.

AD TITVLVM XVII.

De repudiis & iudicio de moribus sublato.



Pars alia quæstionis de re vxoria est de moribus, quia olim propter mores erat retentio ex dote, videlicet diuortio facto, & non tantum retentio, sed etiam actio de moribus vlciscendæ iniuriæ gratia, quod fecisset qui dando causam diuortio. sed actio de moribus tollitur a Iust. in *l. vlt. hoc tit.* Et de inde in inscriptione huius tit, *de iudicio de moribus sublato*, quoniam sufficiunt pœnæ iniusti repudii comprehensæ in *l. consensu, hoc tit.* nec necessaria est hodie actio de moribus, nec in vsu ius quod ad eam actionem pertinebat. & retentionem quoque postea sustulit Iust. in tit. *de rei vxor. act.* §. *taceat*, quod ibi latius exposuimus. Sed quia non nisi facto diuortio locus erat actioni vel retentioni propter mores, etiamsi vtraque sublata sit, id est, actio & retentio propter mores, residet tamen adhuc inspectio de diuortiis, de quibus est hic tit. qui inscriptus est de repudiis potius, quam de diuortiis. Nam *repudium* est generale nomen, & eius species duæ, diuortium & repudium, vt adoptionis duæ sunt species, adoptio & adrogatio, cognationis duæ species, cognatio & agnatio: idem nomen alias generaliter accipitur, alias specialiter. diuortium est inter maritos tantum non inter sponsos, repudium inter maritos & inter sponsos. Diuortium est repudium & separatio maritorum, repudium est renuntiatio sponsalium, vel etiam diuortium. Et est contractus, vt apparet ex *l. iuris gentium* 7. §. *vt puta*, *D. de pact. l. si vxor, D. de iud.* qui fit etiam vel per libellum missum ad domum eius qui repudiatur, vel per nuntium, *l.* 6. *hoc tit.* Et est contractus solennis, qui fit adhibita obseruatione legitima, ex l. Iulia, *l. si non secundum, D. de donat. inter virum & vx. l. nullum, de diuort. l. vn. D. vnde vir & vxor.* Et vt M. Tullius ait I. *de Orat. fit certis quibusdam verbis, & solennibus, & formatis*, vt etiam loquuntur nostri auctores, id est, typicis & mysticis, vt in *l. 2. D. de diuort.* Veluti, *res tuas tibi habeto*, ad quæ procul respexit Ouid. in 2. *artis* his verbis.

Lite fugent, nuptæque viros, nuptasque mariti
Inque vicem credant res sibi semper agi:
Hoc decet vxores, dos est vxoria, lites

Sic sunt restituendi hi versus. Apud Petronium elegans est formula repudii, qua eiicitur impudica: *Quia fidem scelere violasti, & communem amicitiam, res tuas ocyus tolle, & alium locum quem polluas, quære.* Et licebat vt scitis olim cum coniuge diuortium facere communi cōsensu absque alia causa ex *l. si constante, h. tit.* non inuito altero impune, nisi esset iusta & legitima causa, quæ causæ enumerantur in *l. consensu, & l. pen. & vlt. hoc tit.* & sunt faciles. Vnus erat flamen, sacerdos Iouis, & Flaminica, id est, vxor flaminis, qui non poterant diuertere matrimonium flaminis, nisi morte dirimi ius non erat, vt Festus & Gellius scribunt. Vtimur igitur hodie iure sanctiori, iure illo sacerdotali seu flaminico. Porro cum hic tit. sit generaliter de repudiis, ideo & sub eo tractatur de renuntiatione sponsalium, de repudio inter sponsos. Et est *l. 2. huius tit.* de diuortio, cæteræ omnes Posset videri lex I. *h. tit* neque esse de repudio neque de diuortio, sed de deportatione mariti, qua tamen constat non solui matrimonium, *l. res sup. tit. prox. l.* 5. *D. de bon. donat.* Quibus tamen obstat valde *l. si quis sic stipuletur, D. sol. matr.* Extraneus stipulatus est dotem de marito hoc modo: *si quo casu vxor tua nupta esse desierit, dotem reddes:* est generalis sermo, *generalis conceptio* & commemoratio, *si quo casu nupta esse desierit:* & ideo si ancilla fiat, quia soluitur matrimonium seruitute, committitur stipulatio: item si capiatur ab hostibus, quoniam redigitur in potestatem hostium: item si deportetur. Ergo deportata nupta esse definit, nec possis aliter respondere nisi iure ciuili deportatam nuptam esse desinere, iure ciuili deportatione soluitur matrimonium, quia iustæ nuptiæ non sunt inter peregrinos, vel cum peregrino. i. non ciue Rom. At deportatio facit peregrinum. Iustæ nuptiæ sunt tantū inter ciues Romanos, vt est in Instit. in *tit. de nupt.* Iure tamen gentiū nuptiæ ab initio recte contractæ inter ciues, etiam altero coniuge redacto ad peregrinitatem per deportationem in insulam conseruantur integræ. Atque ita facta differentia inter ius ciuile, & ius gētium, hi loci in concordiā reducendi sunt: nam eadē etiā vtimur in illa quęstione, an deportatus amittat libertatē: nam

nam dicimus vulgo eum amittere ciuitatem tantum, A non libertatem, deportationem esse mediam capitis deminutionem, non maximam, quæ plectit ciuitate & libertate, quod est verum iuregentium: nam iure Quiritium, id est, stricto & summo iure ciuili, non potest videri liber, qui non est ciuis, *l. pen. ff. de var. & extr. cog.* Quod etiam significat *lex 5. ff. de stat. hom.* illo loco *exclusa ciuitate*, quasi velit exclusum ciuitate non esse liberum, nec excludi quemquam ciuitate, salua libertate. Et sane est etiam quædam deportatio, cum id expressum sit iudicis decreto, quæ plectit vtroque omnino, & ciuitate & libertate, *l. vlt. sup. vt nem. priu. tit. præd. imp. l. vlt. inf. de postl. reuers.* Ergo vt ad rem redeã, *l. 1. h. t.* non videtur esse de repudio, sed de deportatione tantum. Verum hæc verba *l. 1. si casus, in quem maritus incidit, non mutet mulieris affectionem*, demonstrant *l. 1.* pertinere etiam ad repudia: Nam sententia eius legis B hæc est: Si propter casum mariti, propter ærumnam mariti, id est, deportationem nolit ab eo discedere, laudandam esse pudicitiam mulieris, & nihilominus manente matrimonio dotem ab ea repeti posse, nec posse a fisco vindicari, qui tamen occupat omnia bona deportati: Nam si marito vergente ad inopiam constante matrimonio dotis repetitio est, *l. vbi, sup. de iur. dot.* & multo magis publicatis omnibus bonis mariti, quod contingit per deportationem: solum ipsum deportationis nomen est confiscatio omnium bonorum rei, etsi id non exprimatur in sententia. Ergo l. 1. ex contrario significat, mulierem posse mutare affectionem, & casum deportationis mariti mulieri esse iustam diuertendi causam, & quærendi noui mariti post annum, quia C deportationes erant perpetuæ, & hoc inter cætera distabant a relegationibus. Relegationes erant temporariæ, deportationes perpetuæ, *l. legatorum §. hæc est differentia, ff. de interd. & rel.* Et summa quoque illa differentia distabant inuicem, quod relegatio non esset capitis deminutio, qualem Ouidius sustinuit, non deportatio, quæ est capitis deminutio. Ac præterea post deportationem nulla est spes restitutionis in integrum. Nam etsi deportatus possit restitui in integrum beneficio principis, tamen hoc non speramus, hanc spem nullo habemus in loco, sicut spem postliminii. alia est spes postliminii, cuius in iure ratio habetur: alia spes restitutionis, cuius nulla habetur ratio. Certior est spes postliminii, quæ est posita in virtute bellica, quam spes indulgentiæ principis: certius est ius gentium ex quo est post- D liminium, quam restitutio & venia principis: nam & idcirco deportatio soluit matrimonium, si spectes ius ciuile, & patriam potestatem soluit omnino, captiuitas suspendit propter spem postliminii potius quam soluit. Quod Iustinianus docet in Institut. tit. *quib. mod. pat. potest solu.* Ad extremum vnum tantum notandum est, *ex hoc tit.* neque filiæ emancipatæ diuortium esse in arbitrio patris vlla ex causa, neque filiæfamil. nisi ex iusta causa & magna, *in l. 5. hoc tit. l. cum hic status §. si socer, ff. de donat. inter vir. & vxor l. 1. de liber. exhib. l. 11. sup. de nuptiis.* Ergo inuita filia emancipata iubente patre ex nulla causa repudiabit virum, nec ex iusta quidem qua mouetur pater. Filia autem familias etiam non faciet diuortium cum marito inuita, etiam iuben- E te patre, nisi ex iusta causa, vnde elegantissimi versus Ennii:

Iniuria abs te afficior indigna pater:
Nam si improbum Ctesiphontem existimaueras,
Cur huic me locabas nuptiis? Siue est probus,
Cur talem inuitam cogis relinquere?

Et similiter Affranius in Comœdia quæ inscribitur *Diuortium apud Nonium. O dignum facinus*, inquit, *adolescentis, optimas bene conuenientes, concordes cum viris, repente viduas faciet spurcitia patris.* Et similiter apud Plautum in Sticho filia ad patrem: *Aut olim*, inquit, *ni si tibi placebant non datas oportuit: aut nunc non æquum est abduci, pater.* Ergo in arbitrio patris non est diuortium filiæ. Qua in re diuortium distat a repudio inter sponsos, nam renuntiatio sponsalium est in arbitrio patris *l. 10. ff. de sponsal.* Vt ergo diuortium filiæ non est in arbitrio patris, vel etiam filii: ita etiam ex contrario, *ex l. vlt. hoc tit.* quæ est constitutio Græca, diuortium non est in arbitrio filii vel filiæ emancipatæ vel suæ, sed necesse est eum eamve, si velit diuertere, qui patrem habet, adhibere consensum patris, si pater dotem dedit, aut donationem propter nuptias accepit; ne alioquin in damno versetur pater propter culpam filii vel filiæ diuertentis, & amittat dotem vel donationem propter nuptias, aut etiam exigatur ea pro pœna iniusti repudii. Non debet culpa filiæ vel filij fraudi esse patri non consentienti diuortio. Igitur generaliter est inutile diuortium, nisi factum sit consensu filii vel filiæ, & patris eius. Neque in solius filii vel filiæ, neque in solius patris arbitrio est diuortium. Hæc fuit sententia constitutionis Græcæ, quæ refertur etiam iisdem verbis a Iustiniano *Nouell. 22.* Et simili ratione in *l. si filia, ff. de diuort. & l. filiæ, ff. sol. matr.* amouetur fraus, quam parat filia patri facto diuortio, id est, cauetur vtique semper ne per filium aut filiam deterior fiat conditio patris.

AD TITVLVM XVIII.

Soluto matrimonio quemadmodum dos petatur.



Hic tit. est de repetitione dotis & solutione, vel de iudicio recuperandæ dotis, quod soluto matrimonio competit mulieri, vel socero, vel extraneo, qui dotem dedit pro muliere. Eadem de re fuit tit. 13. *de rei vxor. act.* An igitur hic titulus est superfluus? Minime vero, alioquin erit etiam superfluus tit. 23. *inf. de fun. dot.* quia omne fere ius de fundo dotali expositum est in *eod. tit.* 13. Sed obseruandum est in eo tit. 13. ea tantum exponi de repetitione dotis, quæ noua Iust. fecit partim probato, partim improbato veteri iure actionis rei vxoriæ, & ipsa etiam actione sublata, & retenta sola actione ex stipulatu, eaque bonæ fidei effecta & tacita stipulatione data mulieri & patri eius, & mulieri etiam tacita hypotheca. Ac similiter in *eo tit.* ea tantum exposui de fundo dotali, quæ Iustinianus fecit noua, sublata differentia locorum, quam induxerat l. Iulia, & differentia alienationis & hypothecæ. Cætera autem quæ de repetitione dotis, vel de fundo dotali constitutionibus prodita sunt, confirmat nominatim in eod. tit. 13. §. *pen.* Et vt cætera de fundo dotali sunt *in titul.* 13. sic cætera de repetitione dotis sunt in hoc *tit.* 18. quæ obseruationes valde notandæ sunt, si quis velit noscere rationem titulorum. imperfectus esset hic tractatus siue liber de dotibus, si contineret tantum quæ Iustin. de iure dotium fecit noua, non etiam vetera quæ non mutauit. Ac primum in hoc tit. de dote æstimata quædam proponuntur vtilissima & subtilissima, *l. 1. & 6.* Dotis æstimatæ periculum plerunque pertinet ad maritum, aliquando ad vxorem. Cuius autem est periculum, eius etiam est commodum omne dotis æstimatæ. Eadem enim est ratio periculi & commodi. Ergo cuius periculum est, & eius commodo cedunt partus ancillarum dotalium editi constante matrimonio, & omne emolumentum, sicut damnum omne & periculum ad eum respicit, periculum dotis æstimatæ est mariti, si post æstimationem nihil aliud actum sit inter maritos ea de re. Ergo partus sequuntur maritum & omne emolumentum, vt in tit. 13. §. *cumque ex stipulatu, & leg. Lucius, ff. de leg. 2.* Periculum est etiam mariti si post alienationem dotis hoc actum

ſit inter coniuges, vt ancillæ dotales tantidem æſtimatæ periculum transferatur ad maritum: *tantidem æſtimatæ*, id eſt, vt vel æſtimationem earũ ancillarum dotalium factam ab initio ſoluto matrimonio reddat, vel omnes ancillas neque deteriores neque viliores, ſed tantidem æſtimatas, quanti fuere ab initio. Ergo hoc etiam caſu partus earum ſequuntur maritum, quæ eſt ſententia leg. *ſi mancipia, ff. de iur. dot.* quod & ibi gloſſa explicat rectiſſime, atque etiam *l. pen.* §. *mancipia, ff. ſol. matr.* periculum dotis æſtimatæ eſt mulieris. In ſpecie *l. 1. h. t.* ſi poſt æſtimationem dotis hoc agatur inter maritos pactione (vt inquit) vel ſtipulatione, vt ſoluto matrimonio redderentur res ipſæ, ſi exſtent, vt in *l. æſtimatis, ff. ſol. mat.* nam his verbis, ſi exſtent, periculum transfertur in mulierem: nimirum hic eſt ſenſus eorum verborum, vt quæ non exſtabunt, quæ res erunt exſtinctæ vel peremptæ, non reddantur mulieri, & mulieri perierint. Ergo conſequens eſt, partus ancillarum dotalium debere ſequi mulierem, ad quam reſpexit periculum dotis, non maritum. Soluto igitur matrimonio partus eſſe reſtituendos mulieri actione ex ſtipulatu, vt inquit *lex* 1. an etiam ſi pactio interuenerit, non ſtipulatio, quoniam initio id ait conueniſſe pactione & ſtipulatione. An ergo ſi pactione id conuenerit iudicio ex ſtipulatu mulieri reddentur partus: ſic ſane hodie ex titulo 13. Olim erat actio rei vxoriæ, quod data opera prætermiſit Tribonianus in hac *l.* 1. Cum Imperator ſcripſiſſet, *iudicio rei vxoriæ, vel ſtipulatu*, quæ verba reſpondebant ſuperioribus, *pactione, vel ſtipulatione.* lex 6. *inf.* eſt obſcura, ſed non relinquetur, antequam fuerit reducta ad facilitatem. lex 6. inquam eſt de dote æſtimata viliore pretio, muliere circumſcripta, & quæſtio oritur elegans, & neceſſaria cognitu. Sciendum eſt, dotis æſtimationem venditionem eſſe, quod ſæpe diximus, veram venditionem, ſimplicem, ſed dotis cauſa, vt ait *l. quoties, D. de iur. dot.* Et ideo venditionem ſimplicem non ſemper imitatur: ſunt enim tres differentiæ inter venditionem ſimplicem & venditionem dotis conſtituendæ cauſa. Prima differentia hæc eſt: euicta re vendita, ſi venditor emptori præſtiterit duplum, vt fit euictionis nomine, id emptor habet pleniſſimo iure, nec vnquam reſtituit venditori, hoc eſt certiſſimum: At ſi æſtimata dote res dotalis euicta ſit marito, & eo nomine, id eſt, euictionis nomine vxor viro præſtiterit duplum conſtante matrimonio, id vir reſtituet duplum ſoluto matrimonio mulieri, quia æquius melius eſt maritum non lucrari quicquam ex damno mulieris, *d. l. quoties*, ſicut e contrario æquius melius eſt mulierem non locupletari ex damno mariti, *l. iure* §. *vlt. ff. de iur. dot. l. pen.* §. *vlt. ff. ſol. matr.* Secunda differentia hæc eſt, venditione facta viliore pretio, non reſcinditur venditio, *l. quiſquis, ſup. de reſcind. vendit.* niſi venditor fraudatus ſit ſupra dimidiam iuſti pretii, *l. 2. C. eod.* vel niſi dolus emptoris arguatur, *l. ideo, ff. loc. l. 8. ſup. de reſcind. vend.* Circumſcribitur venditor in pretio, aut reipſa aut dolo emptoris: ſi dolo emptoris, reſciſſioni locus eſt: ſi in re ipſa (quod fraus dicitur proprie, id eſt, damnum, non dolus) non aliter reſcinditur venditio, quam ſi fraus ſuperet dimidium iuſti pretii. Et hoc in venditione ſimplici. Æſtimatio autem dotis facta viliore pretio citra dolum mariti, etiamſi non ſuperet dimidium iuſti pretii, reſcinditur data electione marito, vt vel rem dotalem reſtituat ſoluto matrimonio, vel iuſtam æſtimationem, *l. ſi res* §. 1. *ff. de iur. dot.* Nam ſicut venditio ſimplex, in qua interuenit fraus venditoris, ſupra dimidiam iuſti pretii reſcinditur, data electione emptori, vt vel rem emptam reſtituat vel ſuppleat, quod deeſt iuſto pretio, *d. l. 2. ſup. de reſ. vend.* Ita fere æſtimatio facta dotis viliore pretio quocunque, etiamſi non immodice viliore, nec continente fraudem ſupra dimidium iuſti pretii, reſcinditur, data eadem electione

A marito ſoluto matrimonio, vt vel rem dotalem reddat, vel iuſtum pretium, non pretium quod factum eſt ab initio, *d. l. ſi res* §. 1. Quod vtique verum eſt, vt ibidem oſtenditur, ſi exſtet res dotalis, quæ vilius æſtimata fuit, muliere re ipſa circumſcripta, non dolo mariti. Nam ſi res exſtincta ſit, contenta debet eſſe mulier æſtimatione, de qua conuenerit, æſtimatione qualiquali, quæ totius rei damnum feciſſet, nulla facta æſtimatione. Nam conſtat inæſtimatæ dotis periculum eſſe mulieris. Ergo re exſtincta æqui bonique conſulere debet, ſi recipiat qualemqualem æſtimationem rei, cui res erat peritura, ſi non fuiſſet æſtimata qualiter qualiter. Et hoc vt dixi ſi abſit dolus mariti. Et ita accipienda eſt omnino tertia pars *legis 6.* (faciam enim tres eius partes) quæ diſtinguit vtrum res dotalis exſtet, an exſtincta ſit, vt

B ſcilicet huic diſtinctioni ſit tantum locus, cum in æſtimanda dote maritus dolum non adhibuit: nam ſi dolus mariti probari poſſit, indiſtincte rei iuſtam æſtimationem reddere debet actione dotis, *d. l. ſi res* ex ſententia Scæuolæ, quæ æſtimatio iuſta etiam ſeruabitur per exceptionem doli, ſi mulier forte aut heres eius poſſideat rem dotalem, eamque vindicet maritus, quaſi dominus factus æſtimatione, id eſt, emptione & traditione, quæ eſt ſententia primæ partis legis ſextæ. Nam tantum abeſt, vt poſſis ex ea inferre quod vult gloſſa, cui datur exceptio, & multo magis ei dari actionem, quod eſt abſurdum, & vitioſum omnino, & falſum: ſed potius cui datur actio ad recipiendam iuſtam æſtimationem, ſi in ea facienda dolum adhibuerit maritus, & multo magis

C ei dabitur exceptio doli ſeruandæ iuſtæ æſtimationis gratia. Et hæc vera ſunt vt oſtendit dicta lex *ſi res* §. 1. quæ eſt clauis illius quæſtionis, ſiue mulier, quæ in pretio circumſcripta eſt maior fuerit vigintiquinque annis ſiue minor. Nam minori mulieri hoc tantum datur ſpecialiter, vt ſi æſtimationis faciendæ tempore habuerit in manu emptorem offerentem iuſtum pretium rei dotalis, & circumuenta eam rem viliori pretio marito addixerit, hoc caſu vt maritus non habeat electionem reddendæ rei dotalis, vel iuſtæ æſtimationis, re exſtante, vel etiam re exſtincta, vt non liberetur reddendo æſtimationem eam tantum de qua initio conuentum eſt: ſed vt omnino cogatur minori 25. annis reddere æſtimationem iuſtam. Tertia differentia inter vtramque ven-

D ditionem eſt beneficium leg. 2. *ſup. de reſc. vend.* vt reſcindatur venditio ſi læſus ſit venditor vltra dimidiam iuſti pretii. beneficium, inquam, illud datur ſoli venditori non emptori: in quo erratur vulgo peſſime, vt ibidem oſtendi latius. Nam aperte Harmenop. *lib. 3. cap. 8.* docet, id beneficium, cui locus eſt etiam in locatione & conductione, quæ habetur ad inſtar venditionis & emptionis, dari inquam ſoli locatori, non conductori, & rationem huius differentiæ expoſui *in d. l. 2.* Non datur ergo emptori maiori 25. annis, minori datur, *vt in l. pater* §. *prædia ff. de minor.* Et hoc in venditione ſimplici. Marito autem læſo & grauato in æſtimatione dotis qualicumque vel modica vel immodica, ſi res dotalis ſit maioris æſtimata, & hac æſtimatione

E circumſcriptus maritus petiuit, vt ei ſubueniatur, qui eſt pro emptore, ne ſcilicet ſoluto matrimonio reddat vltra iuſtum pretium. Et in omnibus iis differentiis eadem ratio valet, ne mulier lucretur ex damno viri. Et hæc eſt ſententia tertiæ partis *l. 6.* quam confirmat etiam *l. iure* §. *vlt. ff. de iur. dot.* Quod ad cætera huius tit. attinet, ea non admodum deſiderant operam meam. Cenſeo tamen breuiter tria eſſe notanda, primum in *l. filiæ hoc tit. filiæ pecuniam quam habes in poteſtate adimere non prohiberis.* Omnino legendum eſt in ea *l. filiæ, peculium,* loco *pecuniam*, & ita Thalelæus legit, & confirmat *l. donationes* §. *pater ff. de don.* Nam *l. filiæ* facit differentiam inter dotem & peculium filiæ. Pater poteſt adimere filiæ peculium quandocunque, etiam nuda voluntate: dotem vero ſemel pro ea datam non poteſt ei au-

ferre. Imo soluto matrimonio eam non potest repetere sine consensu filiæ, vt in *l. 2. hoc tit.* Et solui dos etiam ei soli non potest sine filia, *l. 3. ff. sol. matr.* Et hoc est quod ait *l. 2. neque exigere neque accipere.* Et ita *l. filiæ*, ponit differentiam inter peculium, & dotem non pecuniam. Nunquam enim videmus pecuniam pro peculio. Secundo notandum est, repetitionem aliquando esse vtilem, aliquando directam. Directa est, si dos fuerit, si matrimonium fuerit, vtilis si nec matrimonium iustum nec dos fuerit: nam dos proprie non est sine matrimonio. Matrimonium potest esse sine dote. Finge igitur: mulier libera nupsit seruo quem existimabat esse liberum. cognito errore repetet dotem quam ei dederat, non a seruo illo, quia cum seruis nulla actio est, sed a domino eius vtili actione de dote, quia neque matrimonium fuit, neque dos, quæ erit etiam quasi priuilegiaria inter creditores chirographarios, vt est quasi dos: aget igitur vtili actione de dote cum domino, non in solidum, sed de peculio, & hæc est sententia. *l. 3. hoc tit.* & facit lex *si cum dotem* §. *vlt. ff. sol. matr. l. Lucius 2. ff. dep.* Tenetur, inquit, dominus de peculio, videlicet si mulier ipsi seruo dotem dederit: nam si dedit domino, tenetur in solidum, non in peculium tantum. Et ita si data sit dos marito filiofamilias, in patrem est actio dotis directa de peculio, soluto matrimonio: si data sit patri, in solidum *d. l. si cum dotem* §. *transgrediamur, & l. 10. hoc tit.* videlicet, si pater ille, id est, socer facultates habeat: Nam illud *in l. 10.* non accipitur bifariam, vt scilicet teneatur supra peculium, & supra facultates, sed vt supra peculium tantum filiifamil. non supra facultates damnetur in solidum. Sunt aduersi siue contrarii hi quatuor, damnatus in solidum, damnatus in partem, damnatus in facultates, damnatus in peculium. Damnatus in solidum, damnatur in quantum locupletior factus est, vt in *l. de iis, ff. de iure dot. & d. l. 10.* Et ita in solidum accipitur varie, prout confertur cum alio vario. vltimum quod est apertissimum, nec fuerat palam expositum in tit. 13. in hoc tit. ostendit mortua filia in matrimonio dotem profectitiam redire ad patrem. Loquitur de filiafamil. *l. 4. hoc tit.* sed recte Theodorus eam porrigit ad emancipatam, quod ego multis legibus confirmaui in supradicto titulo 13. Vel si pater non sit, mortua in matrimonio vxore, qualiscunque fuerit dos profectitia vel aduentitia, remanet apud maritum, nisi stipulata sit vxor eam sibi reddi, herediue suo *l. 5. hoc tit.* quod hodie semper præsumitur stipulata ex tit. 13. Hæc est breuis explicatio huius tituli. caue autem existimes deesse vllam constitutionem Græcam in hoc tit. Nam quam annotat collegat noster deesse in hoc tit. ea est quam dixi supra deesse in extremo præced. tit.

AD TITVLVM XIX.

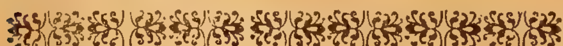
Si dos constante matrimonio soluta fuerit.



Commodissime iunxit hunc titulum superiori: nam lex vltima præced. tit. & l. vn. hoc tit. partes duæ sunt, vnius eisdemque constitutionis, vt constat. ex Cod. Theodos. *l. si constante, de dotibus, & l. vlt. sup. tit.* est de marito mortuo: hæc de vxore mortua. Et vt mortuo marito dos redit ad mulierem superstitem, & nihil ex ea sibi vindicare possunt heredes mariti, ex *d. l. vlt.* Ita ex *hac l.* vxore mortua, si maritus constante matrimonio dotem ei soluit absque causa legitima contra generalem definitionem super. tit. vt dos tantum soluto matrimonio soluatur vel repetatur, vt dotis actio non nascatur antequam solutum sit matrimonium: denique vt manente matrimonio, dos neque solui mulieri, neque repeti ab ea possit, exceptis certis causis, de quibus in *l. mutus, ff. de iur. dot. l. quamuis, ff. sol. matr.* quia ve-
Cod.

A tita est donatio inter maritos, & repræsentatio dotis est species donationis, & vt ait in constitutione *h. tit.* dotis solutio, quæ fit constante matrimonio sine causa legitima, *donationis instar obtinere perspicitur,* id est, perspicuum est, donationem eam esse. ne dicas, vt ait gl. *perspicitur*, id est, *præsumitur*. Græci recte, θεωρεῖται. Si inquam maritus constante matrimonio dotem mulieri soluerit absque legitima causa, quia & solutio præmatura pro donatione est, nihil ex ea dote mortua muliere heredes vindicare possunt: sed maritus superstes ab eis potest repetere dotem cum fructibus perceptis a die solutæ dotis, quia morte mulieris (vt postea explicabimus) dos lucro mariti cessit. Repetet igitur eam ab heredibus mulieris cum fructibus, vt ait, & vt opinor cum
B fructibus omnibus cuiuscunque generis, siue opera & cura mulieris peruenerint, qui vulgo dicuntur industriales, veluti serendo, siue absque cura & labore mulieris, qui vulgo dicuntur naturales. Et eleganter Virg. in *Culice: Agrestum bona sors cura secura.* hi sunt fructus, quos terra fert sua sponte, sine opera & diligentia nostra. Hos omnes mortua muliere cui dotem abs re maritus repræsentauerat, heredes mulieris marito restituent, qui interim sustinuit onera matrimonii, & qui sustinuit onera, æquum est ne priuetur vllo genere fructus. Neque moueor *l. fruct. ff. de vsur.* quæ ait, mulierem ex re sibi donata a marito fructus suos facere, illos tamen quos sua cultura & opera adquisierit, sicut bonæ fidei possessorem, non naturales fructus. Et tamen ego dico omnes esse restituendos. Hoc solicitius explicemus. Finge: maritus rem suam donauit vxori, prædium
C suum donauit vxori, non dotale. vxor percepit fructus varios, illos tantum suos fecit, quos ipsa curauit & excoluit. Cui sententiæ solet obiici *l. bonæ fidei, in pr. ff. de adqu. rer. dom.* quæ loquitur de bonæ fidei possessore, cui comparat vxorem *l. fructus.* idem nimirum statuit in vxore, quæ fructus cepit ex re donata a marito, & in bonæ fidei possessore, *d. l. bonæ fid.* ait, inquam bonæ fidei possessorem omnes fructus suos facere interim, etiam si non prouenerint opera & diligentia possessoris, hæc non sunt pugnantia, nec pugnat *d. l. fructus cum l. bonæ fid.* Nam ille articulus *interim*, qui est *in l. bonæ fidei, vt interim omnes fructus suos faciat*, rem omnem dirimit & diluit. Facit quidem fructus suos omnes interim, sed re euicta restituit eos, qui sua sponte prouenerunt, & eos tantum retinet, qui facto eius prouenerunt pro cul-
D tura & cura. Et ita etiam quod ait *d. l. bonæ fid.* §. *Pomponius*, fructus perceptos post scientiam rei alienæ, id est, postquam possessor cognouit rem esse alienam, possessores suos non facere. Et contra quod ait *l. qui scit* §. *vlt. ff. de vsur.* post scientiam rei alienæ interim possessorem fructus suos facere. Hæc nullo modo inuicem pugnant, & res est exploratissima. Facit quidem fructus suos interim, sed euictam restituit cum fructibus. Et hoc vt vobis deinceps pro certo sit atque comperto, similiter in *l. 5. D. de leg. commiss.* fundo vendito lege commissoria, id est, vt nisi pretium soluatur intra certum tempus, fundus sit inemptus Gallice *marché nul*, lex ait, emptorem interim sibi suoque iure fructus percipere,
E eos sed restituere venditori l. commiss. quod valde notandum est. Et ita etiam mulier ex re sibi donata a marito, non dotali, si fructus perceperit, omnes interim suos facit, sed eos restituit qui sine cura & cultura eius prouenerunt: nam aliorum fructuum, qui facto eius prouenerunt, donatio licita est, sicut vsurarum, quæ ex obligatione dotis vxor debuit marito, vsurarum remissio est licita, & eorum quoque fructuum donatio, quos ipsa sibi adquisiuit. Et hoc ex Iuliano proponitur in *l. de fructibus, D. de don. int. vir. & vx.* Ex quo loco in *l. si quis pro vxore* §. *pen. D. eod.* dum ait, si maritus vxori remiserit vsuras dotis, quas debuit, quæstionem esse, an donatio sit illicita, scribendum est, an donatio sit licita, quando subiicit & Iulianum hoc putare, quod &

A verum eſt. Iulianus autem non putat eſſe illicitam ſed licitam, *d. l. de fructibus.* Ergo vt recte ſubiiciat Iulianum hoc putare, præcedere hæc oportet quæſtio, an donatio ſit licita. Et hoc quidem dicimus de fructibus perceptis a muliere ex re donata, non dotali. Sed de iis non agimus hoc loco, ſed de fructibus dotis, de fructibus rerum dotalium conſtante matrimonio ſolutarum ſine legitima, quod donatio eſt. Hos omnes ſine diſiunctione dico eſſe reſtituendos marito deductis impenſis: nam fructus ſemper intelliguntur deductis impenſis culturæ. Omnes igitur reſtituendos eſſe marito deductis impenſis, quia ſine diſtinctione fructus omnes repenſare debent onera matrimonii, quæ interim ſuſtinuit maritus. Et non vtimur igitur hac in re vt Accurſius diſtinctione bonæ fidei, vel malæ fidei: Nam quaqua fide percepti ſint ex dote ab vxore, omnes ſunt reſtituendi marito, B cuius lucro dos ceſſit mortua vxore. Et iure quidem veteri dos profectitia vel aduentitia, ſi non ſit pater, mortua vxore, lucro mariti cedit, liberis communibus ſeruata proprietate quaſi bonorum maternorum, adeo vt nec a liberis poſſint ſegregari ea bona & alienari, ſi maritus liberis ſuperinducat nouercam, vel hodie etiamſi non ſuperinducat *ex No. 98.* niſi pro parte virili ex *No. 127.* nam virilem partem poterat alienare, quod hæc pro præmio continentiæ ad eum pertineat pleno iure non per vſumfructum ſolum, in aliis partibus habet vſumfructum ſolum. hodie vero ex conſtitutione Iuſt. mortua vxore dos non cedit lucro mariti, ſed redditur heredibus mulieris, §. *illo proculdubio, in tit. 13.* Igitur C locus non eſt huic conſtitutioni, niſi conuenerit inſtrumento dotali, vt mortua vxore dos cedat lucro mariti. Et ita idem nominatim Iuſtinian. accommodata hac l. ad ius, quod ipſe nouum fecit de dotibus, cenſet hanc legem eſſe accipiendam, nempe fingendum eſſe in ſpecie huius l. ex pacto dotem ceſſiſſe lucro mariti mortua vxore. Et ſi liberi exſtent eis communes, reſeruandam eſſe proprietatem, vſumfructum ſolum eſſe patris. quo argumento poſſit quis contendere, omnes leges, omnes conſtitutiones eſſe accipiendas ſecundum mentem Iuſtiniani ſecundum ius nouum. Sed hoc ſi quis velit tueri ſemper, & ſeruare ſtricte, incideret in difficultatem, & ſalebras multas. Porro *in hac l. vnica*, ſic eſt legendum ex Cod. Theodoſ. omnino in fine: *Ita vt proprietas eiuſdem a liberis ex eadem ſuſceptis*, (contra leges) *a marito alienari non poſſit.* Quod ait, *alienari a liberis,* vt in No- D uell. Maioriani de abrogat. cap. & in interpretatione Aniani ad leg. 2. *Cod. Theodoſ. de ſec. nupt. vt a liberis alienare non liceat, in l. ſed ſi hoc* §. *vlt. ff. de cond. & demonſt.* Apparet autem ex iis in ſpecie huius l. non eoſdem fuiſſe heredes & liberos mulieris: ſeparantur enim liberi ab heredibus extraneis, ſcilicet heredes fecerat mulier, & liberis ſatisfecerat, relicta portione legitima.



AD TITVLVM XX.

Ne fideiuſſores vel mandatores dotium dentur.

Ententia huius tituli hæc eſt, vt maritus vel E ſocer, vel proſocer, qui dotem accipit dotis ſeruandæ cauſæ & reddendæ mulieri ſoluto matrimonio, non cogatur fideiuſſorem dare mulieri, vel mandatorem, cuius ſcilicet mandato vxor dotem det viro, vt ſit aduerſus fideiuſſorem vel mandatorem mulieri regreſſus ſoluto matrimonio dotis recuperandæ gratia. Et ſi vltro maritus dederit fideiuſſorem vel mandatorem, vt non obligetur, quia hanc obligationem conſtitutiones improbant, *l. 1. C. Theodoſ. de fideiuſſor. dot.* Et legendum eſt omnino in *l. 2. hoc tit. ſatiſdationem vel mandatum pro dote exigendum vel a marito vel a parte eius, non patre,* vt in Baſilic. τοῦ μέρους ἀνδρός. Et ita pars vxoris, in *l. Titia cum teſtamento* §. *cuius, D. de leg. 2.* & pars legatarii, *in l. Oſidius, de leg. 3.* quod nomen etiam retinemus in idiotiſmo, & dicimus vt Latini aduerſam partem, vt Græci ἐναντίον μέρος. Liuius libro 22. *Pars in aduerſandum magis quam collegæ conſuli in ciuitate, pour luy faire teſte.* Sic legendum illo loco Titi Liuii. Ratio autem redditur in *d. l. 2.* cur non ſit dandus a marito fideiuſſor dotis ſeruandæ & reddendæ, quia ſcilicet cum mulier ſe committat in poteſtatem mariti, vel ſoceri, cuius filiofamilias nupſit, & plerunque etiam ſua, id eſt, parapherna: abſurdum eſſet ſi fidei eius non committeret dotem ſuam, quæ & in bonis mariti eſt, ſi exigeret fidem alienam, ſi confideret magis fidei alienæ, quam fidei coniugali. Eſt elegantiſſima ratio, quæ confirmatur etiam *l. 8. ſup. de pact. conuent. cap. per veſtras, extra de donat. inter vir. & vxor.* Sed ſunt huius conſtitutionis aliquot exceptiones. Vna ſi forte (quam ſolus Harmenopulus expoſuit libro 4. Epitom. tit. 8.) ante nuptias conuenerit dotis fideiuſſorem dari, vel ſi ante nuptias datus fuerit: nam poteſt fideiuſſor præcedere non minus quam ſequi obligationem. Sic ad quæſtionem quam mouet hic gloſ. poſſis reſpondere ex Harmenopulo. Eſt etiam alia exceptio certiſſima, vt poſt nuptias poſt ſolutum matrimonium, poſſit mulier accipere fideiuſſorem dotis reddendæ ſuis diebus, in *l. ſi conſtante* §. *quoties, D. ſol. matr. l. et ſi fidei. D. de re iud. l. 7. D. de excep.* Diffidentia tantum hæc improbatur conſtante matrimonio, conſtante amicitia fideque communi, non poſt matrimonium. Idem addendum eſt, etiam a marito conſtante matrimonio mulieri poſſe dari pro dote pignus, quod hodie eſt certiſſimum, cum & lex det tacitum pignus, tacitam hypothecam, id eſt, Iuſtinianus, quod lex tandem fecit, vt eſſent pro dote tacite pignorata omnia bona mariti. Idem etiam fieri potuit ex conuentione, vt vel omnia bona mariti, vel quædam mulieri pignora eſſent dotis ſeruandæ nomine. Idque etiam oſtendit *l. quod autem* §. *ſi vxor, D. de don. inter vir. & vxor. & l. vir.* §. *1. D. ad Velleian.* Et ratio differentiæ inter pignus & fideiuſſorem hæc eſt: Nam dato pignore res vxoria ponitur tantum in tuto, non etiam committitur alterius perſonæ fidei quam mariti ipſius: fideiuſſor obtinet locum debitoris; pignus obtinet locum rei debitæ. Non eſt aliena fides eligenda fateor, aut quærenda. Non quæritur autem aliena ſi quæritur pignus, ſed quod ſit loco rei vxoriæ. Ac præterea in exigendo fideiuſſore eſt quædam contumelia, nempe diffidentia, *l. 18. ſ. D. de teſtament. tut.* quæ non eſt in exigendo pignore. Accurſius *in l. 2.* multas exagitat quæſtiones in hanc rem. quæ hactenus tradidi alibi, dirimunt omnes, præterquam vnam. An ſicut vxor non exigit a viro fideiuſſorem dotis ſeruandæ & reddendæ, non exigat etiam vir ab vxore fideiuſſorem dotis promiſſæ, & non præſtitæ marito. & exiſtimant vulgo, exigi poſſe a muliere fideiuſſorem dotis promiſſæ, & ita hac in re eſſe differentiam inter vxorem & maritum, moti *l. cum dotis, D. de iur. dot.* male intellecta: nam ſocietas vitæ & honeſtas videtur exigere, vt conſtante matrimonio neque vxor virum, neque vir vxorem flagitet fideiuſſorem. Ac ſane *d. l. cum dotis*, non loquitur de vxore, ſed de eo, qui dotem viro promiſſam ab vxore, id eſt, qui dotem quam debuit vxor, expromiſit, vtitur enim eo verbo. Expromittere ſemper eſt nouandi animo ſuſcipere alienam obligationem, & ſe facere reum principalem pro alio abſoluto alio: Nam nouatio liberat priorem reum prius obligatum. Nunc lex ait, Si quis dotem debitam ab vxore promiſerit viro nouandi animo & fideiuſſorem dederit: vtique fideiuſſor tenebitur, hoc eſt certum, nec enim ab vxore datus eſt, ſed ab extraneo expromiſſore.

AD TITVLVM XXI.

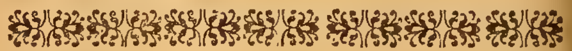
Rerum amotarum.



INter cæteras partes eius quæstionis, quæ est de dotibus, vel de re vxoria, vna est de rebus amotis, propter quas olim erat compensatio siue retentio ex dote, & quæ hodie etiam manet, actio rerum amotarum. de vtraque est hic tit. 21. de compensatione siue retentione ob res amotas *l. 1.* de actione cæteræ leges 1. 2. 3. Et est actio rerum amotarum, vt eam definiam, condictio, quæ ex edicto prætoris post diuortium datur statim, & in solidum in vxorem vel maritum, qui coniugi res abstulit diuortii causa. Hæc definitio complectitur omne ius istius actionis, & ex ea primum apparet, eam esse actionem prætoriam, vt ex *l. 2. h. tit.* dum ait, eam edicto perpetuo promitti. Promittit siue pollicetur prætor actiones in edictis, deinde quas pollicitus est proposito edicto, dat postulantibus. Itaque in *l. e. h. tit.* est legendum, *promittitur*, non *permittitur*, vt in *l. 6. sup. de al. iud. mut. cum in integrum restitutio*, inquit, *edicto perpetuo promittatur*, vt in *Basil.* ἐπήγγελται, non permittatur, vt legitur vulgo. Sic etiam in *l. vlt. sup. de act. empt.* actiones promissæ, non permissæ. Illud etiam apparet ex superiori definitione, hanc actionem esse condictionem, si *paret dari oportere*, id est, ea intendimus dari nobis oportere. Et ita in *l. 27. ff. eod. rer. amotarum* actio, condictio est. Ergo alia est condictio rerum furtiuarum, de qua est proprius titulus in ff. & alia condictio rerum amotarum: Et hæc quidem honestior, cum in ea res furtiuæ non appellentur, sed amotæ tantum dicantur, & intendatur hac, non res furtiuas dari oportere, sed res amotas. Vir vel vxor qui quæue amouit res aliquas coniugis, reuera fur est, *l. pen. D. eod.* in veritate furtum est. In hac igitur specie in furem agitur honestiore actione atque leuiore, quam soleat agi in alios fures, propter pudorem matrimonii prioris. Competit etiam rerum amotarum vindicatio, *l. 3. h. tit. & l. 24. ff. eod.* Ergo eiusdem rei est vindicatio & condictio contra regulam iuris (nam nemo condicit rem suam, cuius habet vindicationem) scilicet odio furum. Siue igitur is fur sit coniux, siue extraneus, in eum ad res recuperandas, quæ sublatæ sunt, duplex est actio, vindicatio & condictio, quarum alteram eliget actor: Nam vt dixi, res quæ dicuntur amotæ, reuera furtiuæ sunt, & sicut res furtiuæ non possunt vsucapi, ita nec res amotæ, quæ reuera sunt furtiuæ, *l. pen. ff. eod.* Ergo inter condictionem rei furtiuæ & condictionem rei amotæ, in verbis tantum est discrimen, non in re ipsa, non in vi ipsa: nimirum mitiora sunt verba huius, quam illius actionis: vxorem enim vel maritum non dices res furto subripuisse, sed ad leuandam inuidiam verbi dicis, eum eamue res tuas amouisse, easque vt libet, vel condictione intendis tibi dari oportere, vel vindicatione asseris eas esse tuas, parcens pudori eius, qui maritus tuus, vel quæ vxor tua fuerit, in memoriam præcedentis societatis vitæ, vt ait *l. si rerum, D. de re iud.* In memoriam prioris matrimonii non agis furti, vel condictione furtiua aduersus eum, qui diuortii causa res abstulit, si eas post diuortium non contrectet: sed agis tantum rerum amotarum condictione. Et sic etiam, quod notandum est, in memoriam prioris domini seruus non torquetur in caput venditoris, neque in caput domini, neque in caput eius, qui fuit dominus olim, *l. vnius §. seruus, D. de quæst.* Et in memoriam prioris dignitatis, qui desinit esse decurio non torquetur ex delicto, *l. vlt. D. de decurionib.* Et sic in memoriam prioris matrimonii, prioris societatis, non vtimur atroci iudicio in eum eamue, qui quæue coniunx fuit, sed agimus tantum de rebus amotis, id est, amo-

A uendi verbo vtimur, non acerbiori. Vtitur etiam prætor eo amouendi verbo in aliis edictis, sed longe alia ratione, quam in hoc edicto, vt suus heres non habeat beneficium abstinendi, qui quid ex hereditate iacente amouit, *l. si seruum §. prætor ait, D. de acq. hered.* Et in edicto, si seruus testamento manumissus aliquid subripuerit ex hereditate iacente, nondum adita, in *l. pen. & vlt. D. si is qui testam. lib. esse iuss. erit, &c.* Et vtitur inquam, in his edictis prætor amouendi verbo, non quod velit parcere reo, sed quod certe hereditati iacenti nec dum aditæ furtum non fiat. Hæc est certa sententia iuris, hereditati iacenti furtum non fieri: vetustissima sententia iuris, cuius ratio hæc est: quia furtum fit soli possessori, & nihil est furtum, quam possessionis interuersio, *l. 1. §. Scæuola, D. si is qui ex test. lib.* Heredi-
B tas autem iacens, etsi interim habeatur pro domina in *l. non minus, D. de hered. instit. l. cum hereditas, sup. depos.* non tamen potest haberi pro possessore, ergo ei non potest furtum fieri. Cur verò non habetur pro possessore, sicut pro domina? Quia possessio est facti, & quicquid facit, corporeum est: Et corporeum quicquid est, id ipsum aliquid animale est. Hereditas autem est res incorporea, & inanimata, id est, ius quod defunctus habuit, est res incorporea, nullo animo prædita. Ergo nec possideri potest, nec pro possessore haberi: Nam leges nunquam fingunt, quod rerum natura non fert, in *l. confessionibus, D. de interrogat. in iur. fac.* At in hoc edicto rerum amotarum prætor vtitur amouendi verbo, non quod furtum non fiat, quandoquidem reuera furtum
C fit: sed quod parcat pudori eius, qui maritus vel vxor fuit, vt sæpe turpem rem propter reuerentiam personarum verbis temperat, extenuat atque conterit, vt in *l. non debet, D. de dolo.* Nec semper latine loquitur, id est, furtum non semper appellat furtum. Dixi in definitione, hanc actionem dari statim, & in solidum, ad differentiam actionis de dote, quam hac in re spectarunt iuris auctores, quando actio de dote non statim datur post diuortium, si pondere, numero, & mensura contineatur, sed annua die, & non datur in solidum, sed hactenus, quatenus facultates viri patiuntur, qui modo dolo vacet. Actio enim rerum amotarum post diuortium datur statim in solidum, quia pendet ex facto turpi, ex delicto, ex vero furto, *l. 21. §. rerum, & §. vlt. D. eod. l. si verum, ff. de re iud.* Et vt inferius dicemus
D quodammodo est ex delicto, & ex delictis agimus semper in solidum. Præterea dixi in definitione, hanc actionem dari de rebus amotis diuortii causa, id est, cogitatione diuortii, meditatione diuortii, quod animo agitabat, quod facere decreuerat, & vero postea fecit rebus amotis; vel etiam de rebus amotis sine cogitatione diuortii, & celatis tempore diuortii, quia & eæ videntur sublatæ diuortii causa, cum non sunt redditæ aut relictæ coniugi tempore diuortii, *l. 17. §. penult. ff. eod. tit.* Ergo hæc actio oritur ex diuortio tantum. Est elegans in hanc rem *lex vlt. §. penult. ff. de diuort.* Vnde quæritur an sit locus huic actioni, si quid coniux amouerit mortis causa. Finge: marito decumbente & fere occumbente, mulier, vt solet, subripuit res multas mariti, an
E tenetur heredi mariti actione rerum amotarum? Certum est hanc actionem dari heredi in *d. l. 21. §. penult.* Et vtique datur heredi si res sint amotæ diuortii causa, id est, cum diuortii consilium iniisset, qui quæue furtum coniugi fecit, si postea coniunx moriatur: sed non dabitur heredi actio, si furtum factum sit mortis causa, sed dabitur actio in rem ad res persequendas, quæ ablatæ sunt mortis causa, vel actio ad exhibendum, vel petitio hereditatis, vel condictio ex iniusta causa. Non desunt actiones rei persequendæ heredibus defuncti, *l. 6. §. vlt. l. 22. §. vlt. D. eod.* Sed non est eis actio rerum amotarum neque directa neque vtilis, Neque quicquam nos mouere debet *d. lex 21. in princ.* Nam longe alia est species *dicta l. 21.* Nos ponimus res ablatas mortis,

causa, & mortuum coniugem fuisse: illa; *lex 21. in prin.* mulierem res abstulisse mortis causa desperantem de vita mariti, nec tamen mortuum esse maritum, sed conualuisse ex morbo, & postea diuertisse, & teneri eam vtili actione rerum amotarum. Directa non tenetur, quia amouit mortis causa, non diuortii, desperans de sospitate mariti: tenetur vtili, quia tempore diuortii eas res celauit atque suppressit. Sed nondum est satis. Cur est actio rerum amotarum de rebus amotis diuortii causa, & non de rebus amotis mortis causa? Ratio hæc est, quia quæ res mariti amouet, quæ aufert res marito diuortii causa (& idem potest dici de mare) hoc infenso animo & inimico facit, vt exspoliet virum. Inimica dicitur, quæ discedit a viro in *l. cum in fundo §. sed etsi, D. de iure dot. l. Cicero, D. de pœn.* Plane igitur furtum facere viro voluit; at quæ mortis causa res abstulit, furtum non fecit, quia non fit furtum nisi sit cui fiat, id est, non facit furtum marito, quia non voluit, non enim si victurum putasset, quicquam amouisset: non facit furtum hereditati, quia nondum fuit hereditas, nec si fuisset, hereditati furtum fit. Hæc autem actio rerum amotarum pendet ex furto, & vbi furtum non est, nec actio hæc est. Postremo dixi hanc actionem dari statim post diuortium de rebus amotis constante matrimonio, vel in ipso articulo diuortii: Nam de rebus amotis post diuortium, est grauis actio & famosa, nempe furti & condictio furtiua. Itemque de rebus amotis ante diuortium & contrectatis post diuortium: nam contrectatio est furtum, & qui sæpius contrectat eandem rem, sæpius eandem rem furatur. Itaque est actio furti earum rerum, non autem rerum amotarum. Nam hæc est tantum de furto quod nupta fecit, vel nuptus, *d. l. 3. in princip. D. eod.* Item constante matrimonio non agunt inuicem rerum amotarum, sed aliquanto leuiore actione, nempe actione in factum, id est, verbis temperata in factum, *l. 2. hoc tit. l. vlt. §. vlt. inf. de furt.* vel condictione sine causa, vt in *l. 25. D. eod.* quia vt ait *lex 2. huius tit.* constante matrimonio neque pœnalis neque famosa actio competit in vxorem, vel maritum. Sane ita est. Ergo non competit rerum amotarum constante matrimonio. Et hoc certissimum est quoque. Ergo recte infertur actionem, rerum amotarum vel esse famosam vel pœnalem. Et vtrumque tamen falsum est. Condictio rerum amotarum non est famosa, sicut nec condictio rerum furtiuarum. Nulla condictio est famosa, licet pendeat ex causa famosa, veluti ex furto, *l. cessat, D. de obligat. & act.* Non est etiam actio rerum amotarum pœnalis, quia rem solam persequitur *d. l. 21. §. penult.* Sic respondeo. Fateor non esse famosam aut pœnalem, sed etiam affirmo inesse ei pœnam aliquam & infamiam, propterea quod pendet ex furto, & dicitur oriri & esse ex maleficio *d. l. si rerum.* Sicut condictio furtiua licet rem solam persequatur, dicitur esse ex maleficio, *d. l. 21. §. penult. & l. 10. §. quoties, D. de compens.* Et ob id neutra condictio datur in heredem, nisi quatenus ad eum peruenit, *l. 3. huius tit. l. 9. §. vlt. & §. seq. D. de tut. & rat. distr.* quia est quasi pœnalis, quasi famosa, quodammodo famosa & pœnalis, quia in ea fit quasi mentio furti. Nam etsi res amotas dicas, non furtiuas: tamen populus intelligit te dicere furtiuas, apud quem debet constare ratio famæ nostræ. At in quem non est actio famosa, in eum etiam non est actio quasi famosa, *l. parens cum legibus seqq. D. de obseq. a lib.* Ergo verum est, quod ait *l. 2.* constante matrimonio non agi rerum amotarum, quod non agatur famosa vel pœnali actione: famosam cum dicit vel pœnalem, dicit quasi famosam vel quasi pœnalem: sicut qui dicit contractum, dicit etiam quasi contractum, *vt tutelam l. contractus, D. de reg. iur.* Etiam intelligitur manente matrimonio non agi cum coniuge serui corrupti, quæ est pœnalis, nisi in simplum dempta pœna, id est, in id quod interest in fauorem & honorem, nuptiarum, *l. vlt. D. de seru. corrupt.* Item non agi ex lege Aquilia, quia est etiam actio pœnalis ex parte, id est, mixta; sed agitur tantum in simplum, *l. si seruus §. si maritus, D. ad l. Aquil. l. si mulier, D. de donat. inter vir. & vxor.* Ac similiter non agitur mandati vel depositi, quia sunt famosæ, nisi temperentur verbis, & concipiantur in factum, vel nisi post diuortium. Et ita Græci accipiunt *l. si ego §. vlt. D. de iur. dot.* Et idem notant de actione mandati, in *l. vlt. sup. de pact. conu.* Ergo famosis actionibus non agimus constante & manente matrimonio, nisi temperes eas, & concipias in factum, notato scilicet facto modestissime in eo quod tua interest, non notata persona, non facta mentione doli & fidei ruptæ, sed damni pecuniarii tantum. hoc fauor & honor nuptiarum exigit.



AD TITVLVM XXI.

Ne pro dote mulieris bona quondam mariti addicantur.



LOnge alia fuit ratio huius tituli quam tituli superioris: nam viui mariti pudori parcit mulier, ex titulo superiore si agat post diuortium de rebus diuortii causa a marito subreptis, quin & viuo marito parcit mulier, si agat de dote post diuortium, dum eum non condemnat in solidum, sed quatenus facere potest, mortuo autem marito iudicio dotis heredem eius condemnat in solidum, *l. maritum, D. solut. matrim.* Et ex hoc titulo non parcit pudori mortui mariti, quinimo, si maritus sine herede decesserit, mulier dotis seruandæ causa mittitur in possessionem bonorum omnium, & bona omnia mariti distrahit sub hasta nomine mariti, quod heredem non reliquerit, cuius nomine venditio bonorum fiat. Id vero erat ignominiosum, nomine debitoris mitti in bonorum possessionem, deinde proscribere bona vel distrahere sub hasta, quasi decoctoris nequam. hoc fuisse ignominiosum ostendit §. *1. Inst. quib. ex caus. man. l. paterfamilias, D. de reb. auct. iud. poss.* Et canones sunt manifeste 12. quæst. 1. Sic ergo ex hoc tit. mulier non parcit existimationi mariti mortui: nam si nullus heres ei existat, dotis seruandæ causa mittitur in possessionem vniuersorum bonorum, eaque distrahit nomine mariti, quod erat infame. Nec enim statim mulieri bona mariti addicuntur pro dote: quia nec vlli creditori bona debitoris addicuntur pro debito, *l. 6. & l. 9. inf. de bon. auct. iud. poss.* Et maxime lex *6.* congruit cum constitutione huius tituli. Sed si maritus vel alius debitor sine successore, aut herede, aut bonorum possessore decesserit, forte cum non esset soluendo, testamentariis & legitimis heredibus, aut bonorum possessoribus repudiantibus eius successionem tanquam damnosam, vel suspectam: tunc ex illa parte edicti prætoris, cui heres non extabit, de qua Marc. Tullius in Quintiana, mulier mittitur in possessionem bonorum omnium mariti dotis seruandæ causa, deinde omnia bona proscribuntur, & distrahuntur sub hasta, & suggillatur nomen defuncti. Hæc est forma iuris, inquit, constitutio huius tit. id est, ordo edicti perpetui, quæ & forma perpetua dicitur, *l. 1. inf. vbi pet. tutor.* Hic est mos iudiciorum, quo creditores perueniunt ad ius suum, debitore sine successore defuncto. Nec enim desiderant iure sibi addici pro debito bona debitoris. Ergo nec mulier sibi addici bona mariti pro dote, sed sequi iubetur ordinem edicti perpetui, sicut extraneus debitor. Addicere non est in solutum dare: hoc enim facit debitor si vult, *l. 4. inf. qui bon. ced. poss. l. 4. inf. de euict.* Addicere est prætorium ius, cuius tria illa verba sunt notissima, *do, dico addico.* Et rursus, addicere non est ipso iure dominium transferre,

transferre, quia prætor neque heredem, neque dominum facit ipso iure, *l. qui vsumfructum, ff. si vsusfruct. pet. §. quos autem, Instit. de bon. poss.* Nisi addictio fiat ex voluntate domini, vt in cessione in iure, & in actione, quæ fit voluntate domini. Ideoque is, cui prætor addicit bona libertatum conseruandarum causa ex constitutione Marci: vel bonorum emptor, cui ex edicto postulantibus creditoribus addicit bona debitoris, is non est heres, sed quasi bonorum possessor *l. 4. §. penult. D. de fideicommiss. lib.* Et Theophilus noster in tit. *Institut. de success. quæ fieb.* Addicere igitur bona, est ea collocare penes aliquem eumque eorum possessorem facere, quem tamen prætor tuetur tanquam dominum, id est, habet loco domini. Addicere est, possessionem dare & quasi dominium (quod Græcis est προσκυροῦσθαι) collocare, *l. quod a. ff. de in diem add.* & in idiotismo, *etrousser quelque chose.* Ergo mulieri pro dote ex lege hac, vel cuilibet creditori aut creditoribus pro debito bona debitoris non addicit Prætor, etiamsi maritus vel alius debitor nullum heredem reliquerit, aut successorem vniuersi iuris sui. Sed hic est ordo iuris, quem certissime noster Theophilus exposuit *tit. de success. subl. quæ, &c.* Primum vt mulier non quidem fiat possessor bonorum mariti, hoc enim esset addicere: sed mittatur tantum in possessionem bonorum mariti dotis seruandæ causa, vt in *l. ea quæ §. 1. D. ad munic. l. pen. §. item danda, D. de diuer. temp. præscript. l. officium, D. de rei vindic. l. Titia, D. de solut.* quo genere possessio non transfertur in mulierem. Nam longe aliud est possidere, aliud esse in possessione, sicut longe aliud est seruum esse, aliud in seruitute esse. Ergo quem prætor mittit in bonorum possessionem, certe non facit possessorem, hoc iure non transfertur possessio, sed ius pignoris constituitur in eis bonis creditori, idque appellatur prætorium pignus, in tit. *de prætor. pign. inf.* Deinde transactis aliquot diebus post missionem in possessionem, intra quos dies si res exigat potest constitui curator bonis administrandis & custodiendis: His inquam diebus transactis bona omnia proscribuntur, & creato magistro bonis vendendis, consensu creditorum bona publice venduntur sub hasta, Gallice *au plus offrant*, consensu creditorum lege dicta venditioni, soluendi debiti integri, vel partis ab eo qui licitatione vicerit, *qui aura plus offert*, & addicuntur bona emptori, qui licitatione vicerit, habeturque is bonorum emptor pro bonorum possessore, id est, pro successore, & cogitur satisfacere mulieri pro rata dotis, & cæteris creditoribus. Nam hic ordo iuris proficit omnibus creditoribus, etiamsi eum non petierint omnes, *l. cum vnus, D. de reb. auct. iud. poss.* Atque ita indemnis damno seruatur mulier. *Quatenus*, inquit lex, *successionis modus patitur*, quæ dixerat tamen maritum nullum successorem reliquisse. lex *4. inf. qui bon. ced. poss.* ait, quatenus substantia patitur, quod re ipsa, idem est. Sed obseruandum est in voce successoris & successionis in hac lege esse πλοκὴν, id est, figuram, quoniam primo loco successor est heres, vel bonorum possessor: secundo loco successionis nomen significat bonorum venditionem, *Inst. de success. quæ fieb.* & successor igitur significat bonorum emptorem, qui similis est bonorum possessori, non bonorum possessorem. Et in hoc proposito bona, non dicimus, quæ supersunt deducto ære alieno, vt in l. Falcidia. Sed dicimus bona cum sua causa, id est, cum suis commodis, & cum suis oneribus, incommodis & damnis & cum ære alieno, vt in edicto de bonorum possessionibus.

AD TITVLVM XXIII.

De fundo dotali.



Ex Iulia scripta fuit de fundo dotali, sed pertinet etiam ad ædes dotales. fundus est prædium rusticum, ædes prædium vrbanum: Et ita *l.* 12. tabul. quæ iubet, *fundi vsucapionem esse b iennium*, pertinet etiam ad ædes, vt M. Tullius ait pro Cæcinna. Et contra edictum vti possidetis, est scriptum nominatim de ædibus, & pertinet tamen etiam ad fundum, *l. 1. §. penult. D. vti poss.* Verum non pertinet ad superficiem solam, *l. 3. §. sed si, D. eod.* Nam de superficie proponitur proprium & speciale interdictum, quasi vti possidetis possessionis retinendæ causa, vt in tit. *de superficieb.* Et ita Lex Iulia, de qua est hic titulus, non pertinet ad superficiem solam, *l. si ex lapidicinis, D. de iure dot.* quia lex Iulia est de re soli, & superficies non est res soli. Et breuiter lex Iulia hoc vult, maritum rei dotalis, quæ solo continetur, si inæstimata sit, vel etiam si æstimata, modo electio sit seruata mulieri repetendæ rei vel æstimationis, prout elegerit, maritum, inquam, non habere alienationem, licet pro domino dotis habeatur, quo alienationis verbo significatur omnis translatio dominii, *l. 1. huius tit.* Vbi est elegans definitio alienationis, quam semper habere oportet in promptu: Est autem alienatio omnis actus, per quem dominium transfertur. Ergo etiam alienationis nomine continetur diuisio fundi communis, & actio communi diuidundo, per quam peruenitur ad diuisionem & commutationem partium, *l. 2. huius t.* quam confirmat lex *ex castrensi* §. 1. *ff. de pec. castr.* quam miror non esse annotatam. Alia quæ possent dici hac de re, nos exposuimus satis abunde in tit. *de rei vxo. act. §. & cum lex Iulia.*

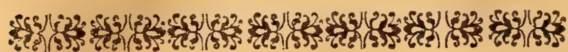
AD TITVLVM XXIV.

Diuortio facto apud quem liberi morari vel educari debeant.

Et ad Tit. XXV. *De alend. liber. ac parent.*

PArs alia huius tractatus de dotibus est de liberis, quoniam propter liberos erat retentio sextarum, vel quintarum ex dote, alendorum liberorum causa, *l. vn. §. sileat, supra de rei vx. act.* quo loco tollitur ea retentio, propter quod communes liberi non sunt alendi ex dote matris, sed ex facultatibus patris. Deinde quærebatur in hac parte de retentione propter liberos post diuortium, apud quem liberi morari & educari deberent (nam in hoc tit. disiunctio pro coniunctione) vtrum apud patrem, an apud matrem? Et hæc constitutio huius tit. ponit in arbitrio iudicis, vt pro qualitate personarum statuat morari & educari liberos apud matrem, si pater sit nequam, mater frugi, vel contra apud patrem. Nec probat per sexum inter parentes fieri diuisionem liberorum, quod notandum est, vt scilicet masculi alantur apud patrem, fœminæ apud matrem. Et videnda est hac de re *Nou.* 117. Inde etiam quæritur in hoc tit. 25. a quo alendi sint liberi; est enim tit. de alendis liberis & parentibus. Et hoc constituitur, alendos esse liberos a patre pro modo facultatum, *l. 3. & 4. hoc tit.* etiam emancipatos liberos *l. 5. D. de agn. & al.* videlicet si sint maiores trimis, alendos esse a patre, non a matre, Gallice *s'ils ont plus de trois ans, l. pen. inf. de pat. pot.* quoniam ea ætate solent repelli a mamma, a lacte, & tum dicuntur exuberes quasi ἀπόμαστοι, vt contra sububeres ὑπομάστιοι, Gallice, *qui tettent encore.* & exuberes, apud Cælium

Apicium *lib. 8. c. 6.* dicuntur Syringiati, ſeu mammoceſtes. Vice autem verſa, vt ait d. l. 5. quod Græce eſt ἀντιπελαργεῖν, etiam parentes egenos liberi, qui ſunt in facultatibus, alere debent, & parentes vtriuſque ſexus, quoniam etſi parentum inæqualis ſit poteſtas, æqualis tamen debet eſſe pietas, vnaque erga parentes, vt ait *l. 4.* D. *de cur. fur. l. 6.* D. *de in ius voc. l. 1. & 2. hoc tit.*



AD TITVLVM XXVI.

De Concubinis.



Explicito tractatu de dotibus datur titulus de concubinis: Nam etſi in concubinis quæſtio dotis locum non habeat, nec diuortii, nec rerum amotarum, *l. ſi concubina*, D. *rerum amot.* nec *rerum donatarum*, *l. donationes*, D. *de don.* nec ex quibus cauſis connubium interdicitur, etiam omnibus vtique concubinatus interdicitur, *l. 1. §. qui autem*, & §. *vlt. l. 3. l. vlt.* D. *eod. tit.* tamen concubina vxorem imitatur, vt eleganter ait Iulianus in *Nouel. 18.* Vxoribus igitur proximæ ſunt concubinæ. Et merito igitur poſt vxores dantur concubinæ in hoc tit. Concubinæ nomen non eſt infame & turpe, imo honeſtum & legitimum, vt explicabitur infra. Et hoc eſt, quod illo loco ait, *concubinam imitari vxorem.* Et vt vxori vxorem ſuperducere non licet, *l. 2. ſup. de inceſt. nupt.* vel ſponſæ ſponſam, *l. 5. ſup. de don. ant. nupt.* ita nec concubinam ex conſtitutione huius tit. quaſi ſcilicet πάρεργον ἐρωτικὸν ἐπιδήμιον. Et rectiſſime Ignatius in epiſtola ad Antiochenos, αἱ μία ἑνὶ, οὐ πολλαὶ ἑνὶ ἐδόθησαν ἐν τῇ κτίσει. *vna vni, non multæ vni datæ ſunt in creatione.* Et Hermione apud Euripidem οὐ καλὸν δυοῖν, &c. non eſt honeſtum vnum virum duarum mulierum regere habenas, ſed contentum quemque vna eſſe debere, ſiquidem bene & beate viuere, remque ſuam tueri velit. Concubina igitur vxorem imitatur, & vt vxorem vxori, ita concubinam vxori non licet ſuperducere. Et inde poſteriores etiam concubinatum & concubinam appellauere ἡμίγαμον, id eſt, *ſeminuptam.* Zonaras in Michaele Paphlagone, οὐκ ἡμιγάμῳ γεγονότες, ἀλλὰ μὴ τῷ ἐννόμῳ συζυγεῖς, id eſt, *ex concubinatu, non ex iuſto cubili.* Et idem in Conſtantino gladiatore τῇ γυναικὶ συνοικεῖ, &c. Et concubinatus etiam coniugium dicitur, ſed inæquale, *l. 3. tit. ſeq.* quod opponitur iuſto coniugio, *l. 1. C. Theod. de colleg.* Denique vt ex his apparet, concubinatus non eſt illegitima coniunctio, furtiua coniunctio, & per concubinatum non committitur ſtuprum, *l. 3.* D. *eod. tit. l. ſtuprum*, D. *ad l. Iul. de adult*, Et vis noſſe amplius, quam concubina ſimilis ſit vxori? Filio procreato ex iuſtis nuptiis concubina patris eſt quaſi nouerca, vt eam vxorem ducere non poſſit, *l. liberi*, *ſup. de nup.* Item ſi concubina in adulterio fuerit deprehenſa, accuſari poteſt adulterii ex l. Iulia quaſi vxor, *l. ſi vxor, ff. ad l. Iul. de adult.* Et Lyſias de cæde Eratoſthenis in adulterio deprehenſi, reum cædis non eſſe eum, qui deprehenſum in adulterio concubinæ occiderit lege Athenienſium, & tantum abeſſe, vt eum iure non occiderit, quem deprehendit in adulterio vxoris, vt & iure occidatur deprehenſus in adulterio concubinæ. Et hæc eſt ſententia Lyſiæ, licet concubina talem gradum honoris, & parem non obtineat, quod eſt etiam addendum ex Lyſia in *l. item legato §. penult.* D. *de leg. 3.* Vxorem tantum a concubina diſtare dignitate: vxor, materfam. domina, ſic enim ſolet appellari, hæc tria nomina ſunt maioris dignitatis: Nam & vxor fit particeps omnium bonorum mariti, non concubina, *l. mulieres*, *inf. de dig.* Concubina eſt nomen nonnullius dignitatis: amica turpitudinis eſt nomen. Hodie in vſu non ſunt concubinæ, & abutitur vulgus eo nomine, dum ſcorta vocat concubinas: hic ſemimatrimonii vſus in deſuetudinem abiit: audio tamen eum retinere diſtricte Vaſcones & Pyræneos. Aliæ nationes Galliarum non nouere concubinatum. Et vero etiam damnatus eſt Nou. Leon. Philoſophi. 91. Et conſtitutiones etiam tit. ſeq. damnant magis quam probant concubinatum, cum liberos ex concubinatu ſuſceptos, in bonis patris nolunt habere ſolidi capacitatem, ſed portionis tantum certæ capiendæ ius, qui tamen olim habebant ſolidi capacitatem, ſicut nati ex iuſtis nuptiis, quia olim, id eſt, ante conſtitutiones titul. ſequen. concubinatus erat prorſus legitima coniunctio, perinde atque matrimonium, quia ex conſtitutione tit. ſequen. eſt quaſi legitima intemperantia, & quaſi vitium legitimum, *l. 7. tit. ſeq.* Cur enim malis retinere vt concubinam, quam poſſis habere vt vxorem? Et vt eleganter ait *Nou. Leonis 91. Cur malis cœnum, aut lutum quam fontem.*



AD TITVLVM XXVII.

De naturalibus liberis, & matribus eorum, & ex quibus cauſis iuſti efficiantur.



Matres ſequuntur liberi: nam in hoc tit. naturales liberi, qui etiam nothi dicuntur, hi ſunt qui naſcuntur ex concubinis. Fateor naturalium liberorum nomen eſſe ἀμφίβολον, πολύσημον. Nam alias naturales liberi ἀντιδιαστέλλονται, ſiue opponuntur adoptiuis liberis, qui legitimi ſunt, non naturales, *l. 1. §. liberos*, D. *vnde cog. l. Lucius*, D. *de vulg. ſubſt*, & tunc naturales liberi ſunt liberi quæſiti ex iuſtis nuptiis, πρὸς ἀντιδιαστολήν. Alias naturales liberi opponuntur liberis quæſitis ex iuſtis nuptiis, & tunc naturales liberi, ſunt liberi quæſiti in ſeruitute, ex contubernio, *l. vlt.* D. *de his qui ſunt ſui, vel. al. ex facto. l. ſi quis rogat*, D. *ad Trebell.* vel quæſiti ex concubinatu. Et ita accipiuntur proprie in hoc tit. qui naſcuntur ex ſtupro, puta ex meretrice, vel ex vxore illicita, aut concubina illicita, vt in *l. 1. hoc tit.* Nam & per matrimonium & concubinatum illicitum ſtuprum committitur. Hi, inquam, liberi neque ſunt legitimi, neque naturales, ſed tantum ſpurii, vel pueri publici, vt apud Senecam, *vulgo quæſiti, vulgo concepti*, vt Lucretius loquitur, *volgiuaga Venere concepti.* His pater incertus eſt, neque enim habent patrem, quem demonſtrent niſi populum, aut terram, vel ſi quem habent, qui & ipſe ſpurius pater dicitur apud Feſtum, eum honeſte demonſtrare non poſſunt: Et ita veluti ex connubio illicito, vt in l. 1. h. tit. in qua Imp. non dixit, qui pater eſt, ſed qui pater dicitur: & rurſus non dixit quos naturales filios habuerit, ſed quos naturales dixit. Et idem eſt in *l. 44. ſup. de Epiſc. & Cler.* quæ conſtitutio eſt de filiis Clericorum Græca, & in *l. vulgo*, D. *de ſtat. homin. l. 4.* D. *vnde cogn.* Et eleganter Iulius Solinus de Æthiopia cap. 33. *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia priuatim neſciunt, ſed omnibus vulgo in Venerem licet. Inde eſt quod filios naturales tantum recognoſcunt: nam paterni nominis nulla reuerentia eſt. quis enim verum patrem nouerit in hac luxuria inceſti laſciuientis?* Spurii igitur ſunt filii nati ex incerto patre, mater ſemper eſt certa; *l. 5.* D. *de in ius voc.* Calfurnius Flaccus *in declam.* de puero ſuſcepto ex ſcorto: *In hoc puero*, inquit, *neſcio quid ſit indignius: vtrum origo patris quæ eſt dubia, an origo matris quæ eſt certa.* Et hac ratione dicunt Phyſici, cariores nobis eſſe fratres ex eadem matre, qui certiores, quam ex eodem patre, diuerſa matre ſuſcepti, quod hos tantum opinemur, non etiam recte certo ſciamus nobis eſſe fratres. Et inde Homer. *Iliad 3. &c.* Eadem ratione dicunt cariores eſſe liberos matri quam patri, quod illa ſciat ſuos eſſe, hic ſuos eſſe opinetur. Multum ergo diſtant ſpurij liberi a naturalibus,

de quibus hoc tit. nam illi patrem non habent, si patrem habent, nec tamen proprie patrem, id est, non iustum patrem. Nam proprie pater est, quem iustæ nuptiæ demonstrant, *l. quia 5. D. de in ius vocand.* Et obseruandum in *l. 7. inf. hoc tit.* non simpliciter esse scriptum patri naturali denegari nomen patris, sed ius & nomen patris, id est, nomen iusti patris, non patris simpliciter. Nomen ergo iusti patris denegatur patri naturali, quia & filio naturali non succedit, *l. 9. §. quod & in his, hoc tit.* In qua auctor vobis sum delendi hæc verba, *vel ascendentium.* Nam hoc vult ille §. vt pater naturalis non succedat filio naturali, vel eius liberis vel cognatis ex transuerso. Sed nec potest velle, nec iure proficere, vt pater naturalis non succedat suo patri, vel auo, vel proauo, qui filio naturali sunt ascendentes. B Secunda differentia hæc est: Spurij nihil capiunt ex bonis eius, quem patrem dicunt vllo iudicio, vlloue modo: sed naturales liberi vna cum matre ex testamento vel codicillis, vel testamento patris naturalis possunt tantum capere vnciam existentibus iustis liberis, *l. 2. hoc tit.* Deficientibus iustis liberis possunt capere quadrantem ex *l. 1. Cod. Theodos. eod. tit.* vel semissem ex *l. 8. hoc tit.* & hodie solidum ex *Nou. 89.* Quod locum obtinet etiam in nepotibus naturalibus, id est, quos iustus filius genuit ex concubina sua, ex filio mortuo, *l. vlt. hoc tit.* Ab intestato autem liberi naturales non succedunt patri naturali, nisi deficientibus iustis liberis, & iusta vxore, & tunc succedunt tantum in sextantem vna cum matre *ex Nou. 18. & 89.* Et recte in hoc tit. liberis naturalibus iunguntur matres eorum, quia simul in vnam portionem admittuntur. Tertia & vltima differentia hæc est: Spurij nullo modo iusti & legitimi fieri possunt, quod est verissimum: naturales autem certo C modo possunt, vt hoc tit. ostenditur, quia hi non sunt indigni misericordia, *vt ait l. 7. hoc tit.* qui alieno vitio laborant, nam concubinatus quasi vitium est: quæ ratio licet etiam obtineat in spuriis, quod spurii etiam alieno vitio laborant, tamen quia certum patrem non habent, non efficit vt possint fieri iusti: sed efficit vt possint aspirare ad honores, vt fieri possint decuriones: Non est impedienda dignitas eius qui nihil admisit, *l. spurij, de decur.* qui etiam innocens est, *l. 2. §. penult. ff. eod.* Emporius rhetor, mentionem, inquit generis partus esse augendam, quod in cuiusque potestate non sit, quemadmodum natus sit. Naturales autem liberi fiunt iusti honore decurionatus *l. 3. & 4. hoc tit.* D & ducta in matrimonium concubina, *l. 5. 10. 11.* hoc tit. & ex l. Anastasij arrogatione *l. 6. hoc tit.* quam tamen deinde in l. 7. Iustinianus Imperator voluit tantum valere in præteritum; Statuens in futurum, ne adrogatio naturalem iustum faciat, cum ducere in matrimonium concubinam promptum & facile sit, eodemque momento vxorem iustam & liberos iustos facere, quod confirmatur in *Nou. 89.* Et postremo naturales liberi fiunt legitimi rescripto Principis, *Nou. 74.* quod & *l. 1. hoc tit.* adsignificat illo loco, *nostri prærogatiua rescripti.* Hi sunt modi, quibus naturales liberi iusti efficiuntur: inter quos modo adhuc notandum est, esse quædam discrimina. Primum, qui decurionatu factus est legitimus, vel rescripto Principis, patri soli fit suus heres iustusque successor, non cæteris cognatis patris, E vt liberis, id est, ius sui heredis adquirit, non ius consanguinei, non ius cognati, non ergo plenum ius legitimi filij, *l. 9. hoc tit. & d. Nou. 89.* Matrimonio autem, id est, concubinatu verso in matrimonium, plenum ius consequuntur naturales liberi, id est, non tantum sui fiunt patri, & in potestate: sed etiam agnascuntur agnatis patris omnibus *in Nou. 12.* Item decurionatu & matrimonio naturales legitimi fiunt etiam existentibus iustis liberis: rescripto autem Principis legitimi non fiunt existentibus iustis liberis, *Nou. 74.* Item decurionatu facti legitimi, existentibus iustis liberis, non plus possunt capere ex bonis patris naturalis, & modo iusti patris per decurionatum, quam is reliquerit vni ex filiis iustis cui minimam portionem adscripserit, *l. 2. §. vlt. hoc tit.* Aliis modis facti iusti solidi capacitatem habent, nec certa parte concluduntur.

AD TITVLVM XXVIII.

De testamentaria tutela.



Explicato contractu matrimonii & dotis, & cæteris, quæ id genus conuentionis sequuntur vel antecedunt, incipit tractare de alio genere contractus, nempe de tutelis. Nam & tutela contractibus annumeratur in *l. contractus, D. de reg. iur. l. ex contractibus, D. de oblig. & act.* Quia etsi pupillus tractatu habito negotioque gesto non contrahat cum tutore, sed in eum incidat, vt ait *l. vlt. D. rem pup. salu. for.* tamen tutor ex sua administratione tenetur quasi ex contractu, & per caussam eius administrationis siue gestionis inter pupillum & tutorem vltro citroque nascitur actio directa & contraria, *§. tutores, Instit. de obl. quasi ex contr.* Tutelæ nomine, cum eam dico esse contractum, intelligo tutelæ administrationem & gestionem, vt cum iuris auctores dicunt, restituere tutelam passim in iure, id est, administrationis tutelæ rationem reddere: nam tutela per se simpliciter non est contractus, sed vt Seruius Sulpitius definit, vis & potestas in capite libero. Nouissime administratio tutelæ, quæ & ipsa tutela dicitur, contractus est. Est autem alia tutela legitima, alia datiua. Omnis diuisio debet esse bimembris. Et datiua rursum alia est testamentaria, alia Attiliana; nam & testamento dati tutores datiui sunt, vt scribit. Vlpian. *lib. reg. tit. de tut.* Et dati quoque a prætore datiui sunt, qui proprie Attiliani dicuntur, quia lex Attilia iussit a prætore tutorem dari ætate paruis deficiente testamentario aut legitimo tutore, vt est in *Instit. de Attil. tut. l. datiuus, D. rem pup. sal. l. vlt. inf. de leg. tut.* quæ etiam facit duas tantum summas species tutorum, legitimos nempe & datiuos: nam datiui simpliciter accipiuntur. Et adde etiam *l. generaliter, sup. de Episc. & Cler.* & Ideo hic tractatus de tutelis, qui comprehendit multos titulos, primum incipit a testamentaria tutela. Hæc tutela præualet, & vt in hereditatibus, ita & in tutelis prior est causa testamenti. Quandiu autem speratur tutela testamentaria, aliæ cessant, *l. si quis sub conditione, D. eod.* Ac rursus, vt conferamus hereditatem cum tutela, quæ frequens in iure contentio est: sicut hereditas testamento data confirmatur lege 12. tab. *vti quisque legassit, &c.* ita tutela confirmatur eadem lege, *l. 20. D. eod. & Vlpian. eodem lib. reg. eod. tit. Testamento,* inquit, *dati nominatim tutores, l. 12. tab. confirmantur.* Placet valde quod ait *nominatim.* Nam tutorem dari oportet *nominatim*, alioqui datio inutilis est. Et hoc est, quod ait *l. 20.* tutorem incertum dari non oportere, *& §. tut. Inst. de legatis, pro tutela certo iudicio posteritati esse cauendum,* sicut in eod. tit. dicitur, *§. libertas,* libertatem incertæ personæ inutiliter dari, quod placeat seruos liberari nominatim. Sed hoc interest inter libertatem & tutelam, quod libertatem dari nominatim, hoc est ex lege Fusia Caninia, vt Paulus ait *4. Sent. tit. vlt. & Vlpian. eod. lib. reg. tit. 1.* tutorem autem dari nominatim, hoc est, *ex 12. tabul.* Quia vero dandus est tutor nominatim, inde dubitabat Pomponius in *l. 16. §. 1. D. eod.* an tutor datus filio hoc modo *Filij mei tutor esto*, si plures essent filii, videretur datus omnibus filiis impuberibus, quia exheredatio filiorum nominatim fieri debet. Et tamen qui plures filios habet, si filium exheredem esse iusserit specialiter, *filius exheres esto,* nemo videtur nominatim exheredatus, *l. 2. D. de lib. & post.* quia scilicet exheredationes strictius accipiuntur.

At tutorum dationes plenius accipiuntur, fauor pupil- A lorum admittit latiorem interpretationem hac in re. puta vt datus tutor generaliter filio, non adiecta alia nota demonstrationis, videatur datus omnibus filiis ætate paruis, *d. l. 16. §. 1.* Et ita etiam tutor, qui datus est filiis, & postumis datus intelligitur, *l. 5. ff. eod. tit.* Quod tamen non ita est in exheredatione: exheredatis filiis hoc modo; *filij exheredes sunto,* non videntur exheredati postumi nominatim. Ergo ad postumos non pertinet ea exheredatio, *l. 3. §. nominatim, D. de ini. rup.* Et similiter filiis datus tutor, videtur etiam datus filiabus, *d. l. 16. in prin.* quia & analogia recti sermonis hoc patitur, vt dicamus filiæ, filiarum, filiis. Et vt plenius Sosipater & Phocas scribunt, Iurisconsulti primum instituerunt distinguendi sexus & discernendæ ambiguitatis causa, vt diceremus filiabus. At si filii sunt exheredati hoc mo- B do: *filij exheredes sunto*: dico non videri etiam filias exheredatas: nam inuenio accurate testatores, cum omnes exheredatos volunt, & filios & filias dicere, quasi non sit satis dicere filios, *l. Titius, ff. de lib. & post.* Et confirmatur hoc idem etiam argumento *l. 1. §. quare ff. de vent. in poss.* Verum ad rem. Cœpi conferre hereditatem cum tutela, & pergam. Vt hereditatem testamentariam non improprie quis dicit lege obuenire, quod confirmatur, vt ante dixi hereditas testamentaria lege 12. tabul. *l. lege obuenire, D. de verbor. signif.* Ita etiam tutelam testamentariam non improprie dixeris lege obuenire, quod 12. tabul. confirmetur. Et confirmare tutorem, est tutorem facere, ideoque tutor testamento non iure datus, & confirmatus a prætore, datiuus est, non testamentarius, Attilianus est, non testamentarius in *l. iure §. vlt. & l.* C *seq. ff. de testament. tut.* Et iis consequens est, solam legem facere heredem, non testatorem, non prætorem: Nam prætor tutorem dare non posset, nisi hoc iussisset lex Attilia. Denique & hereditatis ius, & tutelæ datio omnino est legis, non iurisdictionis, aut imperij, *§. quos autem, Instit. de bon. pos. l. muto §. tutoris, D. de tutel.* Nam non omnis qui imperium & iurisdictionem habet, non omnis Magistratus dare tutorem potest: sed is tantum cui lex specialiter hoc concessit. Non omnis parens tutorem testamento dare potest, sed is tantum, qui pupillum cum moritur, in suis heredibus habet habiturusue erat si vixisset, *l. quo tut. §. 1. D. de reg. iur.* siue sit paganus testator, siue miles. Et hoc est quod ait *l. impuberi, D. de adm. tut.* tutelam mandari iure patriæ potestatis, non præmio militiæ. Et militem igitur non dare tutorem nisi D filiofam. herediue suo, id est qui sit in familia & potestate sua, *l. 2. de test. tut.* Præterea non tantum heredem instituere dicimus, sed etiam tutorem instituere apud Plinium & Ciceronem. Vt autem heres non tantum institui potest, sed etiam substitui in locum instituti, si institutus heres non erit, quæ dicitur substitutio vulgaris ex 12. tab. Ita tutori instituto substitui alius tutor potest in eundem casum, si prior non erit tutor, quod liquido comprobatur *l. penul. D. de test. tut.* Et simili modo, qui proximus est ad tutelam legitimam, & proximus est ad hereditatem legitimam: & contra, quo hereditas redit legitima, eo & tutela, *d. l. quo tutela, in prin. & l. 3. §. perinde, D. de leg. tut.* Neque tamen existimandum est, perpetuam semper esse similitudinem inter hereditatem & tutelam: vel vnam dissimilitudinem attulisse sa- E tis est, in qua re discernenda possunt etiam falli prudentissimi. Hereditas datur tantum testamento, non codicillis testamento confirmatis, & multominus non confirmatis: tutela tamen datur recte codicillis testamento confirmatis, *l. 2. hoc titulo l. 3. ff. eodem l. 1. de confirm. tut.*

AD TITVLVM XXIX.

De confirmando tutore.



Titulus 29. est etiam de tutore testamentario, qui paucis explicabitur, nec erit longi subsellii. Est autem de tutore non iure dato testamento, non recte dato. Non iure enim datur testamento a patre tutor filio emancipato impuberi, quia emancipatus extraneus est patri, non suus, licet iure prætorio ab intestato vocetur inter suos. Non recte datur tutor testamento a matre vel alia muliere, nec si patrona fuerit, quæ liberto impuberi tutorem det *l. 1 tit. prox. sup.* quia scilicet fœminæ suos heredes non habent *l. illud §. ad testam. D. de bon. poss. contra tab. l. nulla D. de suis & leg. her.* Et vt superiore titul. proposui, parens tutorem tantum dare potest ei, quem habet in suis heredibus. Verum ex hoc tit. tutor a patre datus filio emancipato, atque ita inutiliter datus, frustra datus iure ipso, confirmabitur edicto prætoris, & decreto sine inquisitione morum & facultatum tutoris a patre dati filio emancipato, quia stamus iudicio patris & electioni: hoc tantum inquirimus an durauerit voluntas patris. si durauit, nihil præterea inquirimus de moribus & facultatibus eiusmodi tutoris testamento a patre dati & instituti. Cæterum datus a matre, vel ab alia muliere extranea, vel ab extraneo, qui pupillum non habet in potestate, confirmabitur etiam decreto prætoris, sed ex inquisitione, nec enim citra inquisitionem sequitur iudicium mulieris, vel extranei, *l. 1. hoc tit.* quæ inquisitio fit per Officiales prætoris, *l. 3. §. tutor, D. de susp. tut.* Est etiam alia differentia hac in re inter patrem & matrem: nam a matre datus vel extraneo non aliter confirmatur, quam si pupillo heredi a se instituto datus sit, *l. 4. ff. de testam. tut. & l. 4. sup. tit. prox.* Vbi iam diu in Institutionibus docui abundare negationem, & omnes agnoscunt hoc esse verissimum vt sit legendum affirmatiue, *quando autem eos heredes instituerit*, si non Instituerit heredem pupillum mater, tutor ei datus non confirmabitur. Et est elegans ratio in *l. 4. D. de confir. tutor.* quia non videtur dilexisse eum, quem non instituit. Ergo præsumitur statim nec ei bene prospexisse pro sua tutela, ac proinde iudicium eius repudiat Prætor, nec confirmat vnquam. Contra bene præsumit de iudicio matris, quæ dilexit pupillum, vt & instituerit heredem. tunc excutiet iudicium matris prætor, & plerumque confirmabit: & hoc in matre. A patre autem datus tutor filio emancipato impuberi, confirmatur, etiamsi exheredatus sit, *d. l. 4. ff. de test. tut.* quia emancipatus iure prætorio, non habetur pro extraneo, alioquin in eius persona inepta esset exheredatio. Sed iure prætorio, sicut suus iure ciuili, emancipatus est instituendus, vel exheredandus a patre. Et ab eodem patre datus exheredato tutor confirmabitur, qua in re etiam distat filius emancipatus a filio naturali, id est, ex contubernio vel concubinatu: Nam filius naturalis, & prætorio & ciuili iure extraneus est patri naturali, vt in eius persona inepta sit exheredatio. Ideoque a patre tutor datus filio naturali non aliter confirmabitur, quam si institutus sit, vel ei legauerit vel donauerit aliquid secundum modum præscriptum constitutionibus de naturalibus liberis. Cui ergo aliquid ita reliquerit, ei si dederit tutorem, is tutor confirmabitur, quasi datus magis in id quod ei reliquerit in rem, quam in personam, sed non confirmabitur sine inquisitione, *l. naturali, l. 2. D. de confirmando tut. l. vlt. hoc tit.* Item non iure datur tutor filio sui iuris a patre, nec filiofamil. impuberi, si imperfectum sit testamentum vel iniustum: non iure etiam datur per epistolam, sed tamen confirmari potest drecreto prætoris, &, vt dixi ante, confirmatus erit magis

magis datiuus, quam testamentarius, erit magis prætorius quam patrius, *l. 2. hoc tit. l. 3. D. eod.* Ac postremo non iure datur tutor a patre filiofamil. verbis precariis. Nam tutela est relinquenda directis verbis, *Tutor esto, tutores sunto*, verbis imperatiuis, verbis ciuilibus: alioquin datio prorsus inutilis est, vt in *l. 1. ff. eod.* Tutela non defertur per fideicommissum, quod notandum est, sed sequetur prætor iudicium patris facile, & confirmabit. Et hæc de tutore dato testamento impuberi. Curator autem puberi non datur testamento, nec a patre filiofamil. nec a matre, quod est certissimum. Nec alia ratio est differentiæ inter tutorem & curatorem, quam quod omnis potestas dandi tutoris & curatoris pendeat ex lege, & legis sit, non patriæ potestatis, non iurisdictionis. Ac lex, quæ dedit patri ius dandi tutoris, de tutore tantum loquitur, his verbis, *tutelaue suæ rei*, non de curatore, ideo curatoris dandi testamento ius non est, quia lex deficit, quæ id dederit: vt e contrario, cur ventri datur curator nō tutor? quia prætor in edicto, ex quo curator datur ventri, loquitur tantum de curatore, non tutore. hæc est ratio leg. *ventris, D. de tut. & cur.* Hoc totum est legis vel edicti, cuius verba non licet immūtare, nec pro tutore curatorem, nec pro curatore tutorem substituere. Ergo generaliter curator testamento iure non datur, sed confirmabitur auctoritate & decreto prætoris, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 1. ff. eod.*

AD TITVLVM XXX.

De legitima tutela.

TEstamentariæ tutelæ succedit legitima. hæc non datur, *l. 5. in prin. ff. eod. tit.* sed lege defertur ipso iure, & deficientibus tutoribus testamentariis; pupillo tutores existunt statim, id est, ἀναφαίνονται, siue apparent, vel sunt ipso iure, non tamen cognati, id est, per fœminas coniuncti (cognatos enim lex non nouit) sed consanguinei, id est, fratres legitimi, qui non exierunt familia patris, qui ius agnationis non amiserunt, vel alii agnati, qui sunt proximi ad hereditatem pupilli ab intestato, id est, si parens pupillo non fecerit substitutionem pupillarem. Denique proximi ad hereditatem legitimam pupilli, etiam sunt proximi ad tutelam eiusdem legitimam, deficiente testamentaria tutela. testamen. est datiua tutela, legitima non est datiua: legitima proprie est legitima: testament. non improprie dicitur legitima, sicut hereditas, *l. lege, D. de verb sign.* quæ duo sunt longe diuersa, proprie scil. & non improprie *l. 1. D. de suis & leg. hered.* Et rursus legitima tutela est absolute, legit. tutela testamentaria quodammodo, itemque Attiliana. Nam si veram istius iuris originem quæramus & spectemus, si libeat adire fontes & non riuulos consectari, sola lex heredem facit, vel senatus, vel Princeps, *§. Quos autem. Instit. de bon. poss.* Sola lex tutorem facit, vel senatus, vel princeps, *l. muto §. tutoris, D. de tut.* Tres dico, legem, id est, populum, senatum & principem. Prætor autem non facit tutorem, sed dat iubente lege Attilia & confirmante dationem. Nec vllum exstat prætoris edictum, quo tutor detur. Non est igitur prætoris edictum legi simile: senatusconsultum est legi simile: constitutio principis est legi similis. Idem non dicitur de edicto prætoris, sed dicitur tantum edictum Prætoris modicam obtinere iuris auctoritatem, *§. pretorum, Instit. de iur. natur.* Edictum prætoris partem esse iuris, non legis. Nec mirum, si ex edicto prætoris ventri curator detur, non tutor, *l. 20. ventri, ff. de tut. & cur. datis.* Quia & de tutore constituendo Prætor edicere non potuit: sed vt qui heredem facere non potest, ex edicto tamen bonorum possessorem facit, quem in omnibus causis tuetur vice heredis, *d. §. quos autem, & l. 2. D. de bon. poss.* Ita
Cod.

A qui tutorem facere non potest, curatorem tamen facit, eumque habet vice tutoris. Et in summa tutorum origo est ex lege, vel alio iure, quod legis vigorem obtinuit. Curatorum autem qui dantur puberibus non factis iustæ ætatis, & aliquando pupillis, vel qui dantur bonis aut ventri, origo est ex iure prætorio, exceptis curatoribus furiosorum aut prodigorum, qui soli sunt legitimi curatores, non datiui, *§. furiosi, Instit. de cur.* quæ omnia summe sunt notanda. Sed de legitima tutela modo tantum tractemus. alia est legitima tutela, quæ descendit ex l. 12. tab. vt quæ defertur consanguineis, id est, fratribus agnatis: nam consanguinei in iure semper sunt fratres, consanguinitas, id est, fraternitas legitima; nam frater emancipatus cum non sit agnatus, nec consanguineus est: consanguinitas est species agnationis. B Tutela igitur, quæ venit ex l. 12. tab. defertur consanguineis, vel aliis agnatis proximis, deficientibus fratribus legitimis vel gentilibus. Alia autem est tutela legitima, quæ descendit ex Senatusc. vt cum alius tutor datur in locum remoti, vel excusati tutoris, vel absentis, vel mente capti, aut muti, aut surdi, *l. penul. D. de tut. l. si quis sub cond. D. de test. tut.* Et Vlpianus *lib. reg. tit. de tut.* Alia legitima tutela descendit ex moribus, vt cum alius tutor datur pupillo, quo auctore agat cum suo tutore aliqua ex causa, quia ipse in rem suam auctor fieri non potest, & ideo moribus receptum est, vt alius tutor detur in eam litem exercendam contra verum primumque tutorem, qui proprie dicebatur tutor prætorius, quia hoc solo casu prætor tutorem dabat extra ordinem, nulla iubente lege, secundum ius vetus. Hodie enim in eam C litem curator datur non tutor, *§. vlt. Institut. de auct. tut. & Vlpian. in sup. d. lib. & tit.* Et præterea tutela quæ ex lege descendit, alia ex lege directo descendit, vt quæ defertur agnatis & gentilibus, alia per consequentias hereditatum, vt qui sperant hereditatem pupilli & onus tutelæ subeant, vt quæ defertur patrono, vel quæ defertur parenti manumissori pupilli vel pupillæ, *l. 3. D. de leg. tut. l. 5. sup. de dol.* vel etiam, quæ defertur extraneo manumissori, id est, patri fiduciario, cui pater naturalis filium mancipauit ob causam liberandi filii, quæ proprie dicebatur *fiduciaria tutela*, quia hac lege fiduciaque cauta filium pater naturalis mancipat & vendit emptori, qui pater fiduciarius dicitur, vt eum manumittat, faciatque sui iuris. Et sic etiam *fiduciaria tutela* dicebatur cum pater naturalis in emancipatione filii impuberis manumissor extiterat, puta, contracta fiducia, vt D emptor, id est, fiduciarius pater filium mancipatum sibi, & traditum a patre naturali, eidem remanciparet & reuenderet manumittendum. Sed hodie fiduciarii tutoris nomen consistit, non in patre manumissore: quia receptum est, vt potius legitimus tutor appelletur, exemplo patroni, sublato patre fiduciario, & emancipationum solemnitatibus antiquis: sed consistit tantum fiduciarii tutoris nomen in liberis patris manumissoris, fratribus filii emancipati & manumissi, *l. 4. D. de leg. tut. & Inst. de fiduciar. tut.* Et addamus aliam diuisionem legitimæ tutelæ. Tutela legitima alia est principalis, alia cessitia, id est, quam legitimus tutor fœminæ alteri cedit in iure, vt hereditas cedi alteri in iure potest, ita legitima tutela fœminæ. Vlpianus *lib. sing. regul. titul. de dominiis & adquisit. rerum.* Seruius Honoratus in illum lo- E cum Virgilii: *Et patrio Andromachen iterum cessisse marito. Cessisse*, inquit, *est de iure, nam & cedi hereditas dicitur.* Cessicia autem tutela extinguitur, eodem Vlpiano auctore, morte vel capitis deminutione mandatarii vel mandatoris, id est, cessicii tutoris, vel eius, qui eam tutelam cessit, vt mandatum quodlibet, quod & cessio est, constat extingui non tantum morte mandatoris vel mandatarii re integra, sed etiam capitis deminutione alterutrius, *l. cum quis, D. de sol. l. post litem, D. de procur.* in illo loco, *vel in ciuitate manente.* Item cessicia tutela extinguitur cessicio tutore alii tutelam cedente,

quia hæc ſecunda ceſſio inutilis eſt, quod ipſe videatur A renuntiaſſe iam ſibi ceſſæ tutelæ, vt ſecundum mandatum quodlibet eſt inutile. Nam procurator procuratorem facere non poteſt, niſi poſt litem conteſtatam, *l. ſi procuratorem* §. *1. D. mandati, l. quod quis. ſupra. de procuratoribus.* Et ſi alium procuratorem fecerit, ipſe videtur renuntiaſſe ſuſcepto mandato, ſuſceptæ procurationi. Et renuntiatio quidem valet re integra, ceſſio ſiue ſecundum mandatum non valet. Reſtat igitur ceſſionem primam extingui. Potuit autem olim cedi tantum tutela legitima alteri, non teſtamentaria, quia certiore iudicio teſtamento eligitur tutor: & cedi rurſus potuit tutela legitima, non maſculorum, ſed fœminarum tantum, quia olim tam puberes, quam impuberes erant in perpetua tutela, propter conſilii infir- B mitatem, & propter rerum forenſium ignorantiam, vt recte dicat fœmina apud Iuuenalem: *Nunquid nos cauſas agimus? ciuilia iura nouimus?* Erant, inquam, fœminæ omnes in perpetua tutela, cuiuſcumque ætatis, quoad mariti conueniſſent in manum, nam conuentione in manum mulier tranſit in poteſtatem viri. Et generaliter neque maſculi, neque fœminæ, quæ ſunt in manu alterius, vel poteſtate vel mancipio, etiam poſſunt eſſe in poteſtate tutoris, *l. cum filiusfamil. D. de teſtam. milit.* Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, id eſt, ſui iuris, quod non ſit in poteſtate alterius, vt in *l. recte, D. ex quib. cauſ. maior. illo loco, Liber homo,* id eſt, *ſui iuris.* Alias liber homo eſt etiam, qui alieni iuris eſt, vt filiusfam. Sed in definitione liberi hominis in illa lege *recte, homo liber*, liberum caput, id eſt, ſui iuris. Verum hoc C obtinuit de tutela fœminarum legitima iure antiquo. Poſtea, vt Vlp. docet eod. lib. *& l. 3. hoc tit.* L. Claudia, quam nominat, ſuſtulit tutelas fœminarum puberum, & voluit, vt fœminæ eſſent in perpetua tutela: hodie igitur cum ſit ſublata lege Claudia tutela legitima fœminarum puberum, quæ ſola potuit cedi alteri in iure, conſequens eſt, etiam hodie ceſſare ceſſiciam tutelam, & hodie ceſſiciam potius eſſe a ceſſando, quam a cedendo dictam. Denique hodie impuberibus fœminis tantum legitimos tutores eſſe conſanguineos, id eſt, fratres vel cæteros cognatos vſque ad pubertatem, *l. 3. hoc tit. l. 2. C. Theodoſ. de tut. & cur. creand.* Et ſententia igitur l. 3. quam non aſſequuntur vulgo, hæc eſt, lege Claudia eſſe ſublatam tutelam perpetuam fœminarum puberum: ſolis impuberibus tutores exiſtere vel conſtitui. D Manere igitur tantum tutelam legitimam fœminarum impuberum, quæ defertur conſanguineis vel aliis agnatis. Dico, tutelam legitimam deferri recte *agnatis tantum.* Nam & hereditas legitima conſanguineis tantum & agnatis .i. fratribus defertur primum, deinde agnatis cæteris: ſeparantur conſanguinei ab agnatis, quamuis & ipſi agnati ſint, quia inter conſanguineos etiam vocabantur fœminæ ad hereditatem, id eſt, ſorores ex l. Voconia, non inter cæteros agnatos. Breuiter vt hereditas, ita tutela legitima ſolis conſanguineis & agnatis defertur, non cognatis, id eſt, qui ſunt coniuncti per fœminas. Excipiendus tamen eſt frater emancipatus, qui propter emãcipationem cognatus tantum eſt, non agnatus, quia emancipatio tollit ius agnationis, ius familiæ, ius genti- E litatis. Hic enim frater emancipatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris vel emancipati, vel integri ex conſtitutione Anaſtaſii, §. *vlt. Inſtit. de grad. cogn.* §. *1. Inſtit. de ſucceſ. cog.* Vno in loco, vt hoc admoneam, Iuſtinianus nos remittit ad pleniorem lectionem conſtitutionis Anaſtaſii, quæ tamen nunquam inuenitur, quia ſcilicet inſerta fuerat priori editioni Codicis, quæ anteceſſit editionem Inſtit. Poſteriore autem editione Codicis, qui eſt is, quem habemus, quæ facta fuit poſt Inſtitutiones amota fuit libro prioris Codicis. Vt autem ex conſtitutione Anaſtaſii frater cognatus non agnatus vocatur ad legitimam hereditatem fratris, & præfertur agnatis vlterioribus, ita æquum eſt, vt vocetur ad tutelam legitimam fratris, vel ad curationem. Et hæc eſt ſententia *l. 4. hoc tit. & l. ne lucrum, inf. de cur. fur. dan.* quæ duæ leges ſunt partes integrioris conſtitutionis Anaſtaſii, & amplioris. Et hoc ita conſtituitur ſecundum regulam; *Quo hereditas redit, eo etiam tutela redit, & contra.* Quæ tamen regula, vt hoc addam per occaſionem, *l. vlt. hoc tit.* vitiatur, ſi fœmina agnata proxima heres intercedat: nam heres erit, non tutor, quia tutela virile munus eſt, non muliebre, & contra vlterior agnatus erit tutor, non heres, *l. 1.* §. *D. eod. l. penul. D. de leg. tut.* Vitiatur etiam ea regula in minore 25. annis ex conſtitutione Iuſtin. id eſt, ex *l. vlt. hoc tit.* Nam licet ad minorem 25. annis omnis hereditas legitima redeat agnati impuberis, tutela tamen ad eum non redit, quia ii tantum ſunt idonei tutores vel curatores, qui ſunt maiores 25. annis, id eſt, is tantum idoneus rector eſt alterius, qui ipſe rectore non indiget ex hac *l. vlt.* Nam ante Iuſtinianum minor 25. annis erat tutor legitimus ipſo iure, ſed per alium adminiſtrabat tutelam, periculumque omne adminiſtrationis ſuſtinebat, vt ſignificat *l. vlt.* Nec tamen, quod erat abſurdum, bona eius minoris tutoris legitimi immobilia erant tacito iure pignori obligata pupillo: quia obſtabat S C. de rebus minorum non alienandis, cum tamen regulariter pupilli & adoleſcentes habeant tacitam hypothecam in bonis rectoris ſui, §. *& vt plenius, ſup. de rei vxor. l. pro officio, inf. de adminiſt. tut.* Dati autem tutores a prætore minores 25. annis ante hanc l. vlt. excuſabantur ad tempus, & in locum eorum dabatur curator, non tutor, *l. 10. D. excuſ. tut.* §. *item maior, Inſtit. eod. tit.* Curator, inquam, non tutor, quia tutorem habenti tutor non datur, niſi ex certis cauſis, ex S C. vt retuli ſupra. & non deſinebat eſſe tutor minor 25. annis, quem prætor dediſſet, *l. 16. D. de tut. & cur.* Manebat tutor, ſed excuſabatur ad tempus tantum, interim curatore ſubſtituto in eius locum.

AD TITVLVM XXXI.

Qui petant tutores vel curatores.



Oſt tutores teſtamentarios & legitimos dicturus de tutoribus vel curatoribus qui dantur a prætore vrbis ex l. Attilia, vel ex Senatuſconſultis, vel moribus, vel a præſidibus prouinciarum ex l. Iulia & Titia (qui, inquam, petuntur & dantur, non exiſtunt ipſo iure, vt legitimi, nec dantur, vt teſtamentarii nemine petente) imprimis docet, qui tutores vel curatores petere poſſint aut debeant. Petuntur tutores aut curatores editis nominibus plurium, qui poſſunt appellari προκριθέντες; vel πρόκριτοι, & ex illis magiſtratus eligit atque conſtituit vnum, *l. 2. hoc tit.* Et idem etiam eſt ordo in Epiſcopo creando, qui eſt etiam nobis veluti tutor, vt ſcilicet tres nominentur, & eligatur vnus ex iis, *Nou.* 123. §. 1. Et ita Cornel. Tacitus *libro 4.* patricios tres nominari, & ex iis vnum eligi flaminem dialem. Et liberti quidem liberis patroni ſui impuberibus omnimodo tutores petere debent, non curatores puberibus, ſed aliquando, etiam impuberibus curatores, puberibus nunquam curatores. Itemque mater liberis ſuis petere debet tutores, non curatores, vt poſtea explicabitur, & liberis non tantum quæſitis ex iuſtis nuptiis, ſed etiam ex concubinatu, id eſt, naturalibus, ex *l. vlt. hoc tit.* & petere debet quamprimum ſine fruſtratione ſiue cunctatione, *l. 2.* §. *confeſtim, D. ad Tertull. l. 8. hoc tit.* Sicut dandi etiam ſunt quamprimum a magiſtratibus, *l. 1. tit. ſeq.* Liberti hoc debent liberis patroni veluti obſequium, vt ait *l. 2. h. t.* Mater autem hoc debet liberis ſuis veluti officium pietatis, vt in *l. 6. 8. 9. hoc tit.* & quidem officium plenum, *l. 2.* §. *quod ſi non contulit, D. ad Tertull.* officium

officium sedulum, *l. 8. hoc tit.* id est, sedulo, vere & ex animo, mater liberis tutores petere debet, non defunctorie, non dicis causa. Quid enim si petat non idoneum? coercetur, *d. l. 2. §. non solum, ad Tertull. l. 2. D. qui pet. tut.* Et notandum valde quod ait *l. 8. hoc tit.* a matribus sedulum petendi tutoris officium exigi non perfunctorium, quod dicitur Gallice *par acquit*, non etiam matribus adscribi impedimenta fortuiti casus, quæ petitioni tutoris obstiterunt; & ponit exemplum in matre, quæ confestim fecerat procuratorem, vt proficisceretur peregre ad locum congruum petendo tutori, vt peteret filiis suis tutorem nomine suo (peti enim potest per procuratorem) & ponit eum procuratorem in via fuisse a prædonibus peremptum, nec diu resciuisse matrem interemptionem procuratoris, atque ita eam rem remoratam esse petitionem tutoris, hoc, inquam, non esse imputandum matri, impedimentum fortuiti casus non esse adscribendum matri, sedulitatem tantum ab ea exigi. Idemque officium pietatis exigitur ab auo & auia, vt orbis filiis mature tutores petant, *l. 1. Cod. Theodos. qui tut. pet. l. 2. §. filiis, D. ad Tertullian.* Denique libertus hoc debet liberis patroni vt obsequium, mater, auus, auia vt officium. Et inde differentia inter obsequium & officium siue pietatem. Et mater quidem, si cessauerit petere tutorem liberis, punitur. Nam ex constitutione Seueri emolumentum hereditatis filii intestati amittit, quod ad eam peruenire poterat ex Senatusconsulto Tertull. vel alio iure, *l. 2. D. eod. l. 2. §. si mater non petierit, D. ad S C. Tertull.* nec excusatur mater ignorantia iuris, constitutione Zenonis in *l. vlt. hoc tit.* quia iuris ignorantia non prodest, ne mulieri quidem hereditatem acquirere volenti, vel bonorum possessionem, *l. error, D. de iur. & fac. ign. l. 3. l. quamuis, sup. eod. l. iuris, inf. qui adm. ad bon. poss.* Eadem est pœna aui vel auiæ, non petentis tutorem. Libertus autem qui cessauerit in petendis tutoribus liberis patroni sui, fit reus deserti obsequii, *l. 2. hoc tit.* & grauiter punitur in corpus, *l. 2. D. eod.* non etiam vt arbitror ob eam rem redigitur in seruitutem, quasi ingratus, vt recte sentit Accursius, *in l. 2. hoc tit. ex l. solo, inf. de lib. caus.* vt libertus non fiat seruus per solam causam obsequii non præstiti, & exhibiti. Nam etsi *l. 2. inf. de libert. & eor. lib.* dicat, eum redigi in seruitutem ex leui offensa, hoc sic accipiendum est, si quid fecerit aduersus patronum, non si quid deseruerit vel omiserit. Ergo libertus ob desertum obsequium hac in re punitur, & mater æque, & auus & auia ob desertum officium, ob desertam pietatem; sua cuique pœna propria. Recte igitur dices, has personas tutores petere ex necessitate, pœnæ metu, tutores, inquam, non curatores, nam impune curatores non petunt, *l. 6. hoc tit.* puberibus scilicet, nam impuberibus sane tutores vel curatores petere debent, non etiam puberibus curatores, quia puberibus inuitis non dantur curatores, *§. item inuiti, Insti. de cur.* nisi ad litem, vt *in l. 1. hoc tit.* sed addit *§. item inuiti*, dum ait, nisi ad litem, vel ad tutelam recipiendam. Nam finita tutela, si pubes nolit sibi petere curatorem, admonitus a tutore, qui offert rationes, ipse tutor etiam inuito petet curatorem dari, cui reddat tutelam cum rationibus, *l. 7. hoc tit.* Alii sunt qui non coguntur tutores vel curatores petere, sed si petant, admittuntur, vt amita filiis fratris recte tutores petit sua sponte, *l. 5. hoc tit.* Ergo & patruus & propatruus, *l. pen. hoc tit.* Et similiter sua sponte recte petunt tutores cognati alii impuberis, vel affines, vel amici, itemque is qui acturus est cum pupillo vel adolescente, si admonitus adolescens sibi curatorem non petat, in litem recte petet ei curatorem dari, *l. 1. 4. & 6. hoc tit.*

Cod.

AD TITVLVM XXXII.

Vbi petantur tutores vel curatores.



IN hoc titulo paucis ostenditur, vbi petantur tutores & curatores, & breuiter hoc vult constitutio huius tituli, vt tutores vel curatores petantur a magistratibus apud patriam pupilli vel adolescentis, ex qua per patrem originem ducunt, vel vbi patrimonium habet pupillus vel adolescens. Et loquitur constitutio huius tituli de magistratibus municipalibus: nam iis etiam fuit datum ius dandi tutoris vel curatoris, *l. 3. D. de tutor. dand. l. 2. §. si mater non petierit, versicul. & quidem, & seqq. D. ad S C. Tertull.*

AD TITVLVM XXXIII.

De tutoribus vel curatoribus illustrium vel clarissimarum personarum.



DIxit, qui petant tutores a magistratibus, & vbi petant: nunc incipit tractare, qui magistratus tutores dare possint, & qui tutores dari. Et specialiter *in hoc tit.* qui dare & qui dari possit illustribus personis, puberibus aut impuberibus, vel clarissimis. Et in tit. 34. generaliter, qui possint dare aut dari cæteris: sed tantum explicabimus hunc titulum specialem, qui possunt dare & dari illustribus personis vel clarissimis. De illustribus est *l. 2. hoc tit.* & ii sunt, qui non sunt adstricti curiis ciuitatis suæ, id est, qui non sunt decuriones, & consequenter, qui non sunt obnoxii muneribus publicis, municipalibus, oppidanis: ii, inquam, soli, qui curia liberi sunt, tutores dantur illustribus Senatoribus, id est, natis a Senatore illustri: nam filius cuiuscumque ætatis Senatoris illustris, & ipse est Senator illustris, licet non introeat in Senatum ex SC. Papiriano, cui causam dedit Papirius prætextatus, apud *Gellium lib. 1. c. 3.* Sicut etiam vxores Senatorum dicuntur Senatores & clarissimæ, sed non introeunt in Senatum, *l. 11. C. Th. eod. tit.* quod etiam esse ex SC. Lamp. scribit in Heliogabalo. Ergo, vt dixi, de illustribus Senatoribus eorumque tutela, si impuberes sint, est *l. 2. h. t.* de clarissimis est l. 1. vt apparet ex illo loco: *Paruulis adultisque clarissimis*, & paulo post, *tutoribus & curatoribus clarissimarum personarum.* Nam initio huius legis non est legendum *illustribus*, sed *illustris præfectus vrbi*, vt nonnulli codices habent, vt habet codex Theod. & lex 2. *J. quand. mul. tut. off.* Illustris, inquit, præfectus vrbi. Cæterum fateor in h. l. 1. clarissimorum nomen accipi latissime, vt in *No. 71. & sup. vbi Sen. vel clarif. libr. 3.* vt scil. comprehendat tres gradus dignitatis, Senatores illustres, spectabiles, & clarissimos. Clarissimorum nomen est speciale & generale, generale comprehendit illas tres species dignitatis Senatoriæ. Alii sunt Senatores expertes omnis dignitatis, id est, neque spectabiles, neque illustres, neque clarissimi, quos non comprehendit clarissimorum illa appellatio, *l. 52. & 54. C. Theodos. de hæret.* Et inde in supradicto tit. vbi Senatores vel clarissimi, id est, Senatores expertes dignitatis: & clarissimi, id est, Senatores cum dignitate: clarissimorum etiam appellatio comprehendit vxores & liberos clarissimorum. Et ita vt dico, facile feram *l. 1. h. tit.* accipere clarissimorum nomen generaliter, non specialiter, cuius hæc est elegantissima sententia: Clarissimis impuberibus vel puberibus, si deficiant testamentarii vel legitimi tutores vel curatores, vel excusati sunt, iis tutores constitui ex quocumque ordine, vt ait, id est, ex Senatorio ordine, vel equestri, in vrbe ab illustrissimo

præfecto vrbi, qui est Princeps Senatus, Gallice *le* A *premierpresident*, *l.3.sup. de offi. præf. vrb. & Nouel. 62.* Ergo eis personis tutores constitui a præfecto vrbi non solo, sed adhibitis in consilio decem Senatoribus, & prætore tutelari. Nam vt erat de libertatibus prætor specialis, qui prætor liberalis dicebatur: ita & de tutelaribus cognitionibus & tutoribus dandis, qui præsideret, erat prætor specialis constitutus a D. Marco, prætor tutelaris, de quo est *l.2.inf.quand. mul. tut. off.* Nam vt libertates, ita tutelæ pertinent ad publicam curam vel vtilitatem, cui conueniens fuerit, tam libertatibus quam tutelis proprium tutorem scribi. Olim præfectus vrbi potuit etiam dare tutores, *l.penult. §. Romæ, D. de excus. tut.* Sed ex hac l. 1. præfectus vrbi non constituit tutorem citra consilium supradictum, sed adhibito illo consilio: hoc ordine constituit tutorem, vt B primum nominentur plures, qui vt dixi appellantur *τυρόκριτοι*, deinde vnus idoneus pronuntietur sententia præfecti vrbi, & postea ille solemniter detur, decernatur, confirmetur auctore tutelari prætore, quod aperte hæc lex demonstrat. Sententia igitur præcedit decretum, vt ait recte *l. vlt. inf. de mag. conuen. & l. tutores, D. de confirm. tut.* Et notandum est hanc l. 1. tria exigere in tutore, vitam, id est mores, ætatem, nempe iustam & legitimam 25. annorum completorum, *l. vlt. sup. de leg. tut.* & facultates. Et hoc quidem in vrbe Imperatores, qui sunt auctores huius legis, hoc obseruari voluerunt, (vt apparet ex *C. Theod.*) in omnibus impuberibus, etiam plebeiis, vt adhibito ita solemniter consilio, eis detur tutor vel curator, sed Iustinianus siue Tribo- C nianus additis multis, eam constitutionem coangustauit tantum ad impuberes clarissimos, id est, illustres, spectabiles, Senatores vel clarissimos. Et hoc in vrbe. In prouinciis autem cauetur in extremo huius legis, dari tutorem decreto decurionum, periculo eorum qui præsentes adfuerunt in decernendo tutore, qua in re, vt constat etiam *ex tit. de conuen. mag. inf.* distat ordo decurionum a magistratibus vrbanis; nam præfectus vrbi, & qui ei in consilio adfuerunt, & prætor tutelaris in tutoribus constituendis, vel curatoribus clarissimis personis, non agnoscunt periculum administrationis.

AD TITVLVM XXXIV.

Qui dare tutores vel curatores possunt, & qui dari non possunt.

Et ad tit seq. *Quand. mul. tut. off. fungi potest.*

Docuit titulo superiore specialiter, qui dare & dari tutores, & curatores illustribus, vel clarissimis personis possunt. in hoc tit. nunc docet generaliter, qui dare, & qui dari ceteris possint vel non. Quæ duæ quæstiones & illam etiam nectunt, cui dari possint, nec enim potis est quisquam dare, nisi cui dari potest. Et hoc igitur primum videamus, cui dari possint vel non possint, quantum nos instruunt, scilicet, constitutiones huius tit. ac primum quidem *tutorem habenti, tutor dari non potest*, ex regula iuris, qua in re separatur tutor a curatore, *l. 9. & 10. hoc tit.* Et hac de re plenius tractabitur proprio titulo, nempe 36. Vbi etiam explicabitur diligentius *lex 10. hoc tit.* nam & ille titul. 36. est pars huius. Item magistratus municipales non possunt dare tutorem vel curatorem ex alio municipio, sed dare debent eiusdem municipii, in quo iurisdictionem exercent, & ex quo pupillus vel adolescens oriundus est, municipem vel incolam: & municipi vel incolæ, qui ibi domicilium habeat. Ac similiter præses prouinciæ non potest tutorem dare ex alia prouincia, vel curatorem, sed dare debet eiusdem prouinciæ, quam administrat, prouincialem, id est, subiectum iurisdictioni suæ, & subiecto iurisdictioni suæ, *l. 5. hoc tit. l.3. sup. qui pet. tut. l. 1. in fin. & l.3. D. de tut. & cur. dat. l.13. §. consequens, §. vlt. D. de excusat. tut.* Quia etsi tutoris datio non sit iurisdictionis, *l. muto §. tutoris, D. de tutel.* tamen, quia ius dicentis officium consistit etiam in tutore dando, si lex ei dederit ius dandi tutoris, *l.1. D. de iur. omn. iud.* Ideo & in tutore dando magistratus municipalis, vel prouincialis debet seruare iurisdictionem territorii sui, & in hac re distant decreto dati tutores vel curatores a datis testamento: Nam testamento recte dantur tutores, etiam non municipes, id est, qui non sunt eiusdem municipii vel ciuitatis, cuius est testator vel pupillus, modo sint ciues Romani. Sunt enim tutelarum iura ciuium Romanor. propria, sicut hereditatum, modo detur pupillo municipi. Denique recte testamento tutor datur, non ciuis ciui a ciue, qui pupillum habeat in suis heredibus. Et ita est accipienda *l. etiam, D. de tut. Etiam non municeps tutor dari potest*, (nempe testamento) *modo municipi detur & l. quæro in princip. D. de testamen. tut.* quia, vt intelligatur ratio differentiæ, nullis finibus circumscripta est patria potestas, & ideo municipi tantum eiusdem municipii datur testamento tutor, quia, si pupillus non sit eiusdem municipii, cuius est pater, qui ei tutorem dedit, desiit esse in eius potestate & familia. Et constat, patrem ei tantum filio testamento tutorem legitime dare, qui in eius potestate est, & in eadem familia, & consequenter, qui idem cum patre forum, idemque municipium habet commune. Intelligimus etiam ex hoc titulo, curatorem dari puberi posse, imo vero dandum esse necessario etiam inuito ad litem, si non habeat generalem curatorem. Denique dari specialem ad litem deficiente generali, *l.11. & 12. hoc tit.* Quia minor indefensus, qui non habet defensorem, id est, curatorem, non est litigator legitimus, *l. 1. & 2. sup. qui leg. pers. habent.* Nec omittendum est, quod dicitur, vocatum ad munus ciuile, qualis est tutela & cura, liberari, si nominet potiorem se ad tutelam, vel curam administrandam periculo suo, *ex tit. de pot. ad munera nominand. inf. lib. 10.* Hoc ita verum esse, si res sit integra. Nam curator datus ad litem, post litem contestatam sero nominat potiorem, & frustra, quia res non est integra. Cæterum ante litem contestatam, etiamsi ordinatus sit curator ad li- D tem, absoluitur, nominato, producto & probato potiore. Et ita explicatur *l.12. hoc tit.* Etiam ex hoc titulo intelligimus, tutorem vel curatorem recte dari ei, qui patitur controuersiam libertatis .i. quem aduersarius asserit in seruitutem, quia interim pro libero habetur, *l. 1. hoc tit.* & libero tantum homini, id est, sui iuris tutor vel curator constituitur, non ei, qui est in manu vel potestate vel mancipio alterius, interim autem pro libero habetur; quia ius ciuile vetustissimum hoc est, quod semper mansit integrum, vt vindiciæ dentur secundum libertatem, si probetur eum hominem, de quo agitur tempore litis de statu ordinando, fuisse in libertatis possessione, & vixisse & egisse omnia, quasi liberum hominem, *l. lite, inf. de lib. caus. l. ordinata, D. eod. l. 2. §. initium, D. de orig. iur.* Et Liuius libro 3. & Dionys. Halycarn. *lib. 11.* Nam si E tempore litis motæ & ordinatæ de statu, in seruitute fuerit, vindiciæ dantur secundum seruitutem, & pendente lite habebitur pro seruo, nisi quis per vim liberum hominem rapuerit & in seruitute habuerit, *l. vis eius, sup. de prob. l. si quis liberum, D. eod.* Et ita in vindicatione singularum rerum iudex initio litis dat vindicias secundum possessorem, vt interim habeatur pro domino, nisi eam rem qua de agitur a petitore vi possideat, *d. l. si quis liberum*, quæ est etiam vetus lex Zaleuci apud Polybium lib. 12. Et hæc de illa quæstione, cui tutores vel curatores dari possint aut non possint. Quoniam quo loco quæritur, quis dare & quis dari possit, simul & id quæritur, cui dari & quis accipere possit, vel non, *l. naturali §. vlt. D. de conf. tut.* Sunt enim vt initio dixi, hæ

quæstiones inter se iugatæ & connexæ. Et ita magistratum municipalem vel prouin. .alem diximus dare subiectum tantum iurisdictioni suæ, & simul æque subiecto iurisdictioni suæ. Et addamus *ex l. 6. hoc tit.* plerumque magistratum municipalem tutorem dare iussu, monitu, præcepto præsidis, non delegatum. Nam tutoris datio cum lege concedatur, nec competat iure magistratus, non potest delegari, *l. nec mandante*, D. *de tut. & cur. l.* 1. D. *de officio eius*, *cui mand.* Igitur magistratum municipalem tutorem dare monitu præsidis sæpenumero, sed suo iure tantum, quod ei scilicet leges tutelares impertiuerunt. Et hominem ex eodem municipio vel ex agro eiusdem municipii, *l. Lucius* §. *tutores ff. de adm. tut. l.* 1. §. *magistratibus ff. de magist. conu.* §. *sed hodie, Inst. de Attil. tut.* Vel si desit in eo municipio, cui præest, qui videatur idoneus, iussu etiam præsidis B magistratus municipalis ex vicino municipio non iam dat (nec enim potest) ex alieno municipio: sed mittit ipsi præsidi nomina quædam electa idoneorum & honestorum virorum, vt ipse præses eligat vnum ex eis atque decernat, qui modo sit eius prouinciæ, *l. diuus*, *D. de tut. & cur. l.* 1. §. *si quando*, D. *de magist. conuen.* §. *sed hoc*, *Inst. de Attil. tut.* Et hæc est omnino sententia *l. 6. hoc tit.* Et restat tantum tertia & vltima quæstio, qui dari tutores vel curatores possint, aut non possint, certe non cœcus vtroque lumine, *l. 3. hoc tit.* sicut nec mutus aut surdus *l.* 1. §. *vlt.* D. *de tutel.* non maritus vxori dari potest curator, ne coniunctio matrimonii cohibeat causam reddendæ rationis, quia nec curator adultam vxorem ducere potest, & retro vxori eadem ratione curator vir non fit, *l. 2. hoc tit. l. vtrum*, D. *de curat.* C *fur.* Non potest etiam vllo modo dari miles, *l. 4. hoc tit.* non minor vigintiquinque annis, vt iam supra didicimus, *l. vlt. de leg. tut.* non seruus, *l. 7. hoc tit.* non patrimonialis colonus, id est, qui adscriptus est & addictus (licet sit liber homo) agris patrimonialibus principis, *l. vlt. hoc tit.* Quæ etiam generaliter ait, non iure dari quemquam tutorem vel curatorem, qui habeat vacationis priuilegium, quale habent clerici, vt tutores non dentur, *l. generaliter*, *sup. de episc. & cler. & in Nouella Leonis* 68. quam Harmenop. facit 36. quæ patitur quidem clericos fieri dispensatores & exequutores testamentorum, non etiam tutores vel curatores. Non datur etiam recte curator vel tutor creditor debitori, vel contra, ex *Nouella* 77. abrogata *l.* 8. *hoc tit.* Ac postremo vt apparet ex *titulo* 35. maxime, ex *l.* 1. *& l. quo* D *tutela*, D. *de reg. iur.* mulier tutor dari non potest, quia tutela virile est officium, nisi specialiter a Principe impetrauerit tutelam filiorum suorum, *l. vlt.* D. *de tut.* forte hoc colore, quod pater moriens voluerit eam administrare negotia filiorum suorum, *l. qui negotia* §. *pen.* D. *de negot. gest. l. 2.* §. *quod si pater*, D. *ad Tertull.* freta voluntate mariti defuncti facilius impetrabit a Principe tutelam filiorum suorum, sed necesse est adire Principem. Hoc vnum est ex iis, quæ sunt reseruata Principibus. Et hoc iure veteri. Hodie ex *l. 2. & 3. hoc tit.* matri, deficientibus tutoribus testamentariis & legitimis, vel si priuilegio a tutela excusetur, vel suspecti genere summoueantur, potest deferri a magistratu tutela filiorum suorum, tam naturalium quam quæsitorum ex iustis nuptiis, si modo iurauerit se iterum non nupturam, E & renuntiauerit Senatusconsulto Velleiano, quo mulieres liberantur intercessionibus, quas fecere pro aliis; nam tutela est species intercessionis. Sed si contra fidem iurisiurandi mater nubat iterum, non redditis rationibus, non petito alio tutore, filii ex eo tempore habent tacitam hypothecam tam in bonis matris, quam in bonis vitrici, quem eis mater superinduxit, quia præsumitur vitricus fraudem participasse cum matre. Ac præterea ex constitutione Seueri, quia non petiit alium tutorem amittit ius successionis filiorum, vt in *l. omnem*, *inf. ad Tertull. l. sciant*, *inf. de leg. her. l. si mater. inf. in*

A *quibus causis pig. & in Nouella Theod. de tutor. & Nouella Iustiniani* 22. & 115. Hodie vero ex nouissimis Nouellis eiusdem Iustiniani mater non iurat se iterum non nupturam, ne aperiatur via periurio, sed tantum apud acta protestatur & confirmat se iterum non nupturam, *Nouella* 94. Ac præterea præfertur mater legitimis tutoribus non testamentariis *ex Nouella* 118. quæ ex *l. 2. hoc tit.* non admittitur ad tutelam filiorum, nisi deficientibus legitimis. Ac præterea non prohibetur mater, quod etiam porrectum est ad auiam, tutelam filiorum aut nepotum suscipere, si ei sit creditrix aut debitrix *d. Nou. 94.* Et hic solus casus excipitur *in Nouella* 32. vt creditor debitori, vel contra, non sit tutor vel curator, abrogata lege 8. *huius tit.* vt dixi, nisi mater aut auia. Et ii vero omnes, qui tutores aut curatores dari non possunt, si forte dati sint, non necesse habent se excusare, quia datio ipso iure inutilis est, & periculum cessationis non agnoscunt, *l. 5. & 9. hoc tit.* Ac præterea quidam nec volentes admittuntur ad tutelam vel curam. §. *item maior*, & §. *seq. Instit. de excusat. tut.*



AD TITVLVM XXXVI.

In quibus causis tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator detur.



Ntelleximus ex *l. 9. sup.* qui dare tutores & curatores, & qui dari non possint, *& ex l. 9. sup. qui pet. tut.* tutorem habenti tutorem dari non posse. Hac sententia etiam vtitur, *l. idem fiet*, D. *de test. tut. &* §. *interdum*, *Instit. de cur.* Et in specie admodum singulari Paulus *lib. 4. Sentent. tit. de fideicomm. lib.* Et dicitur regula iuris *in l. ventri*, D. *de tut. & cur. dat.* Quamuis ea lex ait non pertinere etiam ad curatorem, non porrigi ad curatorem: curatorem enim habenti iure curatorem dari. Et quo magis clareat ea in re esse differentiam inter tutorem & curatorem, obserua *d. l. ventri*, esse ex *lib. 7. differ. Modestini*, & in ea proponi duas differentias inter tutorem & curatorem, quod ventri curator datur non tutor, & quod curatorem habenti curator detur recte, non tutorem habenti tutor, regulam illam superiorem esse de tutore tantum, non de curatore. Et ex eodem libro Modestini adde tertiam differentiam, in *l.* 1. D. *qui pet. tut.* matrem scilicet puniri, si non petierit tutorem filio impuberi, non puniri, si non petierit curatorem filio puberi. Possunt addi & aliæ differentiæ inter tutorem & curatorẽ, quod tutor detur testam. non curator: quod tutor detur inuito, non curator: quod tutor detur impuberi tantum, curator puberi & impuberi: quæ differentiæ sunt notissimæ: item quod ad hereditatem adeundam vel nuptias contrahendas tutor interuenire & auctoritatem suam interponere debeat, nec sufficit auctoritas curatoris, *l. cum in vna* §. *vlt.* D. *de appell. l.* 1. *l. in copulandis*, *sup. de nupt.* vt olim etiam ad arrogationem pupilli, *l. 8. ff. de adopt.* Et generaliter ad ea omnia, quæ iuris solemnitatem desiderabant tutore opus erat, nec sufficiebat curator, *l. curatorem*, *ff. de auct. tut. l. vlt. inf. de in lit. dand.* Et summa differentia hæc est, quod tutor personæ detur, curator rebus, bonis, patrimonio, vt recte est scriptum in §. *item tria*, *Inst. de excus. tut.* tutela pupillorum & cura bonorum. Hæc est scilicet summa differentia inter tutelam & curam: Nam etsi tutor dicatur etiam dari in bona, *l. vlt. inf. qui pet. tut. l. propter litem* §. *licet*, D. *de excusat. tut.* tamen principaliter datur personæ, vel in personam, id est, in caput liberum potius quam in rem, & aliquando in rem potius, quam in personam, vt cum mater dat tutorem filio heredi instituto, vel pater filio naturali, cui aliquid dedit vel reliquit, *l. 4. ff. de test.*

tut. l. naturali, D. de conf. tut. Sed nunquam tutor non A datur in personam, & quasi ad pædagogandum puerum. Curator semper datur in rem non in personam. At vt ad regulã initio propositam reuertar, cuius inspectio propria est huius tituli, Quæro cur tutorem habenti tutor non detur, curatorem habenti iure detur curator? Et cur regula, quæ est de tutore, non sit impedimento, quo minus curatorem habenti curator detur, vt ait dicta lex *ventri*, D. *de tutor. & curat. datis*. An quia datio tutoris est actus legitimus & solemnis, vt superioribus diebus docebam plures nominari, plures aduocari agnatos, affines, amicos, & eorum arbitrio consilioue ex nominatis eligi vnum (alioquin non esset electio, nisi exhiberentur plures & nominarentur) & fit inquisitio in mores, ætatem, & facultates tutoris dandi, & solemne decretum interponitur, vt *l. 1. sup. de tut. & cur. illustr.* B Denique tutoris datio est actus legitimus, & fit ex inquisitione, & decreto prætoris aut præsidis, *l. actus*, D. *reg. iur.* Actus autem legitimi non iterantur, optio serui, aditio hereditatis, manumissio serui iusta, sunt actus legitimi. Et legata optione serui, semel tantum optare licet, *l. 5. in princ.* D. *de leg. 1.* Semel licet adire hereditatem, *l. si solus* §. *vlt.* D. *de adquir. hered.* semel manumittere, *l. 2. inf. de manumiss. vind.* Ergo & semel tutorem dare sic dici potest. An vero, quia pupillus est in tutoris potestate, & nemo potest esse in duorum potestate? sic potius dicamus. Nam cum plures tutores coniunctim dantur, omnes pro vno habentur, vt *l. plane, in princ.* D. *de leg. 1.* §. *hoc tam varie, inf. de cad. toll.* quæ datio vtilis est, *l. simul plures*, D. *de tutor. & cur. dat.* Cum autem separatim dantur, pro vno habentur, & posterior datio inutilis est, sicut cum dominus eandem C rem duobus vendit aut donat simul & coniunctim, vnius personæ potestate funguntur, & dominium eius rei pro indiuiso adipiscuntur. Cum vero duobus separatim vendit & tradit, iam duo sunt, & potior est is, cui priori res tradita est, *l. quoties, sup. de rei vind.* nec apud vtrumque potest esse possessio vel dominium in solidum, *l. si vt certo*, §. *vlt.* D. *commod.* Pupillus est in potestate tutoris, & nemo potest esse in potestate duorum, ita vt duorum potestas sit in solidum: curatoris autem nulla est potestas in puberem vel impuberem, atque adeo tutor pupillum suum dicit, vt *in l. cum quis* §. *Seia ff. de leg. 3. l. 11. inf. de furt.* Cornutus in illum locum Persii: *Magni pupille Pericli: tutores*, inquit, *dicunt pupillos suos quorum tutelam gerunt, quod tutela sit potestas in pupillos auctore Seruio Sulpitio.* Et inde etiam apud D Cornelium Tacitum, initio 14. exprobratio Popeæ vocantis Neronem pupillum, *qui iussis alienis obnoxius, non modo imperii, sed libertatis etiam indigeret.* Regula igitur illa, quæ est de tutore, vt habenti tutorem non detur tutor, non extenditur ad curatorem, longeque distat hac in re, vt & in aliis multis tutor a curatore. Posset enim tentari, curatorem habenti curatorem dari non posse, ex verbis huius rubricæ, sicut vulgo sunt concepta. Nam hæc verba supponunt regulam illam procedere tam in curatore, quam in tutore. Et sub hac rubrica poni exceptiones illius regulæ & casus, quibus contra regulam tutor tutorem habenti, & curator curatorem habenti detur. Sed auctores sunt omnes libri antiqui, male concepta esse verba huius rubricæ, & sic E esse restituenda, *in quibus causis*, non *casibus* (vt in hoc tit.) *tutorem habenti*, circumscriptis illis verbis, vel *curatorem*, hoc igitur modo, *in quibus causis tutorem habenti tutor vel curator detur.* Nam & nulla sub eo titulo est lex, quæ loquatur de curatore dato curatorem habenti, sed omnes sunt de tutore vel de curatore dato tutorem habenti. Possis & idem tentare ex *l. 10. sup. qui dare tut. vel cur. poss.* quæ dicit (vt vulgo scripta est) curatorem habenti alium adiungi, vel in locum eius alium substitui non posse. Ergo eadem regula valet in tutore & curatore. Et ponit etiam exemplum *d. l. 10.* in curatore, qui absfuturus erat sui negotii causa, vt in locum eius alius creari non possit, cum absens curator maneat, & periculo medii temporis obstringatur, si quid interim dum abest damni contigerit rebus pupillaribus, vt ait, qui & absfuturus debuit suo periculo actorem constituere interposito decreto prætoris, *l. decreto*, D. *de adm. tut.* Sed vt notauit *Glossa recte* duplex est lectio *d. l. 10.* Alii codices habent, *curatorem habenti*, quæ vulgo est recepta, & eandem regulam statuit in curatore, quam statuimus in tutore: Falso. glossa notat alios codices habere, *tutorem habenti*. Et hæc est plus quam vera, quam suadent etiam illa verba, *negotiis pupillaribus*. & loquitur ea lex de eo tutore, qui absfuturus erat sui negotii causa, non Reipub. causa. Et in inscriptione *d. l. 10.* est delenda vox *militi*, quia nec volens miles admittetur ad tutelam vel curam, *l. 4. eod. sup.* §. *idem & in milite*, *Inst. de excusat tut.* Et absens Reipublicæ causa non obstringeretur periculo medii temporis, *l. 1. inf. si tut. vel cur. Reipub. cau.* Et in locum absentis Reipub. causa licet non desinat esse tutor, daretur alius tutor tutorem habenti, hoc casu, *l. 3.* §. *si quis afuturus*, D. *de susp. tut. l. si tutor Reipub. ff. de tut. & rationibus distr. l. quæsitum*, D. *de tut. & l. 1. hoc tit.* quæ est accipienda de tutore, non de curatore dato in locum tutoris non curatoris absentis Reipub. causa. Et si potest tutor dari in locum absentis Reipub. causa, & multo magis curator, vt in *l. in omnem rem*, D. *de tut. & cur. dat.* §. *idem qui Reipub. Instit. de excus. tut.* Denique in locum tutoris absentis Reipub. causa, vel tutor vel curator datur: in locum autem absentis ex alia causa, neque tutor datur, vt *d. l. 10.* neque etiam curator, *l. curator*, D. *de tut. & cur. dat.* Vbi, inquit, *curator pupillæ vel pupillo non datur, si tutor eorum affuerit.* sic solent scribere Pan. Flor. & omnes veteres libri, pro *abfuerit*, vt in *d. l. in omnem rem.* si Reipub. causa afuerit, & *d.* §. *si quis afuturus*, & in solemni cautione, dolum malum abesse afuturumque esse. Ergo male in *d. l. 10.* vulgo curator adfuerit, imo afuerit, quod est abfuerit. Et hæc igitur vna est causa, in qua tutorem habenti tutor detur, videlicet si tutor absit Reipub. causa. Hæc vna est exceptio superioris regulæ. Nam & *d. l. 10.* quæ incipit, *Tutorem habenti*, vt exposui, ostendit eam regulam vitiari causa cognita, vt in hac rubrica, *In quibus causis*, & nominatim *d. l. 10.* etiam ostendit in locum suspecti, conuicti & remoti tutoris alium dari, vt in *l. 4. hoc tit.* quæ est coniungenda cum *l. 2. J. de tut. vel cur. qui non satisd.* Ergo in locum remoti tutoris dabitur alius tutor, etiamsi pupillus habeat alios tutores. Et sic tutorem habenti siue solus testamento datus fuerit is, qui remotus est, & præsto sit legitimus tutor. Nam & in locum remoti dabitur alius tutor ex inquisitione. Et sic hæc est altera causa, in qua tutorem habenti datur alius tutor. Addamus tertiam ex *d. l. 4. hoc tit. & d. l. 2.* quam cum ea coniungendam dixi, vt in locum defuncti tutoris detur alius tutor, licet pupillus habeat alios tutores superstites, & tutorem habenti dabitur alius tutor: ergo sic etiam in locum excusati tutoris datur alius tutor: nam & excusatus ipso iure tutor est, *d. l. 4. hoc tit.* Itemque in locum deportati, qui desinit esse ciuis per deportationem, datur alius tutor, licet pupillus alios tutores habeat: quandoquidem tutor deportatus omnino desinit esse tutor, sed in locum eius datur tutor alius, licet pupillo suppetant alii tutores, *l. si quis sub conditione*, D. *de test. tut.* Item in locum relegati tutoris in perpetuum, licet non desinat esse ciuis, & tutelam retineat, *l. 4. hoc tit. l. 3. sup. qui pet. tut.* Item in locum furiosi tutoris, id est, qui post susceptam tutelam incidit in furorem, vel in locum muti, aut surdi, etiamsi pupillus alios habeat tutores, *l. pen. ff. de tut.* Multæ igitur sunt exceptiones superioris regulæ. sic sane & omnes inductæ ex Senatusconsultis, *d. l. pen. & d. l. si quis sub conditione*, & *Vlp. libr. reg. tit. de tut.* Neque iis,

iis, quæ dixi de relegato, vt in eius locum alius tutor detur quicquam obſtat, quod dicitur in locum exulis, qualis eſt relegatus curatorem dari, *l. quod ſi forte §. quid ergo*, D. *de ſolut.* vel actorem, vt in *l. ſine herede §. vlt.* D. *de adm. tut.* Non exemplo abſentis Reipub. cauſa quod legimus in locum relegati dari tutorem, recte dices, non ideo ſequi & in locum relegati non poſſe dari tutorem. Poteſt in locum relegati eſſe promiſcua datio tutoris vel curatoris, vt in locum abſentis Reipub. cauſa, imo vt etiam in locum furioſi tutoris, cui dicitur ſubſtitui tutor, *d. l. pen.* ex Senatuſconſulto, & curator in *l. 12. ff. de exc. tut.* Idemque fit in locum excuſati. Et id proponitur in *l. 2. hoc tit.* in locum excuſati tutoris datum curatorem. Cum tamen, vt ait, potuerit & debuerit dari tutor, *l. 4. hoc tit.* Et inde quæſtio legis ſecundæ, quæ ita explicanda eſt: Si curator ita datus ſit, num ſit curator? id eſt, an perſeueret vltra pubertatem? Et ait perſeuerare tantum vſque ad pubertatem, & exemplum ſuſtinere tutoris, cum & in locum excuſati ex Senatuſconſulto potuerit dari, & vero debuerit tutor, non curator. Et ita eſt omnino legendum, vt legebatur vulgo in hac l. 2. *in locum excuſati tutoris, licet pupillus alios quoſcunque haberet tutores*, potuit dare, tutorem ſcilicet. Et ſequitur deinde: Quamuis autem curatorem dederit exemplo tutoris, finitur hæc curatio pubertate. Et hæ quidem ſunt cauſæ, in quibus tutorem habenti tutor datur ex Senatuſconſultis, qui alioquin non poſſet dari propter regulam iuris, de quibus eſt *l. 1. 2. 4. hoc tit.* In aliis legibus 1. 3. 5. (ſunt enim quinque tantum in hoc titulo) exprimuntur cauſæ, in quibus tutorem habenti curator adiungitur, vel quod ſolus tutor non ſufficiat adminiſtrationi, vel quod auctæ ſunt facultates pupilli, aut latæ diffuſæ, vt in *l. 11. inf. de excuſ. tut. l. 9. §. vlt. ff. de adminiſtr. tut.* Qua ex cauſa non male tutor datur tutorem habenti, videlicet aliarum rerum, non earumdem, ſi pupilli patrimonium ſit late difuſum atque diſperſum, vt in *l. propter litem*, D. *de exc. tut. & l. pupillo*, D. *de tut. & cur. dat.*



AD TITVLVM XXXVII.

De adminiſtratione tutorum vel curatorum, & pecunia pupillari fœneranda & deponenda.



Ixit ſupra de variis tutorum generibus, de teſtamentariis, legitimis & iis, qui ex inquiſitione a magiſtratu dantur, cui & qui dari poſſunt, a quibus peti debeant vel poſſint, & vbi & a quibus magiſtratibus dari poſſint: ſequitur nunc vt dicatur de contractu ipſo, id eſt, vt ad rem veniat. illæ enim quaſi præfationes fuerunt. Dicet igitur poſthac de ipſa adminiſtratione tutelæ vel curæ, ex qua proculdubio eſt naſci quaſi ex contractu actionem vltro citroque, directā vel contrariam tutelæ inter pupillum & tutorem, vtilem negotiorum geſtorum inter adoleſcentem & curatorem, eoque nomine omnia bona tutorum vel curatorum tacito iure eſſe obligata pupillo vel adoleſcenti, vel furioſo, vel aliis, quibus curatores dati ſunt, *l. 20. hoc tit. §. & vt plenius, ſup. de rei vx. act. l. vlt. ſup. de leg. tut.* Neque tamen, quod notandum eſt, ea tacita obligatio ſiue hypotheca bonorum omnium tutoris vel curatoris impedimento eſt, quo minus poſſit interim res ſuas vendere, donare, aut teſtamento relinquere. Neque enim alienabuntur niſi cum ſua cauſa, id eſt, ſaluo iure tacitæ hypothecæ. Cæterum ipſa tacita hypotheca non tanti eſt momenti, vel tantarum virium, vt poſſit libero homini auferre teſtamenti factionem, vel commercium teſtamenti aut liberalitatis exercendæ cauſam, *l. 17. h. tit. l. 1. ſ. p. rem al. ger. non interd.* Ergo ex hoc contractu, id eſt, ex cauſa adminiſtrationis tutelæ vel curæ, non

A tantum tenentur perſonæ eorum, qui adminiſtrant, id eſt, perſonæ tutorum vel curatorum, ſed etiam bona omnia eorum tenentur, & non tantum tenentur, ſi id fecerunt, quod facere non debent, ſed etiam ſi non fecere, quod facere debent, *l. 1. in pr. ff. de tut. & ration. diſt.* Nam & qui non facit, quod facere debet, videtur aduerſa facere, & contumacia eius in non faciendo, vel negligentia, ceſſatio, cunctatio, dolus vel culpa pro facto, pro contractu, pro geſtione, pro adminiſtratione eſt: ſicut dicitur dolum eius, qui non poſſidet, id eſt, qui deſiit poſſidere dolo malo, pro poſſeſſore eſſe, *l. qui dolo, ff. de reg. iur.* Denique qui non facit, etiam facere & contrahere intelligitur vt teneri poſſit. Nam qui non facit, & hoc facit quod non faciat, &, vt Philoſophi dicunt, priuatio actionis, actio eſt. Et ſic e contrario, qui facit quod facere non debet, etiam non facere intelligitur, id eſt, mala adminiſtratio pro ceſſatione eſt, *l. qui non, ff. de reg. iur.* Ergo tutores vel curatores præſtant vtramque culpam. Duplex eſt culpa, vna in faciendo, altera in non faciendo, *l. ſi ſeruum*, D. *de verb. obl.* Prima pars adminiſtrationis eſt inuentarii confectio bonorum pupilli & inſtrumentorum *de tous les papiers. l. tutor qui repertorium*, D. *eod.* ſecunda pars adminiſtrationis eſt depoſitio pecuniæ inuentæ in bonis pupilli vel adulti, aut refectæ ex venditione fructuum, vel rerum mobilium. Depoſitio, inquam, eius pecuniæ ad prædiorum comparationem, & ſi nulla bona conditio ſe offerat comparandorum prædiorum, eius pecuniæ collocatio & fœneratio. Sūma autem & præcipua pars adminiſtrationis eſt defenſio pupillorum, adoleſcentum, furioſorum, cæterarumque perſonarum, quibus curatores dari ſolent. Et de iis partibus adminiſtrationis, deque aliis pleriſque dicendum erit. Sed tamen hæ tres ſunt inſigniores & excellentiores adminiſtrationis partes, ac de his nunc agamus quam poterit fieri breuiſſime. Incipere debent tutores & curatores adminiſtrationem a confectione inuentarii ſiue repertorii. Nam ſtatim quidem atque intellexerunt ſe tutores vel curatores datos (ignorantibus parcemus) debent ſuſcipere adminiſtrationem tutelæ vel curæ. Quod ſi ceſſauerit, nec excuſationem, ſi quam habuerint, allegauerint intra tempora conſtituta, periculum omne ceſſationis, id eſt, damnum omne, quod interim contigerit negotiis pupilli vel adoleſcentis ad eos pertinet, *l. 8. & 19. hoc tit.* Ac præterea extra ordinem compelli poſſunt ad adminiſtrationem, *l. 1. in pr. ff. eod. l. 4. §. 1. ff. rem pup. ſalu.* Quid eſt *extra ordinem*? Quia ſcilicet nulla in eam rem eſt prodita actio ciuilis vel prætoria, nulla actio ordinaria, qua compellatur ad adminiſtrationem: ſed per prætorem aut præſidem, ſi ceſſent, coercentur pignoribus captis vel indicta mulcta, & nonnunquam compelluntur manu militari, manu miniſtrorum prætoris vel pręſidis. Et aggredi protinus debent confectionem inuentarii bonorum & inſtrumentorum pupilli, adhibitis publicis perſonis, id eſt, tabulariis, & ſcriba viro clariſſimo, qui erat veluti quidam arbiter & interpres, obſeruatorque rerum pertinentium ad minorem, nec ſine dignitate, cum diceretur clariſſimus, de quo eſt *l. vlt. inf. de mag. conu. & Nouella 72. & Nouella Conſtantini, de conſuetud. ſcrib*, id eſt, de ſportulis. Et ita Nouella 72, ait inuentarium confici publice, id eſt, præſente illo ſcriba & miniſtris eius. Et ita accipiatur lex 24. *hoc tit.* adhibita *Nou. 72.* Et ſi hoc omiſerit, ſi non fecerit inuentarium, primum damnatur, quanti actor iurauerit ſua intereſſe, id eſt, damnatur arbitrio aduerſarii iurati, quod graue eſt, *l. 7. D. eod. l. vlt. & pen. inf. de in lit. iur.* Deinde remouetur cum infamia, quod dolo malo omiſerit confectionem inuentarii, niſi pater prohibuerit, & vetuerit confici inuentarium. Hæc enim prohibitio conficiendi inuentarii valet, quod notandum eſt ex *l. vlt. inf. arbit. tut.* Poteſt pater remittere tutori inuentarii confectionem, alioqui, *vt ait l. 24.* mox

deberet conficere inuentarium bonorum & instrumentorum, id est, vt constat ex *Cod.Theod.* eodem momento, quo creatus est tutor, & cœpit tutelam attingere, idem ius est: licet dentur tres menses ex sententia glossæ & exemplo heredis conficientis inuentarium bonorum defuncti, *l. vlt. inf. de iur. delib.* Porro magna est vtilitas inuentarii. Nam inter cætera amissis chirographis debitorum, incendio vel casu alio, vel amissis aliis instrumentis, vt emptionum vel donationum amissis titulis, vt dicunt, siue auctoritatibus rerum suarum, & specialiter amissis chirographis, possunt conueniri debitores ex inuentario ad solutionem vel nouationem faciendam, id est, ad facienda noua chirographa, puta si pecuniæ dies nondum venerit, *l. chirographis, ff. eod.* Hic igitur est primus actus tutoris vel curatoris, nempe repertorium. Secundus actus significatur his verbis rubricæ nostræ: *Et de pecunia pupillari fœneranda & deponenda.* Nam debet tutor (& idem est in curatore) pecuniam pupillarem deponere, id est, tuto loco collocare in arcam vel horreum, alioquin culparetur si eam deponeret in loco non tuto. Deponere inquam, debet, ad prædiorum comparationem, cum se offeret bona conditio prædii comparandi idonei, vel si idonea prædia non inueniantur, debet eam pecuniam fœnori occupare, *l. 4. 5. 24. hoc tit.* quod explicandum & distinguendum erit secundum *Nou.* 72. Et hoc quidem ex ea pecunia scilicet comparare prædia, aut eam occupare fœnori, non debet facere confestim, vt de inuentario diximus, quia non posset, nec enim inueniuntur statim idonea prædia, aut idonea nomina, sed intra sex menses primos a suscepta administratione, debet ex ea pecunia pupillari, quam depositam habet, prædia comparare vel facere nomina, *l. si tutor constitutus, ff. eod.* Et ne hoc videatur obstare post susceptam administrationem & pecuniam collocatam fœnori, datur ei singulis annis (si singulis annis exactionem faciat pecuniarum fœnori occupatarum, vel eo anno quo exigit eas pecunias) ad eas rursum elocandas datur ei laxamentum duorum mensium ad faciendum noua nomina. Hi duo menses sunt immunes ab vsuris, *l. tutor qui repertorium §. vsuræ, ff. eod.* Præcipua autem & magis necessaria pars administrationis (vt ait *l. vlt. hoc tit. & l. 30. ff. eod.*) est defensio pupilli, id est, vt in iudiciis pupillum vel minorem 25. annis, vel similem personam, cui curator datur, indefensam non relinquat. ab hac etiam parte administrationis quasi præcipua, appellantur passim defensores, quoniam præcipuum officium eorum in defensione consistit, licet sint plus quam defensores: nam sunt loco dominorum quorum res gerunt & administrant, & quasi domini rem in iudicium deducunt, & actiones inferunt sine mandato, non præstita cautione de rato, vel iudicatum solui, quam tamen cauent alii defensores constituti ex mandato. Nec igitur in tutoribus vel curatoribus valet illa regula iuris. Neminem rei alienæ sine satisdatione idoneum defensorem esse, sine satisdatione scilicet de rato, & iudicato soluendo. Nam ea regula pertinet tantum ad mandatarios siue procuratores, non ad tutores vel curatores, quod satis est, modo caueant iudicio sisti, suo & pupilli nomine, si vt Græci dicunt caueant, περὶ παρεδρείας, id est, se, pupillumue suum perseueraturum assidue in exsequenda lite, & peracturum iudicium, se in ea re vtilitatem pupilli non deserturum, quæ præcipue officio eius incumbunt. Et hoc ostendit *l. 13. l. vlt. §. defensionem, hoc tit.* quæ tota lex est de defensionibus, vt intelligamus quam debeat curæ esse ea defensio in litibus, curatorib. & tutoribus. Hæ sunt tres maximæ partes administrationis, sunt autem septem particulæ complures: nam ad administrationem etiam pertinet exactio nominum & solutio. Nam creditores pupillares tutori vel curatori soluunt recte, vel etiam pupillo tutore auctore, reditus soluunt recte, vel pensiones vel vecturas nauiũ, aut iumentorum, aut annonas ciuiles, si quæ debentur pupillo, etiam vsuras secundum modum, *l. 27. hoc tit.* Sortes autem fœneratitiæ pecuniæ non satis est si soluantur pupillis tutore auctore, sed requiritur etiam & necessaria est auctoritas iudicis, vt debitori fœneratitio obtingat plenissima liberatio, vt excludatur omnis spes restitutionis in integrum aduersus solutionem pupillo factam, *l. 25. hoc tit.* quæ lata est in gratiam debitorum pupillarium, vt tutius soluant & liberentur soluendo, nec extimescant restitutionem in integrum aduersus solutionem a se factam, quæ lex facilius explicatur in *Instit. quib. alie. lic. vel non.* Administrationis est etiam dotare puellam & impendia facere ad nuptias, *l. 9. hoc tit. l. curator, ff. eod.* & alios quoscunque sumptus facere necessarios ex honestis & iustis caussis, *l. 3. h. tit.* & auctoritatem præstare pupillo in rebus gerendis, veluti in adeunda hereditate locuplete, nec damnosa, *l. 26. h. t.* quæ auctoritas eleganter appellatur intercessio, *l. 15. h. t.* Et vero apparet auctoritatem tutoris vel curatoris intercessionem esse, ex eo, quod mater non aliter admittitur ad tutelam filiorum, quam si renuntiauerit S.C. Velleiano, quod est de intercessionib. fœminarum dissoluendis, *l. 3. supr. quand. mul.* Inde recte *d. l. 25.* ait in contractu pupilli, si subscripserit curator vel tutor vt fideiussor, eum teneri etiam post finitam curam: sed si subscripserit & signauerit vt curator, id est, vt auctor rei gerendæ, post finitam curã redditasque rationes, ex ea intercessione seu auctoritate ab eo, qui contraxit cum pupillo, non poterit conueniri, quia non vt fideiussor intercesserit, sed vt auctor. Ac similiter qui intercedit vt testis, & subscribit, non tenetur, *l. si pater, inf. de fideiuss.* Ac postremo pertinet hoc quoque ad administrationem, vt tutor in iudicio superato pupillo, si bona causa pupilli videatur esse, omnino appellet & prouocet, & appellationem persequatur, alioquin tutelæ iudicio indemnitatem pupillo præstabit: *l. 11. h. tit.* Nam si mala causa fuerit, necesse non habet appellare, sed ipsemet sibi verum denuntiare debet, vt ait *l. 9. §. sicut. ff. eod. tit.* Ac si quis diceret non esse quemquam monendum sui officii, nec adeundum esse quemquam iudicem vel arbitrum, sed vnumquemque sibi debere denuntiare, quod verum est, id est, æquum & honestum, & vnumquemque esse sibi debere monitorem & iudicem. Administratio ergo curæ vel tutelæ partes habet infinitas & species, quia & negotia hominum sunt infinita, & administratio negotiorum administratio est, & in eas partes administrationis qui committit tutor vel curator, damnum omne fert, quod ex ea re contigerit pupillo vel adolescenti, & plerumque suspecti infamia vel nota, vel si non sufficiat damno præstando, si non sit soluendo, extra ordinem punitur. Graue enim est pupillum fallere, vel pupillo similem personam nostræ fidei commissam. Ex iis vero partibus administrationis, in hoc tit. denotantur multæ, & præter eas, quas indicaui, licet alias addere ex *l. 21. 23. 26. h. tit.* Vna tantum mihi superesse videtur, quæ desiderat operam meam: ea est de potestate tutorum vel curatorum in alienandis rebus minorum. In ea igitur parte nos hodie exercebimus, non quantum potest, sed quantum exigit edictum Constantini, quod est in *l. lex quæ tutores 22. hoc tit.* Cætera reseruabimus in proprio tit. *inf. de præd. min. non al.* Nam hic titulus est generalis, & respicit insequentes fere omnes, atque adeo pleraque reseruat specialibus titulis seqq de diuersis administrationis partibus. Aliud est quid generaliter tractare, aliud specialiter, quamuis qui tractat quid generaliter, non possit non attingere etiam species. Res minorum aut sunt mobiles aut immobiles: & rursus immobiles aut sunt vrbanæ aut rusticæ: & ius quod de iis alienandis constitutum est, aut vetus aut nouum. vtrumque vero ius nosse oportet, nisi ex neutro nihil scire velimus. Et exclusa imprimis ab hoc tractatu seu quæstione

ne ea alienationis specie, quæ fit per donationem simplicem, quæ neque tutoribus, neque curatoribus, neque minoribus vmquam permissa fuit, *l. 16. hoc tit.* iure veteri .i. ex SC. & oratione D. Seueri, tutor vel curator publico confecto inuentario bonorum & instrumentorum pupilli, debet etiam conficere auctionales tabulas, vt in *l. 1. §. de seruis ff. de tut. & rat. distr.* quandoquidem necesse habet omnia pupilli, vel adolescentis bona auctionari, exceptis tantum prædiis & mancipiis rusticis vel suburbanis. Nam non potest ea tutor auctionari, nisi ex causa & ex decreto prætoris vel præsidis. Cætera omnia potest, imo debet auctione constituta vendere, & pecuniam redactam ex venditione deponere ad comparationem prædiorum rusticorum, vel fœnori occupare, salua tamen vbique vel seruata voluntate parentis, qui bona reliquit, quod & oratione Seueri fuit expressum & exceptum nominatim, *l. 1 ff. de reb. eor. qui sub. tut.* vbi ponuntur verba orationis. Et B consequenter seruata etiam forma & lege alienandi, quam scripsit parens in testamento vel codicillis, vt in *l. 7. hoc tit.* Ergo excipimus prædia & mancipia rustica ex oratione Seueri, vel suburbana. Excipimus etiam ex eadem oratione, si quid parens, de alienandis rebus, quas reliquit minori, decreuerit & constituerit in testamento ac codicillis. Detractis iis exceptionibus, dicimus ex necessitate officii tutores vel curatores debere protinus auctionari omnia bona minorum, Ergo vt incipiam explicare res quæ enumerantur hac l. 22. siue edicto Constantini, possunt auctione constituta vendere aurum & argentum minoris, quo nomine non significantur nummi, ne quis fallatur, sed vasa aurea vel argentea, quod dicitur aurum vel argentum factum, *qui est mis en œuure.* Vel significatur materia auri vel argenti rudis quod dicitur aurum vel argentum infectum, *l. cum aurum, ff. de aur. & arg. leg.* Et addit initio huius legis, etiam gemmas & vestes, & cætera mobilia pretiosa, vestes igitur pretiosas, veluti sericas, nam *l. emptori §. 1. ff. de euict.* vestes sericas adnumerat rebus pretiosis, quoniam, scilicet, olim libra auri, libra serici erat, & pro serico aurum appendebatur ad sacoma, *au contrepoids*, vt Vopiscus scribit in Aureliano. Vnde, quod est notandum, possis rem pretiosam definire, quæ auro contra væneat, vel auro supra. Et licet res mancipi sint & dicantur tantum prædia & iura prædiorum, & res animales, quædam tamen aliæ res mobiles pretiosæ etiã in mancipatum veniunt, sicut prædia, vt nominatim de margaritis scribit Plinius, lib 9. cap. 35. *& 8. & ita etiam d. l. emptori* §. 1. margaritas adnumerat rebus pretiosis, & infra etiam subiicit margaritas, & separat eas a gemmis. Constat enim margaritas, neque gemmas esse neque lapillos, sed habere propriam speciem, & partus, scilicet, siue oua animalis esse, *d. l. cum aurum §. vlt.* Et addit etiam inf. in hac *l.* vascula vt væneant sub hasta in foro & cætera supellex. Qua in parte Constantinus, (quod tamen glo. tentat) non abutitur supellectilis nomine. Nam cum certũ sit vasa escaria, vel potoria in esse supellectili, recte positis vasculis subintulit, & cætera supellex, & addit etiã initio h. l. mancipia etiam vrbana, nam sic omnino legendum est, vrbana mancipia & non vrbana prædia: & mancipia, quoniam prædia vrbana statim subiicit, dum ait domos, balnea, horrea. Ergo hæc omnia tutores vel curatores necesse habent vendere publica auctione constituta, nec debent ea seruare minoribus: denique ea omnia debent in pecuniam redigere, & ex ea pecunia rem augere pupilli: Prædia autem vel mancipia rustica, vel suburbana non possunt vendere sine decreto. Illa scilicet debent vendere statim, etiam sine decreto vel auctoritate magistratus. Atque ita hac in re erat olim differentia inter prædia vrbana, & prædia rustica, & inter seruos vrbanos & rusticos. Et ratio differentiæ inter prædia vrbana & rustica hæc fuit, quia prædia rustica sunt prouentus

A & fructus maiores, certiores & necessarii magis, nec sunt tot casibus obnoxia, quot prædia vrbana. Et vrbana sæpius plus sumptus requirunt, quam reddunt emolumenti. Et inde in *l. verum §. si locupletem, ff. de minor.* minor, si adierit locupletem hereditatem, in qua sint prædia rustica, non potest restitui in integrum, licet ea prædia, postea casu maiore deperierint, veluti terræ fragore: sed si adierit hereditatem opulentam & locupletem, in qua erant multæ res mortales, vel prædia vrbana, restitui potest in integrum, quod demonstrat aperte differentia inter vrbana & rustica prædia, inducta oratione Seueri & Senatusconsulti. Ratio autem differentiæ inter seruos vrbanos & rusticos hæc est, quia vrbani serui peiores sunt & astutiores, vt vtilius sit eis carere minores, nec sunt admodum necessarii, maxime venditis prædiis vrbanis: Serui autem rustici simpliciores sunt & vtiliores, & necessarii omnino, quasi pars prædiorum rusticorum, vt ait Iulianus *in Nouella Iustiniani 7.* Et hoc quidem fuit ius vetus. Hæc distinctio rerum introducta fuit iure veteri, illo scilicet senatusconsulto, & oratione Seueri. Hodie ex edicto nono Constantini, id est, ex hac lege 22. quod confirmat etiam *l. 24.* & aurum, & argentum, & gemmæ, vel lapilli, vel margaritæ, & vestes, & cæteræ res mobiles pretiosæ minorum, & vascula, & cætera supellex, & serui vrbani, & prædia vrbana, eodem iure sunt, quo sunt prædia & mancipia rustica, vel suburbana ex oratione Seueri, vt scilicet, non possint alienari vel obligari, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dari, nisi per inquisitionem causis probatis & interposito decreto prætoris, *d. l. 22. §. 1.* quam in hanc rem specialem C destinauit Constantinus, cuius specialiter hanc cognitionem demandauit, atque adeo appellauit illum de suo nomine Prætorem Constantinianum, in *l. vlt. inf. de præd. min. l. 25. C. Th. de prætor.* Ad prætorem Constantinianum in vrbe pertinet, & hac in re, & in aliis omnibus interpositio decretorum, vt *l. 1. sup. de off. prætor.* quæ in prouinciis pertinet ad præsides. Dixi in donatione propter nuptias, vel in dote, ex hac *l. 22.* vt nullæ res minorum, nulla prædia dentur in donationem propter nuptias, vel in dotem citra decretum prætoris vel præsidis. Ergo hæ donationes etiam rusticorũ prædiorum valent ex decreto, donationes autem simplices, quæ hic non exprimuntur, nec cum decreto valent. Neque huic definitioni quicquam obstat *l. 1. sup. si adu. don.* D quæ est accipienda de rebus mobilibus, dum significat earum donationem valere etiam sine decreto, sed restitui posse minorem aduersus eam. Non est autem accipienda de prædiis rusticis de quibus non loquitur, sed de mobilibus, vt dixi, donatis propter nuptias, vel in dotem. Nihil etiam obstat *l. prædia, inf. de præd. min.* quæ potius ostendit, nec prædia rustica donari posse propter nuptias sine decreto, ergo etiam posse ex decreto. Nec etiam obstat *l. vlt. inf. si maior. fac. al.* quæ dum excipit donationem propter nuptias, satis ostendit, eam valere ex decreto, non valere sine decreto, sed confirmari post legitimam completam ætatem silentio quinquennii. Donationem autem simplicem, nec cum decreto valere, nec confirmari post completam legitimam ætatem, nisi præscriptione longi temporis, quæ E est sententia *l vlt.* Ac præterea non obstat etiam *l. ob æs alienum, inf. de præd. min.* quæ dicit, prædia rustica alienari posse ex decreto ob æs alienum tantum. Et similiter *l. vlt. eiusd. tit.* ob æs alienum duntaxat. taxatio illa videtur excludere donationem propter nuptias, vel dotem, vt scilicet nec possint ex decreto alienari prædia rustica. Sed leue est argumentũ plerunque in iure quod illis taxationibus ducitur, id est, ex illis articulis, *solum, duntaxat.* Et id quod proprie pertinet ad hunc locum aperiam, si respicias ad illa verba orationis Seueri: verum est, ob æs alienum tantum cum decreto alienari prædia rustica. Sed ex sententia eius orationis, vel ex

productione rationis, & ex interpretatione amplio- A re manifestum est, etiam ob aliam causam iustam, veluti ob nuptias, ex decreto permitti alienationem prædiorum rusticorum. Ergo intelligimus (vt rem omnem concludamus) ex hac lege hodie eodem iure esse mancipia vrbana, quo rustica, vt non temere alienentur, vel pignorentur, vel dentur in dotem aut donationem propter nuptias, sed ex decreto. Et vtitur Constantinus hac ratione: quia pupillo vel adolescenti, etiam serui vrbani seruire possunt vtiliter, & aliquando etiam vitam domini protegere, ac vindicare, & vsui esse domino, vel propter notitiam rerum familiarium, qua instruere possunt tutores vel curatores, vel ad detegendas fraudes tutorum, aut prædas, quod serui boni, inquit, vltro facturi sunt, mali adhibitis tormentis. Vel etiam vtiles sunt serui vrbani propter perfectæ alicuius artis B peritiam, vel propter operas operarumue mercedes, quibus partim se tueri possunt vitamque suam, partim, vt ait, ex taxatione alimentorum, id est, ex demenso suo, ex diariis, & iustis præbitis, vt Græci interpretantur hoc loco, quæ domini debent seruis. Et his rationibus censet Constantinus, neque vendendos esse seruos vrbanos magis quam rusticos sine decreto, sed retinendos in familia, & conseruandos minoribus. Dices, periculum est ne moriantur, melius est igitur citius eos distrahere, etiamsi nulla res cogat: Respondet Constantinus, melius esse eos mori dominis, quam extraneis. Rursus dices periculum esse ne fugiant, ideo melius esse ex iis refici nummum. Respondet Constantinus, si fugiant, plerunque fugam imputari tutori, puta, quod eis causam dederit tutor vel curator, per neglectum disci- C plinæ vel custodiæ, vel per sæuitiam aut auaritiam suam. Ac postremo dices: Quot serui tot hostes, quo etiam prouerbio noster Theophilus vsus est in tit. *de his qui sunt sui vel al. iur.* Sed Constantinus huic prouerbio derogat fidem, dum ait, eos non execrari, sed eos magis diligere dominos, a quibus scilicet tractantur benigne & temperate, vt Seneca ait recte: *Non habemus eos hostes, sed facimus, dum in eis superbissimi contumeliosissimi & crudelissimi sumus.* Et ita Constantinus remouet omnes obiectiones iuris veteris inter mancipia rustica & vrbana. Omnia autem vult promiscue seruari minoribus, nec distrahi, nisi vrgente necessitate, & causa cognita & auctoritate siue decreto magistratus. Ostēdit etiam summa ratione, se velle omnino, vt eodem iure sint prædia vrbana quo rustica, quia luctuosum est, D inquit, & lugubre vendere domum eam, in qua decessit pater. Et sane solet etiam malis moribus deprauatis adscribi, si quis vendat domum paternam, & in qua ipse minor fortasse creuit, & in qua maiorum imagines non videre, fixas, aut reuulsas videre, satis lugubre est, nam hæ imagines sequebantur emptorem domus. Et eodem modo loquitur Corn. Tacitus Hist. 3. *ambustasque Capitolij fores penetrassent, ni Sabinus reuulsas vndique statuas, decora maiorum, in ipso aditu vice muri obiecisset.* Ergo nec domum talem, nec vllam domum, vllumve ædificium vrbanum ex hoc edicto tutores vel curatores vendere possunt sine decreto: sed debent tutores, & legatarius cui legatus est vsusfructus, & heres initio administrationis in testatum redigere, qualia in- E uenerint ædificia, vt appareat, quod eorum causa deterius factum sit, vt in *l.* 1. §. *recte, ff. vsufruct. quemad. cau.* Et ita debent sarta tecta tueri, aut reficere, si sit refectio necessaria. Et eleganter subiicit, minoribus sicut subuentum est constitutionibus tit. *de sec. nupt.* aduersus matres, quæ nouis maritis plerunque & res & vitam filiorum prioris mariti addicunt, ita æquum esse minoribus subueniri aduersus tutores vel curatores, ne quid temere obligent vel alienent. Veteres malebant omnia bona exceptis rusticis, vt dixi, in pecuniam redigi, quia antiqui omne robur patrimoniorum in pecunia ponebant. cum scilicet, dicerent, vt ait Demosthenes, & Æschines, pecuniam esse neruos negotiorum, νεῦρα τῶν πραγμάτων, sed se arbitrari tutius esse, si bona qualiacunque rustica vel vrbana minorum eis conseruentur, quam si ex eis redacta pecunia fœnori occupetur, quia sæpe pecunia abortum facit, & nomina sæpe fiunt deteriora. Quid fieret lapsis & perditis nominibus, si cætera omnia bona in nummos redigerentur fœnerandos? Tutius igitur & melius est bona conseruari, & ita Constantinus censuit, & excipit tamen vestes vsu detritas, & generaliter res omnes, quæ facile corrumpi possunt, quæ tempore depereunt, quæ seruando seruari non possunt, vt fructus prædiorum *l. vlt.* §. *vlt. j. quan. decr. opus non est.* Excipit idem animalia superuacua. hæc sola vendere tutores & curatores possunt sine decreto, & nulla alia.



AD TITVLVM XXXVIII.

De periculo tutorum & curatorum,



Administrationi coniunctum est periculum. Nam si quid per causam administrationis neglectæ aut gestæ perperam minor amiserit vel non acquisierit, *l. quicquid. inf. arbit. tut.* vel tutor vel curator eo nomine minorem indemnem damno præstat, id est, omne damni periculum agnoscit secundum regulam *l. 10. sup. tit. prox.* vt resarciat damnum qui dedit, quod & aliæ *ll.* multæ *tit. prox.* demonstrant. *l. 8.* 11. 18. 21. 23. & recte post titulum, *de administratione* datur hic tit. *de periculo*, quod vt supra dixi administrationi coniunctum est semper, vt id repetamus, quod habuimus *tit. super.* Sed vt intelligatur non semper ad tutores, vel curatores periculum redundare aut pertinere: hæc proponuntur in *hoc tit.* veluti exceptiones quædam ad tit. sup. quo multis locis ostenditur periculum administrationis non pertinere ad tutores vel curatores qui administrarunt. Nam in hoc tit. primum ostenditur, non pertinere ad eos periculum administrationis collegæ, id est, contutoris, vel concuratoris, qui non in eadem, sed in alia prouincia administrat, cum esset inter eos distributa administratio per prouincias, *l. 2. h. tit.* Non pertinere etiam ad eos periculum damni, quod contigit negotiis pupillaribus casu fortuito, sine dolo & culpa tutoris vel curatoris. *l. 3. & 4. hoc tit.* quia nullus hominum consilium potuit prouidere casus fortuitos, & damna fatalia, nullus etiam iis obsistere. Et ideo si res pupilli subito latronum incursu pereat, hic casus non imputatur tutori. Non pertinet etiam ad eos administrationis periculum eius temporis, quo nesciunt se tutores vel curatores datos, *l. 5. h. tit.* si modo iustam ignorationis causam & allegare & probare possunt. Et postremo non pertinet etiam ad eos periculum futuri temporis, post finitam tutelam vel curam, *l. vlt. hoc tit. l. tutores* §. 1. *ff. eod.* Sicut ad eos etiam non spectat periculum præteriti temporis, veluti ad curatorem qui tutori successit, post susceptam curam non pertinet periculum præteriti temporis, id est, tutelæ temporis, *l.* 1. *sup. tit. prox.* Ergo post *tit. de administratione tut.* qui sane est etiam de periculo, (semper enim cum administratione periculum ambulat) datur hic tit. specialis, *de periculo*, vt exponantur causæ, ex quibus a tutore periculnm auertitur. Et præterea, vt intelligamus, non eos tantum tutores, vel curatores obstringi periculo administrationis, qui dati sunt administrandi causa, quod satis docuit titul. superior, sed etiam quod non docuit, tutores datos notitiæ causa, id est, vt alios tutores vel curatores instruant de fortunis pupilli, vel adolescentis, quales plerunque solent dari liberti, qui actores fuerunt rerum domini, vel dispensatores, & qui nouere totius familiæ rationes, negotia,

gotia, bona, suppellectilem. Et hæc est sententia *l. 1. hoc tit.* A

AD TITVLVM XXXIX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conueniri possunt.



HIc titulus est etiam de administratione tutorum vel curatorum: Nam docet hic titulus, ex lite, quam intendit tutor vel curator minoris nomine, si condemnetur, minorem conueniri vtili actione iudicati, non tutorem vel curatorem, *l. 1. h. tit.* Actio iudicati est executio sententiæ, quæ fit tum in personam B damnati, tum in bona, captis pignoribus, scilicet, in causa iudicati. Æquum autem est, ne officium tutoris ei sit damnosum, vel curatoris, qui litigauerit nomine pupilli, non suo, & non fieri executionem in bona tutoris vel curatoris, quod etiam obtinet in procuratore, qui se liti non obtulit vltro, sine mandato. Nam actio iudicati datur domino litis, & in dominum litis, non procuratori vel in procuratorem, qui alieno nomine litigauit, *l. 6. ff. de re iud.* Item ex mutuo pupillus potest conueniri actione creditæ pecuniæ, si tutor pecuniam mutuam sumpserit nomine pupilli, & conuerterit in rem pupilli, *l. 3. h. tit.* Ergo ex his duobus casibus minor conuenitur ex facto tutoris vel curatoris. Et ex diuerso docet etiam hic titulus, minores agere ex stipulatione creditæ pecuniæ suæ interposita a tutore vel curatore, vel C etiam sine stipulatione ex mutuo suæ pecuniæ, quod contraxit tutor actione si certum petatur, *l. 2. h. tit.* Item potest agere minor ex locatione prædiorum suorum facta a tutore vel curatore, (*qui a baillé à rente son bien*, vt dicunt Galli) *l. 4. h. tit.* quæ omnia facta continentur nomine administrationis. Et sic in summa duo ponuntur casus in hoc titulo, quibus minor conuenitur ex facto tutoris, vel curatoris: & duo, ex quibus agit ex contractu, quem habuit cum alio tutor vel curator, ex rebus pupillaribus. Dices, ergo per tutorem pupillo adquiritur actio, quod est contra regulam iuris: nam per liberum hominem alteri non adquiritur actio, & tutor est liber homo, in cuius potestate pupillus potius videtur esse, quam ipse in pupilli. Et sane regulariter D per tutorem pupillo non adquiritur actio, *l. vlt. h. tit.* vbi ponitur regula *l. solutum §. per liberam, ff. de pign. act.* quæ nominatim loquitur de tutore. Sed ex his caussis, quas retuli, per tutorem pupillo adquiritur actio vtilis, non directa, *l. 2. h. tit. l. 2. ff. eod.* Cur vtilis? Quia pecunia quam tutor credidit, fuit pupilli, quia prædia quæ locauit pupilli fuerunt. Cur non competit directa? quia tutor suo nomine credidit pecuniam pupillarem, vel locauit eius prædia, non nomine pupilli, alioquin frustra locasset nomine pupilli: Nemo enim contrahit alteri, nec paciscitur, sed sibi, nemo alteri stipulatur, hoc est tritum, sed obtinet in omnibus contractibus. Credidisset autem tutor suo nomine pecuniam non inutiliter, non tantum pupillarem, sed etiam suam, & adquisiuisset vtilem actionem creditæ pecuniæ minori, quia & E quilibet alius extraneus credendo suam vel pupilli pecuniam nomine pupilli, ei adquirit vtilem actionem, quia hoc iure singulari receptum est in pecunia credita, vt etiamsi regulariter non recte contrahamus alteri, recte tamen credamus pecuniam, recte contrahamus mutuum alteri, id est, nomine alterius, ac si pecunia esset alterius, *l. 2. sup. per quas pers. nob. adquir.* Ergo quisquis nomine pupilli suam, vel pupilli pecuniam credit, pupillo adquirit vtilem condictionem. Qui autem suo nomine pecuniam pupilli credit, non adquirit ei vtilem condictionem, nisi sit tutor vel curator. At quibus ex causis conuenitur pupillus ex facto tutoris, directo iudicio conuenitur, non vtili, quia scilicet, tutor litigauit, vel pecuniam mutuam sumpsit nomine pupilli, *l. 1. & 3.* Possum alium obligare suo nomine contrahendo, vel quasi contrahendo, veluti iudicio accepto lite contestata. Nam contestatio litis est quasi contractus. Non possum tamen alii adquirere actionem vel obligationem: nec etiam vnquam adquiro directam, sed certis tantum ex causis vtilem ex bono & æquo.

AD TITVLVM XL.

Si ex pluribus tutoribus vel curatoribus omnes vel vnus agere pro minore vel conueniri possit.



SCire nos conuenit, cum inter tutores vel curatores non diuisa est administratio tutelæ, vel curæ, ratum esse debere, quodcumque per vnum gestum est, nec quicquid geritur necesse est geri per omnes, vel administrari, etiam quod vnus gessit ratum est, *l. 3. in prin. ff. de admin. tut.* Ergo rata etiam est causæ defensio quam cessantib. aliis vnus exequutus est, *l. 1. h. t.* quod est præcipuum munus administrationis, *l. 30. ff. eod.* Sin autem diuisa sit administratio, puta per prouincias, tu regis bona illius prouinciæ, ego bona istius prouinciæ, quæ diuisio fit auctoritate magistratus, tunc in sua quisque prouincia causam pupillarem agere debet non in aliena, nullus debet se immiscere negotiis alii adscriptis cõtra diuisioné & distributionem factam a magistratu, quia diuisio tutelæ est iurisdictionis, *l. inter, ff. eod.* Et ideo tutor rerũ huius prouinciæ non potest agere ex contractu pertinente ad aliam prouinciam, vel si agat, repelletur exceptione diuisionis, *l. 4. ff. eod.* Sed notandum est maxime, quod ait *l. inter*, diuisionem tutelæ valere inter tutores ipsos tantum, ne quis alterius munus vsurpet, sed suum tantũ exequatur, nec tamen eam diuisionem posse adferre præiudicium creditoribus pupilli, non posse obstare creditoribus suũ repetentibus a pupillo, vel huius vel illius prouinciæ tutore auctore, vel ab hoc, vel ab illo. Et ideo, si tutor rerum huius prouinciæ agat ex contractu suæ prouinciæ, debitor cum quo agit, potest ei opponere compensationem ex contractu alterius prouinciæ. Quæ est sententia, *d. l. inter.* Igitur, & si cum tutore huius prouinciæ agat creditor prouinciæ alterius, non excludetur exceptione diuisionis, quia res inter alios acta non debet ei officere. Et quia licet sint plures tutores, vnus est pupillus qui debet, & vnum patrimonium: Nam vnius hominis non possunt duo esse patrimonia, nisi militis peculium paganũ & castrense, *l. iurisperitos, ff. de exc. tut.* Vnus est ergo pupillus debitor, vnum patrimonium, licet administratio eius sit inter tutores diuisa. Et hoc ostenditur in *l. Titium, §. vlt. ff. eod.* Videtur tamen cum hac sententia pugnare *lex 2. huius tit.* dum ait, diuisa administratione iis tantum omnibus litem insinuari, litem denuntiari, id est, hos tantum omnes tutores in ius vocari conuenit, ad quos pertinet administratio rerum eius prouinciæ, ex qua manat contractus, ex cuius causa agitur. Ergo creditor non potest agere cum tutore alterius prouinciæ. Sic resp. lex 2. dicit, *iis tantum omnib. insinuari litem conuenit, &c.* Sane conuenit, iis tantum denuntiari, ad quos pertinet administratio rerum eius prouinciæ, sed non male etiam cum aliis tutoribus alterius prouinciæ creditor experietur sui seruãdi causa, quia non alligatur legibus diuisionis: Et consequenter etiam alii tutores ei soluent recte, vt tutor rerum vrbanarum soluet recte, si conueniatur a creditore prouinciali, *d. l. Titium §. vlt.* quanquam esset cõuenientius quemuis creditorum adire suæ prouinciæ tutores. Illud vero expeditum est & certum, litem tantum inferre posse tutores ex contra-

ctibus, qui pertinent ad prouinciam suam quod in hac A lege sequitur. Et quod ait *omnibus*, est verum, omnes tutores ad quos pertinet administratio rerum illius prouinciæ, in iudicium vocari, omnibus litem insinuari, & condici. Cæterum, vel ab vno causam defendi posse, etiam verum est, in l. 1. Diuisio administrationis tutelæ inter ipsos tutores duntaxat locum habet, nec quod inter eos actum est, ius cæterorum cum quibus nihil actũ est, lædere potest. Non potest igitur efficere ea diuisio, vt creditor pupillaris non agat cum quo voluerit ex tutoribus: nam res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet. Et hoc etsi non probaretur, *l. inter, & l. Titium, §. vlt. ff. de admin. tut.* tamen habet naturalem intellectum. Et tamen aliud cauetur, *l. 2. h. tit.* Nam si diuisa administratio fuerit, inquit, per prouincias, iis tantum & ab iis tantum litem inferri vel insinuari conuenit, qui in ea prouincia, vnde res, qua de agitur, originem duxit, B officium tutelæ vel curæ sustinent. Non ergo aget creditor pupillaris cum quouolet ex tutoribus, & diuisio inter eos facta, tenebit etiam creditores pupillares, quod iniquum est, & iam ante satis reprobatum. Ideo dicebam verbum, *conuenit*, non importare necessitatem. Sed concedamus importare necessitatem, quod & verius est, & rem omnem nunc ita explicemus luculenter. *In hac l. 2.* insinuatio litis significat denuntiationem solemnem futuræ litis, quæ olim erat in vsu, & fiebat olim apud acta. Igitur hæc l. 2. est accipienda de solemni denuntiatione illa veteri litis futuræ. Idemque aperte demonstrat, *l. 1. C. Th. de denunt. vel ed. resc.* Vnde sumpta est hæc lex 2. quod notandum est, vt plane inde appareat hanc legem 2. esse referendam ad solemnem illam denuntiatio- C nem futuræ litis, post quam vtrique parti erant constituta certa tempora ad litem exsequendam, & contestandam, post quæ agenti obstabat præscriptio temporis, & exceptæ erant tantum certæ causæ & actiones, in quibus ille ordo solemnis iuris antiqui non obseruabatur, vt causæ ecclesiasticæ, & causæ, quæ non excederent summam 100. aureorum, & etiam momenti, id est, de possessione restituenda vel recuperanda, & actio tutelæ, & negotiorum gestorum, & querela inofficiosi testamenti, & actio creditæ pecuniæ, *l. 5 & 6. eod. tit.* Vbi autem obseruatur ille ordo solemnis, denuntiationem fieri oportet solemni more iis vel ab iis tutoribus tantum, qui in ea prouincia tutelæ onus sustinent, *& iis omnibus*, vt ait: nec enim alias current tempora post denuntiationem constituta ad litem contestandam, quam D si iis omnibus ea lis intimata, denuntiata, insinuata fuerit. Cæterum causam agi & etiam contestari ab vno ex iis posse, nemo negabit, quia vnus tutor facilius exercet & excipit actiones, *l. 3. §. apparet, ff. de adm. tut.* Vbi autem illa denuntiationis & temporum obseruatio cessat, vt in actione creditæ pecuniæ, sicut dixi, si ad eam pecuniam soluendam minor vel tutor, vel curator eius conuenietur euidenti chirographo, vel si quæ alia actio sit, quæ non excedat summam centum aureorum, tunc protinus creditor agit cum quibus est commodum, etiam cum eis, qui in alia prouincia tutelæ officium administrant, quia legibus diuisionis factis inter tutores, creditor non alligatur. Ergo apparet *l. 2.* esse restringendam tantum ad solemnem illum or- E dinem iuris, id est, solemnem denuntiationem, solemnem obseruationem temporum, vt ea solemnitas peragatur secundum formam diuisionis tutelæ. Vbi ei solemnitati locus est, non vbi locus non est, sicut hodie nusquam ei solemnitati locus est, sublatis illis ambagibus, vt ait *l. vlt. inf. de interd.* Et ita liquet mihi hodie hunc nodum satis difficilem soluendum esse, alioquin est inextricabilis, nisi scilicet d. legem vlt. interpreteris secundum ius vetus, & secundum locum vnde sumpta est.

AD TITVLVM XLI.

Ne tutor vel curator vectigalia conducat.



Vo expeditior sit tutelæ vel curæ administratio, nec oneretur ex alia causa grauiori, cauetur in h. tit. ne tutores vel curatores fiant publicani, *peagers*, ne conducant vectigalia fisci, antequam paria cum suis minoribus fecerint, id est, ante redditas rationes tutelæ & reliqua. Quod etiam ostẽditur in *l. 1. §. ex illa, ff. ad l. Corn. de fal, & l. οἱ ἐπίτροποι, ff. loc.* Quæ leges etiam docent id iuris esse ex constitutione Seueri & Antonini, & non tantum inhibere conductionem vectigalium, sed etiam quemlibet alium contractum fiscalem, & non tantum conductionem vectigalium fisci, sed etiam conductionem prædiorũ Cæsaris. Huius prohibitionis duæ sunt rationes. Vna respicit pupillum, ne tutelæ administratio & obligatio oneretur ex causa fiscali, vt in *l. locatio §. debitoris, ff. de public.* dicitur debitores fisci vel Reipub. non posse conducere vectigalia fisci, ne ex alia causa, inquit (eadem enim ratione vtitur) eorum debita onerentur. altera ratio respicit fiscum, qui vt pupillus tacitam habet hypothecam in omnibus bonis debitoris sui, vterque habet tacitam hypothecam, *l. aufertur §. fiscus, ff. de iur. fisc.* ne scilicet priuilegio temporis in hypothecis prælato pupillo, quod tutela sit vetustior conductione vectigaliũ, nihil fisco superfit ex bonis publicani, quo suum sibi seruare possit. Denique constitutio Seueri & Antonini excludit fraudem fisci, & eodem modo prouidit fisco suo plurimum, & adiecit pœnam si tutor vel curator fuerit publicanus: Vt si dolo malo versatus tutor in celanda priore hypotheca, quæ ex causa tutelæ vel curæ descenderit, accedat ad conductionem vectigalium fisci, vel alium contractum habeat cum fisco, qui si id sciisset cum eo non contraxisset, teneatur lege Cor. de falsis, quia obrepsit & imposuit fisco. Obreptio illa & impostura, & reticentia siue suppressio veritatis & tutelæ, qua nondum solutus erat, falso comparauit, & tenetur crimine falsi, non quidem ex ipsa lege Cornelia, sed ex constitutione illa, quæ legem produxit ad hunc casum. Sed vt cauetur in cõstitutione huius tituli, tutor qui semel incidit in hanc pœnam falsi ex hac causa per subreptionem & συναρπαγήν, vt vocant, conducto vectigali fisci, si postea satisfaciat vtrique in solidum, pupillo & fisco, facile impetrabit veniam criminis a Principe. Tutius est veniam petere, vt in *l. Diuus §. plane, D. de lege Corn. de fals.* quia satisfactio sola non purgat crimen, nec liberat pœna eum, qui semel commisit in legem, *l. qui ea mente, D. de furt. l. vlt. D. vi. bonor. rap.* Et ideo recte Imperator ait in hac lege, *quoniam me vltro adisti*, veniam scilicet petens admissi falsi, & satisfecisti vtrique, ita vt nihil amiserint, remittimus tibi pœnam falsi. Et hoc quidem, quod dixi hactenus locum habet, si tutela fuerit vetustior conductione vectigalium. Non enim qui tutelæ tenebatur potuit postea publica conducere, & publicanus fieri. Quid si vectigalium conductio vetustior sit tutela, an incidet in crimen falsi, quod susceperit tutelam postea, ita vt idem inueniatur esse & tutor & publicanus? Minime. Et hoc est, quod ait hæc eadem lex, in fine, eum se posse excusare periculo, id est, periculo falsi, vt Basilic. accipiunt recte, in quibus loco illorum verborum, *poteris te periculo excusare.* ita est, ἀπήλλακται τοῦ τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος .i. *liberatur crimine falsi.* & additur ratio in *d. l. 1. ex §. illa §. ff ad leg. Corn. de fals.* quia illa cõstitutio Seueri & Antonini, de qua tractamus, fraudẽ fisci excludere voluit & amouere, quæ nulla est, cum fiscus prior est hypothecis, quia prior contraxit. Nec etiam constitutio illa admisit excusationem tutelæ dela-

tx

tæ ei, qui ante cum fisco contraxerat: Nam illa constitutio non loquebatur specialiter de conductore vectigalium fisci, licet hæc de eo loqueretur specialiter: sed generaliter loquebatur de eo, qui contrahit cum fisco, vt ne contrahat, si tutelam ante gesserit, nec dum rationes reddiderit, sed ex diuerso contraxerit cum fisco, ne etiam excusetur a tutela, quæ nunc ei defertur, quia scilicet non quicunque contraxit cum fisco, non quicunque obligatus est fisco, a tutela excusatur, neque enim id iustum est & æquũ. Conductor vectigalium fisci excusatur a tutela, quia illa negotiatio est operosa, & implicita nimis, anxia nimis & solicita, *l. in honoribus* §. *non alias, ff. de vacat. muner. l.* 1. *inf. de conduct. vectig. fis. lib.* 10. Conductor etiam prædiorum fisci vel Cæsaris excusatur a tutela, vt sit magis idoneus prædiis exercendis, *l. pen.* §. *coloni, ff. de iure immunit.* nisi scilicet B videatur vtrunque posse tractare & administrare sine damno fisci vel Cæsaris, *l. vlt.* §. 1. *ff. ad municip.* secundum quam nobis est interpretanda lex *coloni inf. de excusat. tutor.* Procurator etiam fisci excusatur a tutela vel cura, §. *item D. Marcus, Institut. de excus. tutor.* Hi excusantur, sed generaliter quicunque contraxit cum fisco, & ei obligatus est, eius excusatio non admittitur a tutela vel cura, nec admissa illa constitutione Seueri & Antonini, sed fraus tantum exclusa, ne qua fieret publico & fisco. Et ita hoc est explicandum, quod tamen erat difficile. Illud adnotandum est præterea, ne tutor vel curator conducat vectigalia fisci, sic esse accipiendum, vt illa verba satis indicant: *Cum autem fisco te iam obstrictum, postea tutorem*, &c. Nam aliud est in vectigalibus ciuitatum. Tutor enim C non prohibetur conducere vectigalia ciuitatum, non excusatur a tutela, *l. σταδόντα*, §. *ὁ τέλη*, *ff. de excusat. tutor.* Et ratio differentiæ est euidens, quia ciuitates ceteræ præter vrbem sunt priuatorum instar, *l. eum qui, ff. de verb. signific.* & non habent tacitam hypothecam, sicut fiscus in bonis debitorum suorum in *l. 2. inf. de iure Reipub. lib.* 11. ita vt sine ciuitatum fraude, sine fraudæ hypothecæ, quæ nulla competit ciuitati, recte conducat vectigal, qui ex causa tutelæ obligatus est, & etiam bona sua omnia eadem ex causa obligata habet. Et notandum est iis, quæ diximus, nihil obstare *l. 1. sup. rem alien. ger.* dum ait, tutorem posse fundum suum obligare fisco cum suo onere, id est, cum causa generalis hypothecæ, quam habet pupillus in omnibus bonis suis. Ergo tutor non prohibetur contrahere cum D fisco. Respondeo ibi fundum specialiter obligari, quia casus de speciali hypotheca non continetur constitutione Seueri & Antonini: sed is casus, quo fisco competit generalis tacita hypotheca, quam non habet fiscus in ceteris bonis debitoris, si eis res certa obligata sit specialiter, quia lex dedit tacitam hypothecam, & non solet lex cauere ei, qui sibi præcauit. Denique non dat lex generalem tacitam hypotheeam fisco, qui fuit contentus speciali. Et huius rei argumentum præbet lex *vlt. sup. de pact. conu.* Et hoc est quod dicunt doctores, prouisionem hominis tollere prouisionem legis. Eademque ratione nihil obstat iis, quæ diximus, si dicis tutorem, qui conducit vectigal fisci, vel alias cum fisco contrahit, quod celauerit, fiscum de onere tutelæ, teneri crimine stellionatus, ergo non teneri crimine E falsi. Nam stellionatus crimen est subsidiarium, id est, ei locus est tantum, cum aliud nomen criminis deficit, *l. 3. ff. de crim. stell.* Nam respondeo, eum teneri crimine stellionatus, qui rem eamdem duobus in solidum separatim obligat pignori, posteriori scilicet creditori dissimulata obligatione prima. Crimini igitur stellionatus locum esse in speciali hypotheca eiusdem rei, quam quis duobus in solidum nexit, vel opposuit, *l. tutor*, §. *contrarium*, *l. si quis in pignore* §. *vlt. ff. de pign. act. l. vlt. inf. de crim. stell.* Sed nos hic non agimus de speciali hypotheca, id est, de eo, qui rem

eandem obligauerit specialiter pupillo & fisco: sed loquimur de eo, cuius bona omnia generaliter pupillo erant obligata tacito iure, vt scilicet in fraudem fisci celans generalem illam hypothecam priorem, cum fisco non contrahat. Et hunc tantum, qui celat generalem hypothecam, dicimus teneri falsi, non etiam crimine stellionatus. Et hoc est ex constitutione Seueri & Antonini: alioquin nec hoc casu esset crimen falsi. Et vt sit crimen falsi re obligata duobus specialiter fraudulenter, opus est constitutione, quæ deficit tamen. Et ne id sit impunitum superest crimen stellionatus. Sed & in speciali hypotheca contracta cum duobus in solidum & separatim, potest esse locus crimini falsi, puta, si obligans eandem rem posteriori creditori, mentitus sit palam, eam rem alii obligatam esse, exemplo creditoris, *l. qui duos, D. ad l. Corn. de fals.* Mendacium est species falsi, sed si tacuerit tamen, si dissimulauerit priorem obligationem, cessat crimen falsi & locus est subsidiario crimini, nempe stellionatus. Postremo non omittam, quod competentem iudicem (quæ sunt prima verba huius legis) Basilica interpretantur *καθολικόν*, id est, procuratorem Cæsaris, quem posteriores dixere Catholicum quasi generalem procuratorem. Laudo hanc interpretationem, quia huius rei cura atque vltio pertinet ad procuratorem Cæsaris, si qui tutela nondum liberatus est, ad conductionem vectigalis fisci accesserit. Etiam illud non prætermittam, quod glossa tentat, huic constitutioni Seueri & Antonini locum esse, & crimini falsi ex ea causa, si viuat pupillus vel adolescens cuius tutela vel cura gesta est, quoniam habet priorem tacitam hypothecam in omnibus bonis tutoris. Non si mortuus sit pupillus, & nondum redditæ sint rationes tutelæ. Nam si post mortem pupilli, etiamsi tutor nondum liberatus sit tutela, licita est conductio vectigalium, quia nulla interuenit fraus fisci, Cur ita? qnia priuilegium tacitæ hypothecæ, & priuilegium personale, id est, quod vertitur inter actiones personales, solus pupillus habet, vtrumque priuilegium cohæret soli personæ pupilli, nec transfertur in heredem eius, quod est maxime notandum, *l.* 1. §. *idem Princ ipes, D. ad leg. Corn. de fals. l. pluribus D. de adm. tut. l. dabimusque* §. 1. *de reb. auct. iud. poss.* Ergo cum morte pupilli finita sit tacita hypotheca, euidens est sine fraude fisci sequi conductionem vectigalium, quia solus fiscus est habiturus tacitam hypothecam in vniuersis bonis.

AD TITVLVM XLII.

De tutore vel curatore qui satis non dedit.



EX hoc titulo intelligimus non habere potestatem administrandi (nam & hic titulus est de administratione) tutorem vel curatorem legitimum aut petitum, & datum sine inquisitione facultatum & morum, nisi pro tutelari officio satisdederit, nempe tutelam, scilicet minorum, saluam fore: & quicquid gessit, qui satisdare debuit, nec satisdederit, vel litigando, vel alienando, vel bonorum possessionem agnoscendo nomine pupilli, vel alio quocumque modo, id ipso iure nullum est, quia non est legitimus administrator, qui non satisdedit cum satisdare debuit, *l. 3. & l. vlt. hoc tit.* quæ *l.* 3. repetita est in *l.* 4. *sup. in quibus causis in integ.* Legis vltimæ huius tit. inscriptio ita est corrigenda: *Impp. Constantius & Maximianus AA. & Seuerus & Maximianus Cæsares:* non *Seuero & Maximo*, quod plurimum conducit ad notitiam historiæ illorum Impp. Est similis inscriptio in *l. 1. sup. de feriis*, & in antiquo lapide vrbis Romæ: *Constantius & Maximianus inuicti AA. & Seuerus*

& Maximianus Cæsares thermas ornarunt, & ornamentis suis dedicauerunt. Sed pergamus. Legitimi vel dati sine inquisitione non sunt iusti administratores sine satisdatione rem pupilli vel adolescentis saluam fore. Satisdatio est fideiussorum datio, qui pro tutore se obligant minoribus. Non eadem est conditio tutoris iure dati testamento, vel etiam non iure dati, sed confirmati decreto prætoris aut præsidis, hic enim non satisdat rem pupilli saluam fore, etiamsi confirmatus sit sine inquisitione, *l. 4. hoc tit.* vt puta, cum datus esset tutor a patre filio emancipato, hic non datus est iure, sed confirmatur sine inquisitione, *l. 4. ff. de test tut. l. 1. ff. de conf. tut.* nec tamen oneratur satisdatione, quia fides eius & diligentia a patre approbata est. Approbatio patris pro satisdatione est. Eadem est etiam conditio tutoris dati & petiti ex inquisitione, quia idoneus est electus, & non tantum electus, sed etiam pronuntiatus idoneus esse, *l. 5. ff. de conf. tut. & in Inst. tit. de satisdat. tut.* Et generaliter quicumque curator bonorum, curator calendarii ciuitatis, nullus curator, qui ex inquisitione eligitur, satisdat. *l. bonorum, ff. de cur. fur. l. vlt. §. item rescripserunt a curatore, ff. de adm. rer. ad ciuit. pert.* Inquisitio est idonei per inquisitionem electio, pronuntiatioque pro satisdatione est. Sed si sunt plures tutores dati testamento vel ex inquisitione, quos diximus non onerari satisdatione de tutela vel cura, ex edicto prætoris, qui ex eis vltro obtulerit satisdationem, rem minoris vel pupilli saluam fore, causa cognita solus suscipiet administrationem tutelæ, cæteri erunt honorarii tutores, *l. 4. hoc tit. l. qui iniuriæ §. vlt. ff. de furt. l. datiuus, D. rem. pup. salu. §. si ex testamento, Inst. de satisdat. tut.* Et si forte plures sint satisdare parati, si plures offerant satisdationem vel satisacceptionem (nam non satis est si dicam, satisdabo, nisi etiam dicam, vel tu satisda & administra, ego sum paratus vel satisdare vel satisaccipere) Si igitur plures hoc idem offerant, causa cognita & æstimata persona tutorum vel fideiussorum, qui offerunt, idoneior præfertur, & administrat solus, *l. 18. D. de test. tut.* Male autem glossa in *l. 1. hoc tit.* scribit ex constitutione Græca, quæ refertur in *§. pen. Inst. de Attil. tut.* hodie etiam eos satisdare, qui petiti & dati sunt ex inquisitione. Est enim falsum omnino id caueri ea constitutione; imo in ea nulla fit prorsus mentio eius inquisitionis: sed vt defensores ciuitatum adhibito episcopo vel magistratus municipalis consilio, id est, duumuiris, in prouinciis, in municipiis dent tutores vel curatores exacta satisdatione. Nec tamen mens est huius constitutionis, vt ea satisdatio exigatur, si inquisitio præcesserit. Et exstat ea integra constitutio hodie in *l. 30. sup. de episc. aud.* Et hac breui comprehensione huius tituli intelligimus in causa satisdationis rem minoris saluam fore, non eandem esse conditionem omnium tutorum vel curatorum, alios onerari satisdatione, alios exonerari.

AD TITVLVM XLIII.

De suspectis tutoribus & curatoribus.



Recte superiori titulo applicitus est hic titulus de *suspectis tutoribus & curatoribus.* Nam tutor vel curator, qui cum satisdare debet, non satisdat, vel compellitur ad satisdationem captis pignorib. & distractis, vt in *§. pen. Instit. de satisd. tut.* vel remouetur tanquam suspectus sine infamia, id est, salua existimatione, si gratia inopiæ hoc faciat, *par faute de credit*: vel remouetur cum infamia, si dolo malo hoc faciat, & contumaciter siue maligne *l. 1. & 2. tit. sup.* Et quod prætermisi, id nimirum consulta opera reiiciens in hunc tit. in *l. 1. sup. tit.* nesciunt vulgo ponere speciem, & est satis difficilis positu, quam liquido sic possis exponere. Finge, litem habet adolescens ex causa creditæ pecuniæ cum eo, qui ei curatorem dedit minus idoneum, cum fungeretur magistratu in suo municipio, non exacta satisdatione: quo genere dupliciter peccauit, quod dederit minus idoneum & satisdationem non exegerit. Cæterum ea de re nondum agit adolescens cum eo, sed ex quadam alia causa, verbi gratia, creditæ pecuniæ: nondum etiam potest cum eo agere, quod minus idoneum dederit, & quod non satis exegerit, videlicet actione in factum, quæ competit in magistratus municipales, qui minus idoneos tutores dederint, vel pupillis satisdatione non prospexerint. Ea actio competit ex senatusconsulto siue oratione Traiani, *l. pen. Ĵ. de magistr. conu.* Eo, inquam, nomine nondum competit adolescenti actio illa in factum, quia est actio subsidiaria, & nondum est finita cura, nondum excussus curator, qui vtique excutiendus est, priusquam veniatur ad magistratum, vel eum, qui magistratum gessit, & cum eum gereret minus idoneum tutorem dedit, vel satisdari non cauerit. Ergo ex ea causa adolescens nondum potest queri vel agere ex oratione Traiani: sed ex alia causa agit, & cum male habet, quod agat cum eo, qui ei curatorem dedit, eodemque curatore auctore, quia minor 25. annis non habet legitimam personam standi in iudicio sine curatore. Verum lex ait in promptu esse, quo se ea anxietudine liberet, nimirum compellendo curatorem ad satisdationem, vel eo remouendo & repellendo tanquam suspectum decreto prætoris, quo remoto alius dabitur. Sicut etiam tutor, ex quo sciuit se esse tutorem datum, si cessat administrare, vel extra ordinem compellitur administrare, vel remouetur tanquam suspectus, *l. 2. & 3. hoc tit.* Et ita est explicanda species *l. 1.* Placet etiam vicinitas *tit. sup.* quod ex ea apparet non exigi quidem satisdationem a tutore dato testamento patris, vt dixi, sed tamen suspectum posse postulari, qui a patre testamento datus est, si res pupilli fraudulenter administrare coarguatur, *l. 4. hoc tit.* Et quod diximus cessantem in administratione, cessare primum suo periculo, deinde compelli posse ad administrationem, vel si in eadem contumacia perseuerauerit, remoueri posse tanquam suspectum: hoc sic accipiendum est, non quasi suspectus haberi debeat, qui simpliciter non gerit tutelam: nam ob id solum specialiter, quod non gerat, suspectus postulari non potest, *l. 4. §. vlt. ff. eod.* Quid enim si sit honorarius tutor? quid si notitiæ causa datus? Ergo non gerere specialiter non est vitium, sed non gerere cum gerere debemus, cum administratio nobis incumbit, & cessamus ob ignauiam vel negligentiam, vel dolum: hoc enim casu reiicimur decreto prætoris tanquam suspecti, & malæ fidei. Sciendum autem est postulationem suspecti, crimen & accusationem esse ex duodecim tabulis, quæ patet omnibus, etiam extraneis, & quasi publica actio est, *l. 6. hoc tit. l. 1. §. consequens, l. 3. §. liberti, ff. eod. tit.* Et patet etiam mulieribus, licet alias mulieres non admittantur ad accusationem, *l. qui accusare, ff. de accusation.* Ac similiter iure singulari, licet regulariter nemo damnetur sine accusatore, tamen remouetur tanquam suspectus sine accusatore, si prætori liqueat argumentis rerum euidentissimis, suspectum eum esse & male versari in tutela vel cura, *l. 3. §. præterea, ff. eod. tit.* Hoc exigit fauor pupillorum, & publica vtilitas, vt quilibet possit tutorem arguere suspecti, & probare & conuincere, & inde remouere elicito decreto prætoris vel præsidis, vt etiam mulieri suspecti accusare liceat, vt etiam sine accusatore remoueri possit tanquam suspectus officio prætoris, & vt hoc solo casu sit suspecti actio. Nam nullus est alius casus extra tutelam & curam, in quo locum habeat similis actio. Hæc sunt admissa fauore pupillorum & nomine publicæ vtilitatis, quoniam negotia pupillaria pertinent ad publicam curam, *l. 10. §. vlt. ff. de test. tut. l. 1. ff. de excusat. tutor.*

tutor. l. 2. ff. qui pet. tut. l. 2. §. tractari, ff. ad Tertull. l. 19. Cod. Theod. de curator. Et sciendum etiam est, hanc accusationem seu postulationem suspecti irrogare infamiam, si tutoris vel curatoris dolus malus & fraus arguatur & probetur: non irrogat autem infamiam, si negligentia eius tantum arguatur, vel ignauia, vel rusticitas, l. vlt. hoc tit. Qua de causa necesse erat in decreto prætoris, quo remouebatur tutor tanquam suspectus, exprimi causam remotionis, l. 3. §. vlt. l. 4. ff. eod. puta hoc modo: *Quando Lucius Titius tutelam C. Seii ob ignauiam gerere non potest, eum ob eam rem tutela abire placet.* hoc decretum non irrogat infamiam. Sed si ita dixerit: *quando Lucium Titium tutorem C. Seii paret in ea tutela fraudulenter versatum esse, eum ob eam rem tutela abire placet*: hæc sententia irrogat infamiam. Ergo remouetur tutor ob dolum & fraudem, vel ob culpam & negligentiam, segnitiem, simplicitatem, nunquam propter paupertatem. Fraus aut negligentia vitio vertitur, non paupertas, *pauureté n'est pas vice, comme l'on dict*, l. 5. & 6. hoc tit. l. suspectum, ff. eod. Postremo notandum est, tutorem postulatum suspecti, pendente litis cognitione abstinere debere administratione tutelæ, & interim ei adiungi curatorem ad administrandum, l. 7. hoc tit. non tutorem, quia tutorem habenti tutor non datur. Et postulatio suspecti non finit tutelã, sed damnatio. Igitur huic actioni suspecti locus est manente tutela, nec postulatio desinente esse tutore, cum tamen actio tutelæ non habeat locum manente tutela, sed finita tantum tutela, l. 1. & l. pen. hoc tit. Ergo actio suspecti locum habet durante tutela, non finita tutela: actio autem tutelæ, finita non durante tutela.

AD TITVLVM XLIV.

De in litem dando tutore vel curatore.

Hic titulus est de tutore vel curatore, ad quem non omnium rerum pupillarium administratio pertinet, sed vnius rei tantum, vnius litis defensio, nempe eius, quam pupillus ex alia causa, quam ex tutela habet (quoniam tutelæ non agitur nisi finita tutela) eius ergo litis, quam pupillus ex alia causa, quam tutelæ intendit tutori, vel tutor pupillo suo, nec enim pupilli persona est legitima in iudicio sine tutore vel curatore, & hic tutor, qui acturus est cum pupillo, vel excepturus actionem pupilli in rem litemue suam, pupillo litem inferenti, vel excipienti auctor esse non potest, secundum regulam iuris ciuilis, vt tutor non sit auctor in rem suam, l. 1. ff. de auct. tut. Et non potest etiam semper tutor, si qua ei res sit cum pupillo, vel pupillo cũ tutore, sibi soluere vel a se exigere, vt in l. quotiens §. item si, & §. sicut, ff. de adm. tut. Non si actio fuerit in rem, id est, si fuerit quæstio dominii cuiusdam rei, non etiam si fuerit actio in personam, de qua non admodum liqueat, non etiam si fuerit tutori actio in personam, & in bonis pupilli non sit pecunia, vnde tibi soluat, d. §. sicut, & l. diuortio, ff. de neg. gest. tunc sane necesse est adire iudicem, necesse est litigare. Ergo moribus receptum est, vt ait Vlpianus lib. reg. tit. de tut. vt tutorem iustum habenti, siue ipse sit pupillum prouocaturus ad iudicium, siue pupillus ipsum, in eam litem specialis tutor detur, quo auctore pupillus experiatur atque contendat cum iusto tutore suo. Et hic specialis tutor ad eam litem dicitur tutor prætorius, quia hoc solo casu datur a prætore sine lege, alias dat tutorem ex lege Attilia, vel præses ex lege Iulia & Titia. Hoc casu etiam sine lege inualuit mos iste, vt ad litem futuram cum iusto tutore prætor det specialem tutorem. Hodie tamen in extraordinariis iudiciis non tutor, sed curator datur, quo auctore lis peragatur cum iusto tutore, & ea peracta lite curator esse desinit, § vlt. Instit. de auct. tut. l. 3. §. pen. & vlt. & l. 5. ff. de tutel. More igitur antiquo ad litem datur specialis tutor, iure nouo curator, ordinario & solemni tutor, iure extraordinario curator, l. 3. hoc tit. dum ait, tutor vel curator, vtrumque ius notat, vt scilicet tutor detur ad litem, si iure ordinario agatur, quod est solemniter: vt vero curator detur si agatur extra ordinem detractis solemnitatibus & formulis iuris. Et sane verius est, promiscuam fuisse hac in re dationem tutoris, iure ordinario, vel curatoris extra ordinem, sicut in cæteris causis, in quibus dicitur, tutorem habenti tutorem dari, inuenies etiam curatorem dari videlicet extra ordinem. Et e contrario vt memini me ostendere sup. in tit. 36. Quinimo lex 4. hoc tit. abscise ait, ad litem tutorem dari, respiciens scilicet ad ius ordinarium, tutorem igitur prætorium. Ac præterea, l. vlt. hoc tit. fatetur quidem ex solemnitate iuris dandum esse tutorem ad litem, quam pupillus habet cum iusto tutore suo. Idque iuxta regulam iuris, vt in omnibus, quæ solemni & legitimo ordine expediuntur per formulas certas atque solemnes, quæ solemnitatem iuris desiderant tutor adhibeatur non curator pupillis, l. curatorem, ff. de auct. tut. l. cum in vna, D. de appell. Sed quia plerunque hodie agitur extra ordinem omissis solemnitatibus, l. actio, D. de neg. gest. l. pen. J. de interd. hodie efficere curatorem, & ita demum tutorem exigi specialem, si agatur solemni, legitimo, & ordinario iure. Et ita sunt explicanda verba legis vltimæ, *curatore ad litem constituto, & solemnitati iuris, vbi tutor exigitur, prospici possit*, quia ea solemnitas iuris hodie scrupulosius non obseruatur, nisi quis eam obseruari velit, Vt licet tibi codicillos facere, & idem codicillis cauere quod testamento, vbi solemnitas non exigitur, sed interim tamen si vis condere testamentum solemniter, vide quid agas. Nam si vel minimum in solemnitate peccaueris, irritum erit testamentum & iniustum, id est, non solemne. Et ita omnino explicandus est hic titulus, quod tamen non patet omnibus. Verum nondum satis est: nam etiam exponere debeo speciem l. 2. quæ est admodum difficilis. Sciendum est, venditorem emptori non teneri euictionis nomine, neque actione ex empto, in id quod interest, id est, in simplum, neque ex stipulatione duplæ, quam plerumque venditor emptori promittit. Et dupla est altero tanto pretio amplius. Promittit igitur duplam, id est, si res empta sit 100. & euicta sit emptori, promittit reddere emptori 200. vice eius quod interest. At neque hac actione vtetur emptor, nisi illa mota quæstione dominii statim denuntiauerit venditori vel heredi eius, vt liti assistat, eamque defendat, *S'il ne l'appelle à garand pour le defendre en ceste cause*, quod est laudare auctorem, id est, nominare venditorem. Illaudatus venditor, *qui n'a pas esté appellé à garand*, vel heres eius non tenetur de euictione, ne ex stipulatione quidem, l. 1. sup. de peric. & com. rei vend, l. 7. 8. 20. 21. & alia multa, inf. de euict. & ff. eod. Sciendum rursum est, posse laudari pupillum sine tutoris auctoritate, si tutor non appareat, l. si dictum §. vlt. ff. de euict. Cæterum lis defendi debet tutore auctore. denuntiabitur pupillo, laudabitur pupillus quasi vẽditor, vel quasi heres vẽditoris, sine tutore, non male, sed liti non assistet sine tutore. His cognitis, Finge quæ est species l. 2. Frater fundũ paternũ quẽ communẽ habebat cũ fratre, vendidit in solidum, non consentiente fratre, & vendidit Lucio Titio, & ei promisit duplam ob euictionem, si quando forte ei fundus euinceretur, aut pars eius. Postea vita decessit relicto herede filio impubere, cuius tutelam suscepit frater superstes, patruus pupilli, & vindicat partem fundi paterni a Lucio Titio emptore, quam non iure ei vendidit defunctus frater. Lucius Titius laudat pupillum, *l'appelle à garand* quasi heredem auctoris, id est, venditoris. Quæritur an vindicatio impediatur, videlicet quod

idem sit actor & defensor pupilli, qui liti subsistat. A Lex ait, tutorem acturum recte & vindicaturum partem fundi, si laudatum pupillum non defendat ipse, quoniam res eius agitur, sed specialis curator datur ad defendendam eam litem: sic recte iudicium peragetur, & sine vllo scrupulo, alioquin si non fuerit datus curator ad eam rem defendendam, & euicerit tutor partem, quam vindicauit, atque ita pro parte promissa fuerit stipulatio duplæ aduersus pupillum, euidens erit, pupillum oneratum fuisse dupla facto tutoris, quod non conuenit officio tutoris, & poterit ei imputari iudicio tutelæ id quod vltra simplum, id est, vltra pretii quantitatem, pupillus emptori soluere coactus est. Igitur tutor ne ius suum impediatur, id est, ne eius rei, quam euicerit, pretium, quod supra simplum pupillus præstitit, pupillo refundere cogatur, & ita quo- B dammodo rem suam emere, rectius fecerit si curauerit curatorem ad eam litem specialiter dari pupillo, vel etiam, vt lex ostendit, si omnino non vindicauerit ab emptore partem fundi paterni, quam frater pupilli vendidit Lucio Titio, quia ex ea causa pupillus ei obligatus est hereditario nomine, actione negotiorum gestorum, vel familiæ erciscundæ, vt pretium partis venditæ a patre, restituat, *l. 1. sup. de rebus alienis non alienandis. l. 1 .sup. de rer. comm. alienat.* Et finita tutela, id quod debuit ei pupillus actione illa negotiorum gestorum, vel familiæ erciscundæ poterit ab eo consequi contraria actione tutelæ, ratam habendo venditionem partis, nec infringendo eam, vel etiam si tutor conueniatur directa actione tutelæ, poterit id reputare pupillo iure compensationis, *l. 1. §. præterea, & §. seq. de contr. ind. tut.* Et ita est explicanda lex 2. C quod valde notandum est, alioquin per se est obscurissima.

AD TITVLVM XLV.

De eo, qui pro tutore negotium gessit.

Breuiter ostenditur in hoc titulo non tantum iustum tutorem vel curatorem teneri ex administratione, sed etiam eum, qui D quasi tutor vel curator aliquid administrauit, cum non esset tutor, vel esse non posset. vt puta miles vel mulier, vel datus a muliere quasi tutor, ex administratione tenetur actione protutelæ prætoria: alia est actio tutelæ, quæ est ciuilis, alia protutelæ, quæ est prætoria, vt alia est condictio ex mutuo, alia ex promutuo. Tenebitur, inquam, actione protutelæ, si administrauit quasi ex necessitate officii vt tutor, puta, existimans se esse tutorem: Nam si sponte sua vt gestor amicus & voluntarius accesserit ad negotia pupillaria, non tenetur protutelæ, quia vt gestor gessit, non vt tutor, vt voluntarius procurator, non vt tutor, sed tenetur actione negotiorum gestorum, *l. 4. sup. de test. tutel.* quasi curator autem tenetur vtili actione negotiorum gestorum *l. 4. sup. qui dari tut. vel cur. poss.* Quæ actiones priuilegia- E riæ sunt, quoniam in eis vertitur vtilitas pupilli, perinde atque actio tutelæ, vel negotiorum gestorum, qua tenetur verus curator. Porro non est omittendum, quod ait *l. 2. hoc tit.* his agentibus nomine pupilli, qui sunt quasi tutores vel curatores, posse opponi exceptionem, *si tutor non est, si curator non est.* quæ verba accipienda sunt pro formula exceptionis.

AD TITVLVM XLVI.

Si mater indemnitatem promisit.



Hic titulus est de periculo administrationis, quod aliquando mater suscipit promittendo indemnitatem & securitatem pupillo filio suo, vel tutori eius ex causa tutelæ vel curæ. & quidem si pupillo pro tutore, vel tutori pro pupillo indemnitatem promiserit: Nam inter tutorem & pupillum ex causa tutelæ sunt mutuæ actiones, directa tutelæ pupillo finita tutela, & contraria tutelæ tutori. Si, inquam mater vel pro tutore pupillo, vel pro pupillo tutori sua sponte indemnitatem promiserit, intercessio est, quæ infirmatur senatusconsulto Velleiano de intercessionibus mulierum. Intercedit enim mulier, quæ se alii pro alio obligat sua sponte, tutori pro pupillo, vel pupillo pro tutore. Et ideo si conueniatur ex ea intercessione, tuetur se senatusconsulti Velleiani exceptione & beneficio, quo infirmantur intercessiones mulierum, *l. 1. hoc tit.* Et hoc verum est, eum hac exceptione, quæ proponitur in *l. 3. hoc tit.* nisi decreto prætoris aut præsidis tutorem dantis nominatim comprehensum sit, periculo matris, quæ tutorem petiit, tutorem dari, quod aliquando decreto comprehendit prætor, dum arbitratur non admodum idoneum esse eum tutorem, quem mater petiit. Hoc casu intercessio matris non rescinditur senatusc. Velleiano, *d. l. 3.* Vnde valde notandum, senatusc. Velleianum iis tantum mulieribus opitulari, quæ se pro aliis vltro obligarunt, non si decreto prætoris: Nam decreta prætorum senatusconsulta non infirmant. Nec igitur intercessiones mulierum interpositas decreto prætorum vel præsidis. Sed si mater tutori pro tutore ipso, non pro pupillo, vel pro alio indemnitatem promiserit, puta dum cupit tutorem sibi permittere administrationem rerum filii sui pupilli, vel partem administrationis; hoc vero non est intercedere, quia alii se pro alio non obligat, sed ipsa facit hanc obligationem, & ideo non iuuatur senatusc. Velleiano, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. si mater sup. ad Vell. l. tutor, l. quamuis, ff. ad senatusc. Vell.* Et ideo si finita tutela pupillus tutorem elegerit, exacta ratione administrationis, mulier, quæ tutori promisit indemnitatem, indemnem tutorem damno præstare debet. Dico si tutorem elegerit: nam & pupillo liberum est cum matre, quæ bona sua administrauit tutore concedente, agere actione negotiorum gestorum, *l. si mater sup. de vsur. l. fideiussor, ff. de neg. gest.* Ergo mater tenetur tutori ex stipulatione, quia ei promisit indemnitatem, pupillo non tenetur ex stipulatu, quia ei non promisit, *l. tutorem, inf. arb. tut.* sed tenetur negotiorum gestorum, & electio est pupilli, vtrum agat tutelæ cum tutore, an negotiorum gestorum cum matre, quæ negotia gessit, quæ electio etiam in *l. 2. hoc tit.* significatur verbo *malunt.* Et secundum hanc leg. 2. est accipiendum quod ita Paulus scribit *lib. 2. Sent. tit. ad Vell. Mater quæ pro tutoribus filiorum suorum idemnitatem promisit, ad beneficium senatusconsulti non pertinet.* Hæc sententia est vera, si pro tutoribus pupillis promisit indemnitatem. hoc est intercedere, & pertinet ad SC. Vell. Sed si tutoribus pro ipsis tutoribus indemnitatem promiserit, intercessio non est, *vt in specie l. 2.* Nam intercedere est alii pro alio obligare, non eidem pro eodem ipso se obligare.

AD TITVLVM XLVII.

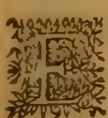
Si contra matris voluntatem tutor datus sit.



Ic titulus respicit ad titul. 43. *De suspectis tutoribus*, a quo propius abest. Et in hoc tit. *voluntas* est vlt. voluntas, & hoc docet tantum, a tutela remoueri eum, qui datus est tutor filio impuberi contra matris vltimam voluntatem, id est, quem filio impuberi heredi instituto moriens mater vetuit tutorem dari. Prætor enim seruat voluntatem matris (aut seruare debet) quæ bona reliquit pupillo. Nam etiamsi mater filio impuberi heredi instituto tutorem dederit, quæ datio ipso iure non valet, prætor solet seruare & confirmare voluntatem matris, habita tamen inquisitione, *l. 4. sup. de test. tut.* Et is quidem, quem mater noluit dari, si sit datus ignorante forte prætore tenorem vltimæ voluntatis matris, remouetur sine infamia, si hac sola ratione remouetur, quod datus sit contra voluntatem matris, quod patet ex rescripto Seueri & Antonini, posito sub hoc titulo. Et obseruandum ad hoc rescriptum in extremo, compositores Codicis addidisse hæc verba: *quæ rescriptio, si in fraude conuictus fuerit*, id est, superiori rescripto non est locus, & vt sine infamia remoueatur, id est, salua existimatione, qui datus est contra prohibitionem matris, nisi idem iam in tutela fraudem commisisse conuictus fuerit, tunc enim remouetur cum infamia; dolus & fraus infamat eum, qui ob fraudem reiicitur, & tutela abire iubetur, *l. vlt. sup. de susp. tutorib. l. 2. sup. de tut. vel curat. qui satis non dedit.*

AD TITVLVM XLVIII.

Vt causa post pubertatem adsit tutor.



St constitutio facillima, modo ita explicetur: Tutela finitur pubertate. An etiam periculum administrationis finitur pubertate, sicut tutela? Non vtique. Nec enim, etiamsi finita sit tutela, periculum administrationis finitur antequam tutor rationes reddiderit, ac restituerit omnem tutelam curatori, & antequam liberatus etiam fuerit sententia prætoris aut præsidis, *l. vlt. sup. de peric. tut.* Is autem non videtur restituisse tutelam, qui adhuc retinet instrumenta litis, vel causæ pupillaris a se inchoatæ. Igitur periculo administrationis obstringitur. sed liberatur omnino, nec debet persequi litem suo consilio cœptam, si omnem tutelam restituerit curatoribus, quod hodie est certissimum ex constitutione Seueri & Antonini, *l. 1. inf. si pend. appell.*

AD TITVLVM XLIX.

Vbi pupilli educari debeant.



Ræcipua pars administrationis, si spectes negotia pupillaria, est defensio causæ pupillaris, *l. 30. ff. de administr. tut.* Sed si personam ipsius pupilli spectes, præcipua pars administrationis educatio est, quo nomine non tantum significatur victus, sed etiam vestiarium, & habitatio, & institutio morum & liberalium artium, *l. 2. tit. seq.* Educatio ingenii, vt in Comœdia, *bene & pudice doctum atque eductum ingenium.* Plerunque autem educatur pupillus apud matrem, si modo ei non superduxerit vitricum, id est, si iterum non nupsit, *l. 1. hoc tit. & Nou. 22.* Vel si de ea re sit controuersia inter tutores & cognatos A & matrem, ea dirimetur arbitrio prætoris vel præsidis, qui statuet, apud quem pupillus potius educari vel instituí debeat, & quem is elegerit, non poterit effugere istam operam, *d. l. 1.* Obseruare autem debet prætor, qui eius rei arbiter est & censor, ne temere pupillus detur educandus ei, qui sperat pupilli successionem: posset enim eius vitæ insidiari. Nec eadem est ratio in iure tutoris & educatoris: Nam ii quidem, qui sperant successionem pupilli intestati, fiunt legitimi tutores, vt quæ sperant bona tueantur, ne dilapidentur, *l. 1. ff. de leg. tut.* Et hoc est, quod dicitur, *quo hereditas pupilli, eò etiam legitima tutela redit.* Neque tamen temere etiam apud tutorem educabitur pupillus, qui sperat successionem, sed apud matrem vel alium cognatum, quæ est sententia *leg. 2. huius tit.* Hoc autem distat hic titulus a B titulo vigesimoquarto, *sup. diuort. facto apud qu. lib. ed.* quod hic titulus est de iis, qui patrem non habent, qui ætate sunt parui & orbi patre, aut patrem quidem habent, sed sunt emancipati. Non idem est in iure pupillus & impubes. Nam impuberis nomen significat tantum ætatem, pupilli nomen significat & ætatem, & conditionem, id est, eum, qui est sui iuris, siue liberum caput, paruæ ætatis: qui est in potestate patris, necdum peruenit ad annum decimumquartum, est impubes, non etiam pupillus, Galli, *il n'est pas orphelin.* Ergo hic titulus est de iis, qui patrem non habent, vel qui in patris familia esse desierunt: ille autem est de iis, qui patrem habent, & in patris familia sunt.

C

AD TITVLVM L.

De alimentis pupillo præstandis.



Onsequens erat docere, qui præbeant alimenta pupillis, & quatenus, quæ vtique præbenda sunt sine mora, sine cunctatione vlla, iuxta illud, *ventrem non habere aures.* Etiam omni die, etiam feriato constituuntur alimenta, siue taxantur postulantibus pupillis, *l. 2. ff. de fer. l. 2. ff. de re iud.* Alimenta igitur confestim præbentur, & constituuntur pupillo arbitrio tutoris, vel si cesset tutor, aut cuncte-D tur, arbitrio prætoris vel præsidis, pro modo facultatum pupilli. Nam honestum est quemque ex suis facultatibus suæ impensæ facere modum. Nec est inhonestum, si quis auctus sit facultatibus, augeat etiam impendia familiæ suæ, *l. 1. hoc tit. l. Lucius, inf. ff. fam. ercisc.* Et ait *dicta lex* 1. protinus constitui alimenta pupillis, etiamsi eis fiat controuersia de statu, & de bonis paternis, vt si negentur esse defuncti filii. Nam interim quamdiu sunt pupilli, habentur pro filiis defuncti iusta præsumptione, & agnoscunt bonorum possessionem ex edicto Carboniano, dilata quæstione status, dilato præiudicio, dilata petitione in tempus pubertatis. Ergo & interim ex eis bonis alendus est. Et placet omnino, vt legamus, sicut habent quidam codices alii in hac *l. 1. partibus suis fungetur. Id est*, non autem, *idem est, etsi de* E *statu pupilli*, hæc enim causa dubitandi fuit. Alimenta igitur constituuntur vel arbitrio tutoris vel magistratus. Aliquando est tutius ea constitui arbitrio tutoris sine decreto magistratus: quod aliquando fit melius non aperiri secreta patrimonii pupillaris, & suspectum æs alienum, id est, quod creditores pupilli suspicantur non esse idoneum nomen, dum tenues suspicantur esse facultates pupilli. Et solet prætor dum hac de re aditur excutere modum facultatum pupilli, & aperire, quod interest pupilli non fieri sæpissime, non publicari bona sua apud acta magistratus. Et ita, *l. 2. hoc tit.* dicit aliquando tutius esse alimoniorum taxationem permitti tutoris arbitrio, non adhibito decreto magistratus. Nec, inquam, sumptus omnes a tutore facti bona fide

ex iustis vel honestis causis, vel necessariis in alimoniam pupilli, in mercedem præceptorum, in institutionem pupilli, quæ omnia educationis verbum complectitur, & in educationem etiam ministrorum pupilli, vt ii, inquam, omnes sumptus bona fide facti in pupillum, etiamsi facti sint sine decreto prætoris, tutori accepto ferri debeant, *l. 3. sup. de administr. tut.* nec possit eos recusare pupillus in accipiendis tutelæ administrationibus, nisi probet eos sumptus factos esse in eam rem ab alio, non a tutore. Alioqui pupillus præsens præsumitur educatus, eductus, edoctus, altus a tutore de suo, de bonis propriis, nisi probet alios supeditasse eos sumptus, debet igitur eos agnoscere etiam factos in mercedem præceptorum, vt in *l. cum plures §. penult. D. de administ. tut.* quoniam eius interest maxime, ne educetur illiberaliter. Nec præsumitur vento vixisse, quod est prouerbiale, non more lupi, vt glossa ait, qui est voracissimus, sed vt veteres dicebant more Siluri. Silurus est piscis, σίλουρος vel γλάνιος Græcis, qui dicitur *esturgeon:* sturio enim nomen barbarum est: & hoc est certissimum. Nam inter peritos diu fuit agitatum de nomine Siluri, quod primus docuit Paulus Iouius libro de piscibus v. cap. IX. & libro IX. cap. XV. Sed valde fallitur dum de Siluro locum vnum Ambrosij interpretatur, ex lib. v. Hexam. cap. v. dum scilicet vult Ambrosius demonstrare, Silurum, quod habeat os angustum sub rostro, nutriri tantum suctionibus piscium minutissimorum, & quod etiam habeat ventriculum angustissimum. In quo si quæratur vnde nutriatur Silurus, nunquam iuuenietur, sed pisciculi, sed succus qui ingreditur in ventrem: dum scilicet ita refert Ambrosium ita scribere, inueniri, vt ait, inutilem prædam in ventriculo Siluri, viuere Silurum aliorum piscium vermibus. Sed sic scribit, *viuere minorum piscium visceribus.* & dum etiam male hæc interpretatur: *Captus est Silurus, & inutilis præda detecta.* Putat ille Ambrosium dicere, Silurum esse inutilem prædam piscantium. Non est inutilis præda Siluri dum in eius ventriculo nulla inuenitur præda, vt pene vento viuat & ideo dicamus, præsumi pupillum non vixisse vento more Siluri, sed de bonis propriis, sumptus suppeditante & moderante tutore, vel curatore. Igitur eos sumptus improbe recusat, nisi prohibet ab alio factos.

AD TITVLVM LI.

Arbitrium tutelæ.

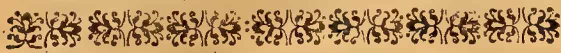
Satis iam dixit de ipso contractu, id est, de officio & administratione tutelæ, nunc venit ad actionem, quæ ex eo contractu nascitur, quam vocat *arbitrium tutelæ*, modo iudicium, modo arbitrium, & arbitrium quod huius iudicij potestas omnis fit in arbitrio iudicantis, qui excussis rationibus tutelæ, æstimat, quantum pupilli tutorem præstare aut reputare & pensare oporteat ex fide bona: est enim iudicium siue arbitrium bonæ fidei. Huic autem iudicio locus non est, nisi finita tutela, *l. 4. in pr. D. de tut. & rat. distr.* Imo nec actioni ex stipulatu locus est, nisi finita tutela, qua quidem tenetur tutoris fideiussor, qui cauit tutelam saluam fore, vel rem pupilli, *l. 4. §. hanc, & §. penult. ff. rem pup. salu.* Diuersum est in actione vtili negotiorum gestorum, qua curator tenetur. d. l. 4. Quæ est alia differentia inter tutorem & curatorem, quæ non fuit exposita *in tit. 36.* vbi alias differentias exposuimus inter tutorem vel curatorem. Diuersum est etiam in actione ex stipulatu, qua fideiussor curatoris tenetur, qui cauit rem adolescentis saluam fore, vel furiosi, vel prodigi. Aliud est etiam in actione protutelæ. Nam hæ omnes actiones competunt statim, vt quæque res minoris salua esse desinit, etiam nondum finita administratione, *l. cum*

A *curatore, D. de administr. tut. l. 1. §. sed etsi, D. de eo, qui protut. neg. gess. l. 16. §. vlt. ff. de tut. & rat. distr.* Videamus, quæ sit ratio differentiæ, cur in tutorem vel fideiussorem eius agitur finita demum tutela, in curatorem vel fideiussorem eius, vel in protutorem etiam manente administratione. Paulus *in l. 4. §. vlt. D. de tut. & rat. distr.* satis habet hanc rationem reddere, quod mirum est: Quia non idem in actione negotiorum gestorum constitutum est, *quod in actione tutelæ, dum impubes est, cuius tutela geritur,* quod perinde est ac si diceret id, quod est in *l. 16. non omnium, ff. de legib. non omnium quæ a maioribus constituta sunt ratio reddi potest.* Et accommodate ad *leg. non omnium* sumetur exemplum ex *d. l. 4. §. vlt.* atque etiam ex *l. liberum, de relig.* Sed tentemus tamen aliquam reddere differentiæ rationem, licet vti eadem, qua sumus vsi in titul. 36. quærentes cur tutorem
B habenti regulariter tutor non detur, sed curatorem habenti curator detur: nam vtrobique est eadem ratio. Differentiam enim facit ratio potestatis, quam tutor habet in caput pupilli, quam non habet curator: Non ago cum patre, in cuius sum potestate, hoc non patitur potestas, non ago etiam cum tutore, in cuius sum potestate, videlicet ex causa tutelæ, actione tutelæ, vel actione legitima de rationibus distrahendis ex duodecim tabulis, quæ datur in duplum aduersus tutorem, qui intercepit pecuniam pupillarem, qui furatus est, imo nec ex alia vlla causa nondum finita tutela pupillo in tutorem datur actio, quæ cœperit tempore tutelæ, non fur-
C ti, non legis Aquiliæ, si quid culpa tutoris deperierit, non condictio furtiua, *l. 9. §. vlt. adhibita l. seq. D. de tut. & rat. distr.* Et omnino pupillo non est actio cum tutore suo vlla, nisi ex causa præcedente tutelam, ex contractu tutela vetustiore, quam in rem ei datur specialis tutor vel curator, de quo actum est in *tit. de in lit. dand. tut. sup.* Sic igitur ratio potestatis vetat agi cum tutore, cuius potestati liberum caput commissum est, quæ ratio potestatis cessat in curatore & in protutore. Posset quis contendere idem esse in tutore & curatore, vt nec causa potestatis agi possit cum curatore negotiorum gestorum, nisi finita demum cura, fortiter ex *l. 2. & l. 12. sup. de adm. tut.* In quibus ostenditur, rationes curationis administratæ non iure exposci manente administratione. i. non agi vtili negotiorum gestorum aduersus curatorem; & si duo sint curatores, non posse al-
D terum cum altero agere negotiorum gestorum, quamdiu communis administratio durat: Sed si quis eorum non ex fide curam gerat, ab altero est postulandus suspectus & remouendus, ac deinde agetur cum remoto negotiorum gestorum, non ante remotionem, vt in *l. actus, D. de adm. tut.* Ergo videtur nulla esse differentia inter tutorem & curatorem. Sed recte Accurs. notauit, nullam etiam esse differentiam inter tutores & curatores, videlicet si a curatore exigetur ratio totius administrationis, quasi curatione finita, quæ durat. Nam vt de tutore dicitur in *l. 9. §. & generaliter, D. de tut. & rat. distr.* ideo non agit tutelæ, nisi tutela finita sit, quod absurdum sit administrationis rationem negotiorum pupilli a tutore exposci, in qua adhuc perseuerat. Hæc
E vtilitatis ratio exigit, vt tutelæ actio differatur in tempus pubertatis, *l. 16. ff. eod. tit.* vel in aliud tempus finitæ tutelæ. Finitur autem variis modis. Hæc autem ratio obtinet etiam in curatore, quod absurdum sit a curatore exigi rationem administrationis, in qua adhuc perseuerat, quandoquidem obiicit, nondum peregi administrationem, nondum impleui officium meum, nimis festinas agere & reposcere rationes negotiorum nondum peractorum. Ergo ita dicamus, certa de re, quæ salua esse desierit dolo aut culpa curatoris, posse agi etiam manente administratione, sed non generali iudicio. Et ita loquitur manifeste *d. l. 2. & l. 12. sup. de adm. tut. & d. l. actus.* Et vt hoc dicam apertius, hac in re nihil distat tutor a curatore, si agatur generali iudicio tutelæ, vel

vel generali iudicio negotiorum gestorum. Nam vtraque actio est generalis, id est, non negotii certi, sed negotiorum complurium, *l. pro socio arbiter, ff. pro soc.* Et hoc tantum distat, quod tutelæ iudicium semper est generale, quod tantundem est, ac cum dicis, tutelæ iudicio agi finita demum tutela; iudicium negotiorum gestorum etiam speciale esse potest, *l. 3. §. negotia, ff. de neg. gest.* dum ait, *negotia sic accipe, siue vnum siue plura.* Ergo de vno negotio recte agam cum curatore, manente administratione, non de administratione vniuersa, quia intempestiua & immatura actio est, quæ generaliter instituitur. Et hæc omnia valde notanda sunt. His addamus obseruata *l. 3. hoc tit.* arbitrium tutelæ dari non tantum in tutorem finita tutela, vt dixi, sed etiam in curatorem pupilli. Nam omnino *d. lex 3.* significat, tutelæ conueniri curatorem pupilli, quod est valde nouum. Et sane hoc olim fuit controuersum iter prudentes, an curator pupilli teneretur actione tutelæ, vel saltem protutelæ, quia curator pupilli instar est tutoris, & vt tutela finitur pubertate, ita etiam curatio, quæ imitatur tutelam, *l. 2. & 3. in quibus caus. tut. sup. l. curatorem, D. de tut. vel cur.* Sed Vlpian. *in l. 1. § si curator, D. de eo, qui pro tut. neg.* verius esse ait, in re nimirum controuersa, vt pupilli curator non conueniatur protutelæ iudicio, quia nulla alia significatio horum verborum est, *qua officio curatoris functus est*, quam vt teneatur actione negotiorum gestorum. Sed tamen controuersiæ veteris vestigium exstat in hac *l. 3.* quæ in curatorem pupilli dat iudicium tutelæ. Et hoc ita annotauit Thalelæus in hac l. 3. dum scribit in hanc sententiam. *Erat sententia quorumdam Iurisc. qui existimabant curatorem pupilli tutelæ teneri exemplo tutoris, quæ nunc non obtinet.* Cæterum etiamsi titulus nobis exponat tantum actionem tutelæ illis verbis, *arbitrium tutelæ*, tamen sub hoc titulo tractatur etiam de arbitrio negotiorum gestorum, id est, de vtili actione negotiorum gestorum, qua tenetur curator, non directa, qua tenetur gestor voluntarius, id est, qui vltro accesserit ad negotia aliena, vtili autem tenetur qui coactus suscepit negotia aliena, veluti curator. Nam etiam tutela & cura inuito deferuntur quasi munus ciuile & publicum. vt sæpe quæ sunt scripta de tutore ad curatorem trahuntur, ita quæ sunt scripta de actione tutelæ, trahuntur ad vtilem actionem negotiorum gestorum, quæ competit administra ionis siue curationis causa, de qua in hoc tit est *l. 7. & l. vlt.* Quæ quam affines sint vt intelligatis, notandum in hoc titulo, in vtramque venire id quod interest, vt in *l. 4.* vt scilicet reddant rationes administrationis, & quicquid reliquorum nomine debent, qui negotia gesserunt, in *l. 9. hoc tit.* Nam & rationum ipsum nomen continet etiam reliqua, *l. cum seruus, ff. de cond. & dem.* Et rursum quicquid dolo vel culpa lata, aut leui, eorum scilicet tutorum & curatorum qui negotia gesserunt, minores amiserunt, vel non acquisierunt, *d. l. 7.* Nam & minores restituuntur in integrum, non tantum si quid amiserint, sed etiam si quid non acquisierint, *l. penult. sup. de in integr. rest.* Hæc veniunt in vtramque actionem. Denique tutor vel curator præstat dolum, culpam latam & leuem, & quantam in rebus suis diligentiam, *l. 1. in princ. D. de tut. & rat. distr. l. a tutoribus, D de adm. tut.* Vno casu latam culpam tantum, videlicet in exigendis nominibus, non quæ ipse tutor fecit, vel curator minoris nomine, sed in nominibus paternis, & vetustioribus contractis ante tutelam. in iis exigendis arguitur tantum tutor ob latam culpam, id est, nimiam cessationem, remissionem, negligentiam. Et ita est explicanda *l. 2. hoc tit.* Altero etiam casu præstat tantum latam culpam, dissolutam culpam, manifestissimam negligentiam, videlicet si emerit pupillo prædium bona fide, nihilque egerit in ea re, dolo malo forte maioris emendo, quam fuerit æquum, in gratiam venditoris: sed si, vt dixi, bona fide emerit, verum minus bonam conditionem elegerit, *si*

A *la terre n'est pas fort bonne.* in ea re satis erit si præstet latam culpam, id est, si nimis negligens videatur fuisse in eligenda conditione prædii, vt hoc solo casu teneatur, nec in eo arguatur leuis negligentia. Et vtraque etiam actio est bonæ fidei, & vtraque est priuilegiaria, *l. dabimus, ff. de reb. auct. iud. poss.* Et in vtramque veniunt vsuræ, & vtrique actioni datur tacita hypotheca, *l. 22. sup. de administrat. tut.* Et si sint plures tutores vel curatores, & agatur de summa administrationis, omnes sunt conueniendi apud eundem iudicem, *l. 5. hoc tit. l. 2. ff. de quibus reb. ad eund.* Et rursus si sint plures tutores vel curatores, prius conuenietur, qui administrauit, nec enim plerunque omnes administrant, sed constituitur vnus ex multis, qui solus administrat præstita satisdatione: vt
B igitur prius conueniatur, qui administrauit, *l. 6. hoc tit. l. 2. inf. de hered. tut.* deinde is, qui non administrauit, vt conueniatur culpæ nomine quod administratorem non admonuerit officij sui, vel quod mala fide versantem in administratione non suspectum postulauerit. Ac præterea ex pluribus qui gesserunt, vnus potest eligi, a quo minor suum repetat, cessis eidem actionibus aduersus collegas, vt in *l. 6. hoc tit.* Item vtraque actio est perpetua, id est, non finitur nisi silentio 30. annorum, *l. aduersus, sup. de neg. gest. l. 8. hoc tit.* In qua corrigendus est vnus locus, ille scilicet, *nouatione aut acceptilatione:* nam pro disiunctione est ponenda coniunctio, vt in veteribus quibusdam, & in Basilicis: *nouatione atque acceptilatione:* nam & ita res solet geri: quod debetur ex causa tutelæ, nouatur in verborum obligationem, deinde verborum obligatio tollitur acceptilatione, quia
C verbis non tollitur, nisi quod verbis contractum est. Et ideo *lex 8.* dicit, vel tutorem liberari transactione, quod fit per exceptionem pacti, vel nouatione atque acceptilatione, quod fit ipso iure. Vtraque etiam actio datur heredi & in heredem *l. 12. hoc tit.* Quod dicitur ad differentiam actionis de rationibus distrahendis *ex 12. tab.* quæ non datur in heredem, quia est pœnalis, id est, in duplum, *l. 9. §. penult. ff. de tut. & rat. distr.* Ac postremo in vtramque venit etiam id, quod gestum est post finitam administrationem, si connexum fuerit tutelæ negotium, vel curæ: & connexa dicuntur sine quibus negotium perfecte expediri non potest, & quæ separari vel disiungi non possunt, *l. 11. hoc tit. l. ita autem §. si tutor, & §. vlt. ff. de adm. tut. l. 13. ff. de tut. & rat. distr. l quid ergo §. penult. de contr. tut. l. cum actum, ff. de neg.*
D *gest.* Hi omnes loci sunt de connexis, in quæ actiones veniant. Etiam illud non omittam, quod Iustinianus notat in *l. vlt. hoc tit.* in reddendis rationibus, cum quæritur de modo bonorum pupilli, de quantitate bonorum pupilli, stari inuentario publice confecto, etiamsi ampliorem quantitatem contineat, etiamsi falsam quantitatem contineat, & ex eo damnari tutorem, qui ei subscripsit, quique id publice fieri curauit. Itaque cautione maxime opus est in conficiendo inuentario. Non tenebitur tutor ex nudo sermone, si forte laudans pupillum, locupletiorem eum esse dixerit quam sit, *d. l. vlt.* sicut etiam non attendimus æstimationem patris defuncti, quam fecit moriens. sæpe errant patresfam. in æstimandis suis bonis. Idcirco non attendimus eorum æstima-
E tionem, *l. 1. hoc tit.* Et vltimo valde notandum censeo, quod est in *l. 10. hoc tit.* propterea quod hodie inuenio sæpe promotis ad munus publicum seu honorem, & sua industria forte vel parsimonia factis ditioribus, qui ante inopes erant, obiici eis suspicionem deprædati fisci, suspicionem sordium, aut gratiæ, denique suspicionem male partarum diuitiarum. Nam ita legimus Auidium Cassium dicere apud Volcatium Gallicanum: *Audisti præfectum pratorij nostri philosophi ante triduum quam fieret mendicum & pauperem, sed subito diuitem factum, vnde quæso, nisi de visceribus Reip. prouincialiumque fortunis?* Et iudicium istud si adiuuetur aliis adminiculis & probationibus, vtique non est contemnendum: Sed non

ex eo solo est argumentandum temere, quod hæc verba *l. 10.* demonstrant elegantissime: *Nam quod, &c.*



AD TITVLVM LII.

De diuidenda tutela, & pro qua parte quisque tutorum conueniatur.



Hic titulus est de diuisione administrationis & actionis tutelæ, & docet pro qua parte actio tutelæ diuidatur inter tutores. Diuidere trahit secum etiam non diuidere, vt facere non facere, id est, vbi de vno tractatur, necesse est etiam de altero tractari: sicut solet contrariorum esse eadem disciplina. Igitur hæc omnis quæstio, quæ est celeberrima, & admodum necessaria, eo pertinet, vt sciamus, cum plures sint tutores vel curatores: nam & tutores ad se pertrahunt curatores, pro qua parte in singulos agi possit, & quando in vnum ex pluribus in solidum. diuidere est agere pro parte in singulos: non diuidere est agere in solidum in vnum e multis: Quid vero hac de re statuendum sit paucis dabo. Aut diuisa est administratio tutelæ in partes, vel in regiones, vel in prouincias, aut indiuisa. Si diuisa est, aut a testatore, aut a iudice diuisa est & distributa, aut a tutoribus ipsis inter se. Si diuisa est a testatore, vel a iudice, actio etiam tutelæ diuidetur, vt pro ea tantum parte quisque conueniatur, quæ ei attributa est, non pro parte collegarum, id est, contutorum, nisi dolus eius aut culpa arguatur, quod collegam vel collegas, id est, contutores suspectos non fecerit, euersis iam eorum facultatibus, vel quod lusorie suspectos fecerit, id est, per collusionem prodita causa pupillorum. Hoc enim casu conuenietur in solidum, *l. 2. §. in diuisionem, hoc tit. l. si duos, ff. de adm. tut.* Iulianus Antecessor in collectione quadam, quam fecit hac de re, & edita est, sic scribit: *Si diuisa sit tutela a testatore vel iudice, vnusquisque pro sua administratione tenetur, nisi forte, cum oportebat contutorem remouere vt suspectum, omnino non remouit aut tardius remouit.* Sic est legendum apud Iulianum. Et hoc si diuisa sit tutela a testatore vel a iudice, vt dixi: Sed si ipsi tutores sine iudice & sine præcepto testatoris tutelam inter se diuiserint, singuli actione tutelæ in solidum tenentur, perinde atque si inter se administrationem non diuisissent, sed tutelam gessissent communiter & indiuise, *l. 2. hoc tit.* Quia conuentio tutorum non potest diuidere officium tutelæ, quod est indiuiduum, nisi id diuiserit testator aut iudex. Conuentio tutorum non potest diuidere administrationis periculum, quod est commune omnium tutorum, *l. 3. hoc tit.* Et generaliter conuentio non potest lædere ius alterius, *l. 3. ff. de transact.* Ergo & in fraudem pupilli inutilis est diuisio administrationis, quam fecere inuicem tutores sine iudice. Et breuiter, etiamsi tutores ipsi inter se administrationem diuiserint, perinde omnia seruantur, atque si communiter tutelam gessissent pro indiuiso. Qua de re nunc est dicendum plenius. Satis dictum est de tutela diuisa. Dicamus igitur de indiuisa. Si indiuisa sit tutelæ administratio, vel quod idem est, vt dixi, si ipsi tutores soli inter se diuisionem fecerint, quoniam ea diuisio non lædit ius pupilli, & quantum ad pupillum, irrita inutilisque, habetur pro non facta. Hoc ita distinguimus: Aut omnes gesserunt communiter tutelam, aut nulli gesserunt: aut quidam gesserunt, quidam cessarunt. Si omnes gesserunt communiter pro indiuiso vel etiam pro diuiso, vt dixi, facta priuatim tantum inter eos diuisione sine iudice, vel si nulli gesserunt & administrarunt tutelam (nihil enim interest) singuli actione tutelæ tenentur in solidum, & eligere potest pupillus, cum quo experiatur in solidum, cum hac conditione tamen, vt is, quem elegerit, condemnauerit, exegerit, cedat actionibus suis aduersus alios, *l. 6. §. 1. sup. arb. tut. l. 2. in pr. hoc tit.* In hac leg. 2. studiosis est omne operæ pretium quæstionis huius. Hoc autem, vt possit eligere pupillus ex eis, quem conuenit in solidum, omissis cæteris, ita verum est, nisi omnes tutores soluendo fuerint tempore litis contestatæ, quod & Iulianus notat in supradicta collectione. Hoc enim casu is, quem elegit pupillus & conuenit in solidum, opposita exceptione potest desiderare, quod omnes collegæ sint soluendo, actionem diuidi inter omnes pro virilibus portionibus, vel pro rata eius quod quisque gessit, *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tut. & rat. distr.* Exemplo scilicet fideiussorum plurium, vel mandatorum, qui ex epistola Adriani notissima etiam omnibus tabellionibus, si omnes soluendo sint tempore litis contestatæ, diuidunt inter se actionem pro virilibus portionibus, nisi renuntiatum sit beneficio Epistolæ D. Adriani, id est, beneficio diuisionis in ipso contractu, quod beneficium diuisionis porrexit etiam Iustinianus ad omnes correos debendi, *Nou. de duobus reis 99.* Vel etiam si pupillus non eligat vnum ex tutoribus, sed cum omnibus agat & condemnet omnes, periculum sententiæ diuiditur inter eos pro virilibus portionibus, id est, actio iudicati, *l. 2. inf. si plures vn. sen. cond.* Et hoc, vbi omnes fuerint soluendo litis contestatæ tempore. Quid si omnes eo tempore soluendo non sint, vel non sufficiant indemnitati pupillo præstandæ? Hoc casu ij, qui non sunt soluendo, onerant idoneos tutores, & locupletes qui sunt pares soluendo. Igitur, si vnus tutor sit soluendo, cæteri non soluendo litis contestatæ tempore, ille qui soluendo est conuenitur in solidum, nec poterit vti beneficio diuisionis, *l. 2. ff. ex quibus causis ad eund. iud.* Cæterum pupillus ei cedet actionem aduersus collegas, *l. ex pluribus, ff. de adm. tut.* vel sine cessione dabuntur vtiles ex constitutionibus, *d. l. 1. §. nunc tract. D. de tut. & rat. dist. l. 2. inf. de contr. iud.* Et hoc ita procedit si conueniatur vnus in solidum ex communi culpa, vel ex culpa eorum qui soluendo non sunt: Nam si conueniatur ex dolo communi omnium, vel contumacia omnium, id est, ex cessione omnium improba, ei neque ceduntur actiones directæ conuento in solidum, neque dantur vtiles aduersus collegas *d. l. 1. §. plane ff. de tut. & rat. distr. l. si pluribus, ff. de adm. tut.* Optima ratione, quia proprii doli, proprii delicti, propriæ contumaciæ pœnam tulit, quæ res indignum eum facit, vt quidquam consequatur a cæteris doli eiusdem aut contumaciæ participibus, quia nulla est societas maleficiorum, nulla iusta communicatio damni ex delicto. Ad hæc notandum est, non statim onerari tutorem idoneum, propter non idoneum, quoniam prius excutiendus est is, qui dicitur non idoneus vel heres eius, & fideiussor eius, & tandem magistratus municipalis, qui eum dedit non exacta satisdatione *l. Luc. §. penult. ff. de adm. tut.* Et si ab iis personis pupillus suum seruare non possit: tum demum venit ad contutorem idoneum, eumque exigit in solidum. Et vnus tantum casus est quo contutor idoneus statim conuenitur in solidum propter non idoneum, excusso magistratu municipali, si tutor idoneus ob hoc conueniatur, quod collegam suspectum facere, vel ab eo satisdationem exigere supersederit, *l. 2. & 5. ff. de mag. con.* Et hæc est sententia *l. 1. §. vsque adeo, ff. de tut. & rat. distr.* Vbi potius est legendum, *si non sint soluendo contutores.* Et ita vulgo legunt Latini Græcique perspicue, rectius quam sit scriptum in Florentinis, & in illa collectione Iuliani detracta negatione: Nam in Florent. est manifesta traiectio negationis e suo loco in alium, quandoquidem in eo *§. vsque adeo,* vulgo omnes Græci & Latini, & Iulianus ipse legunt, *si contutor ob hoc conueniatur quod suspectum facere aut satis exigere noluit,* vt scilicet hoc casu prius conueniatur quam magistratus municipalis. Et hanc sententiam asserit etiam fortiter Hugolinus, vt cum in Florent. sit scriptum, *si non contutor ob hoc, &c.* appareat eo loco abundare negationem, quæ

quæ in eodem exemplari paulo ante desideratur, illo loco; *si sint soluendo contutores*, manifesta traiectione negationis. Nunc videamus quoniam ille articulus explicitus est, si omnes gesserunt pro diuiso ex priuata conuentione, vel si nulli gesserunt: videamus & quæramus quid sit dicendum de altero articulo, si quidam gesserint tutelam, & quidam cessauerint. Et ius ita est, vt conueniantur prius, qui gesserint, si soluendo fuerint tempore finitæ tutelæ, *l. 6. sup. titul. proxim. l. 3. hoc tit. l. 2. inf. de hered. tut. l. 1. inf. si tut. vel cur. reip. causa abs.* Satis est si tempore finitæ tutelæ qui eam gesserunt, soluendo fuerint, vt cæteri qui non gesserunt omnino liberentur: nam si post finitam tutelam fiunt non soluendo, hoc non onerat cæteros, qui nihil gesserunt, sed cedit periculo minoris ipsius, aut curatoris qui tutelæ rationes in tempore non exegerunt, *l. 1. hoc tit.* Si vero B soluendo non sint qui gesserunt tutelam tempore finitæ tutelæ, neque fideiussores eorum, neque magistratus municipales qui eos dederunt non exacta satisdatione, tum conueniuntur vtili actione tutelæ qui non gesserunt, quia suo periculo cessauerunt, *l. 4. §. 1. D. rem pupil. sal. for. l. tres tutores, D. de adm. tut.* Verum hic ordo conueniendi tutoris non seruatur in eo, quod ex communi dolo periit pupillo: ex hac enim causa cum quo libuerit pupillo congredi licet, *l. 2. inf. si tutor, vel cur. non gess. l. tutores §. in eum, D. de adm. tut.* Seruatur tamen is ordo si quid periit culpa leui omnium, vt etiam Iulianus scribit in illa collectione. Et placet etiam quod ibidem Iulianus notat, etiam eum videri non administrasse tutelam, qui rem aliquam aut partem, de qua agitur, non attigit, etiamsi alias res attigerit, quia quantum ad eam C rem verum est eum non gessisse, non se miscuisse administrationi. Et hoc etiam comprobat lex 2. *D. de magist. conueniendis.*

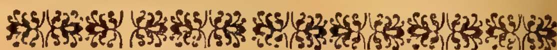
AD TITVLVM LIII.

De in litem iurando.



Hic titulus 53. *est de iureiurando in litem,* quod in arbitrio tutelæ defertur adolescenti, vel curatori eius, & curatori volenti non inuito, *l. 1. & 2. hoc tit.* Et nihil aliud est iusiurandum in litem, quam æstimatio religiosa eius rei, de qua agit D adolescens: vel pupilli, adolescentisve tutor aut curator aduersus tutorem aut curatorem, aut breuius, iusiurandum in litem est pretium quod iuratus rei suæ ponit atque constituit is, qui agit tutelæ, vel vtili negotiorum gestorum ex curationis causa. *Litem* enim dicimus rem in iudicium deductam, vel id quod interest. Est igitur iusiurandum in rem æstimandam qua de agitur. Dubitabant veteres *rem* an *litem* dici oporteret: hodie promiscue dicimus *rem* vel *litem* vt in 12. *tab* rei vel litis arbitros tres danto; iusiurandum ergo in litem est, quo æstimatur lis, id est, id quod interest, siue res de qua agitur, quod idem est. Hæc vero res quæ in iudicium deducta est, aut æstimatur a iudice vero & iusto pretio, videlicet si dolus & contumacia, vel lata culpa eius vnde petitur nulla arguatur, *l. 2. in fi. hoc tit.* cum iudex æstimat rem E in iudicium deductam, vero pretio æstimat id quod interest, vel ea res æstimatur ab actore iurato, si dolo aduersarij vel lata culpa res, qua de agitur, non restituatur, vel non exhibeatur. vtroque genere, id est, siue æstimet rem iudex, siue petitor iuratus, fit vera venditio rei siue litis. Litis æstimatio venditio est, sed priore genere, id est, æstimante iudice, fit iusto pretio: posteriore genere, id est, æstimante domino litis, fit etiam iniusto & immenso coercendi aduersarii gratia ob dolum eius, vel latam culpam, quæ vulgo præsumitur esse dolo proxima, ac pene dolus, vel ob eius contumaciam, id est, cessationem in administranda tutela, quæ etiam nihil aliud est quam dolus malus, & fraus, *l. si plures, D. de admin. tut. l. 2. hoc tit.* in qua, vt hoc admoneam, illo loco, *dolo, vel circumueniendi pupilli gratia,* omnino delendus est ille articulus, *vel,* vt sit, *dolo circumueniendi pupilli gratia,* quod est perspicue verum. Igitur iudex æstimandæ litis gratia, ei qui agit tutelæ, vel vtili negotiorum gestorum, defert iusiurandum ob dolum tantum, vel latam culpam tutoris aut curatoris. Et quantum actor iuratus rem siue litem æstimauerit, in tantum iudex plerunque condemnat reum, *l. 1. 2. & 3. hoc tit.* Id vero nunquam defertur ob leuem culpam tutoris vel curatoris, sed ipse iudex facit pretium verum & iustum, quod probat apertissime *l. videamus, in fi.* quæ tota est de actione tutelæ, *D. de in lit. iur.* Et vehementer errant vulgo qui æstimant ob leuem culpam in tutorem deferri iusiurandum in litem, hoc enim nullo modo probat *lex 4. hoc tit.* ex quo duxerunt istum errorem ac si diceret: alio iure esse tutorem, alio heredem tutoris, quod etiam ob leuem culpam in tutorem iuretur in litem, in heredem autem tutoris ob dolum tantum, vel latam culpam. Quæ differentia falsissima est, & longe alia mens huius *l. 4.* videlicet in tutorem iurari in litem, si inuentarium ceteraque instrumenta pupillaria non exhibeat. Item si inuentarium nolit facere, *l. tutor. 7. D. de administ. tut.* Item si rem pupilli restituere nolit finita tutela, *l. tutor, D. de in lit. iur.* quia hæc omnia dolo malo facit, & fraudulenter. Ex dolo igitur tutoris vel lata culpa, quæ & ipsa dolus est, in tutorem actori deferri iusiurandum in litem: In heredem autem tutoris conuentum actione tutelæ, ex dolo vel lata culpa tutoris non deferri iusiurandum in litem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto, sed ex dolo proprio tantum ipsius heredis, vel ex lata culpa ipsius heredis propria, *l. 1. 2. & 5. hoc tit. l. 4. §. 1. D. de fideius. tut.* Et hæc est elegantissima sententia *l. 4. hoc tit.* non illa quam referunt. Et notandum quod dixi, contra heredem tutoris conuentum actione tutelæ ex dolo tutoris non iurari in litem. non dixi, heredem non teneri actione tutelæ ex dolo vel lata culpa tutoris: sed in eum non iurari in litem, nisi ex proprio dolo, non ex defuncti dolo. Nam certum est, heredem ex dolo vel lata culpa tutoris teneri actione tutelæ in solidum, id est, etiamsi ex dolo defuncti nihil ad eum peruenerit, *l. ex depositi, & l. ex contractibus, ff. de obligat. l. vlt. ff. de fideiussor. tut.* Et generaliter heres quicunque, vt ex illis locis apparet, tenetur ex delicto defuncti, id est, ex dolo, actione ex contractu, non actione ex delicto: & si heres defuncti tutoris tenetur actione tutelæ ex dolo defuncti, vel lata culpa, id est ex delicto, & multo magis ex leui culpa, id est, ex cessatione & negligentia qualibet tutoris, vt *l. 2. & 4. tit. seq. l. 4. de magist. conuen.* in quo etiam peccant vulgo, dum existimant heredem teneri ex dolo vel lata culpa defuncti tutoris, non ex leui, quod est absurdum. Hoc enim est perinde ac si diceres, heredem non teneri ex contractu defuncti, nisi ex causa doli, aut latæ culpæ, non si dolus aut lata culpa abfuerit. Notantur ergo a me duo vulgares errores. Vnus, vt in tutorem iuretur in litem ob leuem culpam, male percepta *l. 4. hoc tit.* Alius vt heres tutoris non teneatur ex leui culpa defuncti, qui tenetur ex delicto defuncti. Qui duo errores sunt maximi. Sed notandum ad hæc maxime, heredem tutoris (quod de herede cuiuscumque dici potest) non teneri ex omni dolo, vel lata culpa tutoris, vt declarat *l. 1. tit. seq.* sed ex eo tantum dolo, qui damnum & deminutionem attulit rebus pupilli, qui deminuit patrimonium pupilli, qui spoliauit pupillum, vt inquit *l. 1. tit. seq.* si quid tutor lucratus sit ex damno pupilli, si intercepit pecuniam pupilli, si quid deprædatus est, si grassatus est in re pupillari, licet ex eo dolo nihil ad heredem peruenerit tutoris, tamen id damnum debere præstare pupillo in solidum. Idem etiam erit, si quid alter lucratus sit ex damno pupilli, per gratiam tutoris *par la faueur du tuteur,* veluti re pu-

pilli alteri vendita viliore pretio, vt in *l. 6. sup. arb. tut.* A quæ gratia adscribitur latæ culpæ, *l. si procuratorem*, §. *vlt. D. mand.* Et lata culpa præsumitur semper esse dolus: lata culpa est dolus præsumptus, non omnino euidens, *l. quod Nerua, ff. depos.* Ex iis igitur causis, quibus minuitur res pupilli, aut deterior fit dolo vel lata culpa tutoris, heres eius tenetur actione tutelæ in solidum, etiamsi nihil ad eum peruenerit, non temere ex aliis causis, aut ex quolibet alio dolo. Et rectissime vt memini me docere obser.13. Græci in *Basil. in l. 1. tit. seq.* detracta negatione affirmate legunt hoc modo: *heredes tutorum ob negligentiam quæ latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet.* denique Basilica manifeste ostendunt esse legendum in l. 1. h. tit. *quæ latæ culpæ*, detracta negatione, vt sit hæc sententia, heredem tutelæ teneri B in solidum ex dolo vel lata culpa tutoris, qua deminuta est res pupilli vel deterior effecta in lucrum tutoris, vel alterius per gratiam tutoris: non teneri ex alio quocunque dolo, nisi lis fuerit cum defuncto contestata. Qui existimabant heredem tutoris non teneri ex leui culpa tutoris (quod est iniquum) iunxerunt negationem in illa *l. 1.* & etiam in *l. 2. inf. de mag. con.* Et ita hæc interpretatio, fidaque correctio *l. 1. tit. seq.* quam summe notandam censeo atque retinendam, patefacit perspicue iam quid sit quod ait Iustinian. in §. *aliquando, Instit. de perpet. & temp. act.* aliquando actionem ex contractibus non dari in heredem, vt puta si defunctus dolose versatus sit, & nihil ex eo dolo ad heredem peruenerit. Sciendum est, duas esse regulas iuris: Actione ex delicto pœnali ob dolum defuncti non teneri heredem, nisi quatenus ad eum peruenerit ex delicto defuncti. Altera regula hæc est: Ex dolo defuncti, ex actione ex contractu defuncti, licet in eo versetur dolus, ob dolum C defuncti, vel latam culpam heredem teneri, etiam si nihil ad eum peruenerit ex eo dolo defuncti. Sed posteriori additur exceptio *in d.* §. *aliquando*, dum ait: Aliquando ex contractu in heredem non dari actionem, si nihil ad eum peruenerit ob dolum malum defuncti. Quando vero hoc fiat, docet *l. 1. tit. seq.* Si dolus defuncti rebus actoris diminutionem non attulerit, heres non tenetur ob eum defuncti dolum, damno tantum sarciendo obnoxius est, quod intulit defunctus alteri dolo malo vel lata culpa: Nam vt refutemus aliorum interpretationes *ad* §. *aliquando,* & probabiles tantum (nam aliæ sunt solo contemptu & silentio dignæ vt explicent hunc §. *aliquando.*) putant excipi in illo §. interdictum de precario, propterea quod in *l. quæsitum* D *in fi. D. de prec.* dicitur, interdicto de precario ex dolo defuncti heredem teneri hactenus, quatenus ad eum peruenit. Ergo non teneri si nihil peruenit. Et interim non afferunt rationem, cur hoc sit speciale in precario, nec possunt adferre. Sed facile nimis capti sunt illis verbis *leg. quæsitum,* heredem teneri, ex dolo scilicet defuncti hactenus, quatenus ad eum peruenit. Nam ideo non sequitur, quin etiam teneatur vltra id quod peruenit, id est, in id quod non peruenit ad se, sed ad alium dolo defuncti, si quid lucratus sit reus, vel alter eius beneficio & gratia ex damno actoris: etenim *l. 4. inf. tit. seq.* dicitur, heredem tutoris teneri in id quod peruenit. Vnde iam patefit vitiose colligi, non teneri etiam eum in id quod non peruenit, si dolus defuncti rem actoris E diminuerit, vel dilapidauerit malo more & improbato. Alij vero etiam male existimant *in eo* §. *aliquando* excipi actionem specialem depositi, de eo quod depositum est in tumultu, aut ruina ædium, aut incendio, aut naufragio, in trepidatione quadam & consternatione mentis. Nam & actio depositi ex his quatuor causis, tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, est pœnalis actio in duplum, in quam venit dolus depositarii, vel heredis eius proprius dolus. Nam ex hac causa, ex dolo defuncti, heres non tenetur in duplum actione depositi. Hoc etiam exemplum non est accommodatum ad §. *aliquando*, neque conueniens. Nam actio depositi potius videtur esse ex delicto, quam ex contractu, cum & sit pœnalis in duplum. Et idcirco secundum priorem regulam, hac actione non tenetur heres ex dolo defuncti, sed ex dolo proprio tantum, vt in §. *plane si, Instit. de action.*



AD TITVLVM LIV.

De heredibus tutorum vel curatorum.



Vod dixit supra tit. generali scilicet arbitrium tutelæ, id est, tutelæ actionem dari heredi & in heredem, *l. pen.* id specialiter exsequitur in hoc tit. Cur specialiter? Quia alio iure est actio tutelæ, quæ datur heredi & in heredem, & alio iure actio tutelæ, quæ datur tutori & in tutorem. Ac primum occupauit in tit. superiori *l. 4.* indicare vnam differentiam, quod scilicet ex dolo aduersus tutorem iuretur in litem, sed non aduersus heredem, nisi lis fuerit contestata cum defuncto. Addantur etiam aliæ duæ differentiæ. Actio tutelæ, quæ heredi pupilli competit, non est priuilegiaria; pupillus habet priuilegium personale, & priuilegium tacitæ hypothecæ heres eius non habet, *l. ex pluribus, de adm. tut. l. dabimus, D. de reb. auct. iud. poss. l. 1.* §. *idem principes D. ad leg. Cor. de fals.* Ergo non est eadem actio tutelæ, nec eodem iure est qua pupillus agit: & actio tutelæ, qua heres pupilli agit. altera est priuilegiaria, altera non est priuilegiaria. Et rursum actio tutelæ, quæ in tutorem datur, famosa est, non qua agitur in heredem tutoris, *l. furti* §. *si quis alieno, &* §. *penult. D. de his qui not. inf.* In hoc autem proposito heredem vel heredes accipimus in infinitum, vt contineantur etiam heredes heredum, quod in tit. sup. ostendit l. 2.



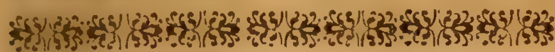
AD TITVLVM LV.

Si tutor vel curator non gesserit.



At tit. *Si tut. non gess.* vt resumat quod dixit in tit. generali *arb. tut. l. 6.* etiam eum qui non gessit tutelam teneri arbitrio tutelæ, vtili scilicet non directo, & excusso eo prius atque conuento qui gessit vt in *l. 1. hoc tit.* in prima parte *l. 8. sup. de admin. tut. l. 3. sup. de diu. tut.* & vt doceat specialiter cessationis rationem esse reddendam, etiamsi non defuerint qui gererent tutelam, vt ait *l. 2. sup. tit. proximo.* Si nemo gessit tutelam, quia non apparet quis sit prior, quis posterior, quisue ordo in eis conueniendis sit seruandus, cum sit omnium contumacia par, vel culpa lata, perinde omnes tenentur, atque si communiter tutelam indiuisam administrassent, *l. 2. hoc tit.* in secunda parte, quod a me latius explicatum est in tit. *de diu. tut.* Vbi alii gesserunt, alii non gesserunt, si forte qui gesserunt soluendo non sint, conuenientur qui non gesserunt vel culpæ nomine, quod contutores suspectos non fecerint, *l. 2. tit. seq. & d. l. 6. sup. arb. tut.* Vel si is qui tutelam administrauit, qui tutelam gessit, solus patronus sit cæterorum contutorum, vt non possit postulantibus collegis suis libertis accusari suspecti, ob dolum & fraudem, quod actio suspicionis sit famosa, quam vnusquisque intendit suo nomine, & quasi publico nomine, quia quasi publica actio est, quod pateat omnibus, hoc pietatis officium pupillo præstare paratis, *l. 1.* §. *consequens, D. de susp. tut.* In patronum igitur contutorem cæteri non possunt mouere suspecti actionem famosam, quia liberto in patronum nulla est actio famosa, *l. 1. hoc tit.* ex qua sumpta est *l. 1. sup. de obseq. pat. præst.* Quid igitur fiet hoc casu. Si

Si cæteri tutores qui tutelam non gesserunt, eum qui gessit, quod patronus esset, non potuerunt postulare suspecti, an culpabuntur? sic sane, non quod suspectum contutorem non fecerunt (nec enim poterant) sed quod curatorem ei adiungi non postularunt, vel alio remedio non prospexerunt rebus pupilli, quas patronus male administrauit, *l. 1. hoc tit. & arg. l. si tutor, D. de susp. tut.*



AD TITVLVM LVI.

De Vsuris pupillaribus.



Etiam hoc tit. specialiter resumit quod attigit tit. generali *arb. tut. l. 3.* Videlicet in arbitrium tutelæ venire vsuras pecuniæ pupillaris, quam tutor in vsus suos conuertit, & vsuras legitimas, id est, centesimas, quibus nullæ possunt esse maiores, secundum leges, *au denier huict & vn tiers*, quod etiam constitutionibus regiis comprobatum est, *douze pour cent*, *l. 1. hoc tit.* quæ hoc dicit, venire vsuram centesimam in actionem tutelæ, eius pecuniæ quam tutor conuertit in vsus suos. Veniunt etiam vsuræ centesimæ in eandem actionem, si tutor negauerit pecuniam pupillarem ad alendum pupillum penes se esse, & in mendacio conuictus fuerit. Item eædem vsuræ veniunt, quæ sunt maximæ vsuræ & grauissimæ, si tutor neglexerit præceptum prætoris de pecunia pupillari deponenda, vel si tardius ei obtemperauerit. C Item si a debitoribus pupilli centesimas vsuras exegerit. Item si tutor dum negat aliquam pecuniam penes se esse falso, compulerit pupillos ad sua onera expedienda mutuam pecuniam sumere sub vsuris centesimis. Ex his causis vsuræ pupillares sunt centesimæ, *l. 7. §. quæ autem, D. de administr. tutor. l. qui sine, D. de negot. gest.* Ex cæteris causis eius quod tutor debet ex administratione, in arbitrium tutelæ secundum morem regionis veniunt vsuræ trientes, vel quincunces, vt ait dictus §. *quæ autem*, id est, *au denier vingt*, vel trientes, id est, *au denier vingt & cinq*, vel si quæ aliæ leuiores in prouincia frequentantur. Nam exceptis causis, ex quibus veniunt vsuræ maximæ, id est, centesimæ, in aliis ad vsuras exigendas, vel in vsuris exigendis ser- D uamus morem regionis, modo non excedat modum legitimum, *l. 1. in princip. D. de vsuris.* Hæ sunt pupillares vsuræ, id est, quæ veniunt in arbitrium tutelæ, vel in actionem vtilem negotiorum gestorum. Nam quæ de tutoribus dicimus, pertinent etiam ad curatores. Veniunt autem hæ vsuræ non tantum, si tutor ex sua persona conueniatur: sed etiam ex persona contutoris, quod eum suspectum non fecerit, vel quod vbi opus fuit, satis ab eo non exegerit, *d. l. 7. §. penult. l. 2. huius tit.* Et veniunt vsque in diem sententiæ siue condemnationis, vel si tutela sit reddita sine iudice, *sans procez*, in diem redditæ tutelæ, *les vsures courent iusques-là. d. l. 7. §. vlt. & l. 1. D. de vsur.* Et ex die veniunt, qua tutor ex administratione cœpit esse debitor ipso iure, sine E mora quæ fiat in personam, sine interpellatione, quia fauore pupillorum ex constitutione Seueri mora eius fit in rem, siue ipso iure, *l. cum vero §. apparet, D. de fideicommiss. lib.* quæ constitutio Seueri significatur articulo *hodie in d. l. 1. de vsur.* Ad hæc duo notanda sunt, in arbitrium tamen tutelæ non venire otiosæ pecuniæ pupillares vsuras, id est, quam tutor non habuit cui fœneraret, vel ex qua non habuit prædia idonea, quæ compararet, tunc enim ea pecunia vacat pupillo, & sterilescit, *l. 3. huius tit. l. cum plures §. vlt. D. de administr. tutor.* Postremo notandum est, impediri cursum vsurarum pupillarium, quas tutor debuit, si per eum non steterit, quo minus tutelam restituerit, *l. 4. huius tit.* Nam vt non impeditur petitio sortis, quod debitor

Cod.

A vsuras soluere paratus sit, *l. vlt. §. vlt. sup. de iure dot.* nisi aliud conuenerit, puta, vt donec vsuræ soluerentur, sors non exigeretur, *l. 4. §. vlt. D. de pact.* Ita quoque non impeditur liberatio vsurarum, quod creditor non agat, quod pupillus tutelæ non agat: si modo tutor ei sæpius denuntiauerit, & postremo apud acta ius dicentis protestatus sit, se paratum esse parem rationem cum pupillo facere, quæ est sententia, *l. 4. huius tit.* valde notanda, quia non desiderat oblationem pecuniæ, oblationem reliquorum, & obsignationem. Vnde notandi sunt duo modi, quibus inhiberi potest cursus vsurarum pupillarium. Vnus est, si *l. 1. inf. D. de vsuris, l. tutor pro pupillo §. 1. D. de administr. tut.* Alter modus hic est, qui proponitur *in hac l. 4.* si frequenter denuntiet pupillo tutor vt accipiat rationes tutelæ, & tandem B apud acta contestetur, se paratum esse restituere tutelam. Hoc sufficit ad inhibendum cursum vsurarum, etiamsi pecuniæ obsignatio vel depositio non interuenerit. Denique oblatio illa iterata sæpius, & ad extremum prodita actis atque insinuata absoluit vsuris pupillaribus.



AD TITVLVM LVII.

De fideiussoribus tutorum vel curatorum.



Hic titul. ostendit, non tantum tutorem teneri actione tutelæ, sed & fideiussores eius actione ex stipulatu, qui & ipse fideiussor nomine vsurarum pupillarium tenetur, quia rei locum obtinet, *l. si postea, D. rem pup. salu. fore.* Et adolescens eligere potest cum quo agat de tutela, cum ipso tutore vel cum fideiussore eius, vel etiam potest diuidere actionem, & partem petere a tutore, partem a fideiussore tutoris, non etiam solidum a tutore, & solidum etiam a fideiussore, ne bis idem consequatur, *l. 1. hoc tit. l. pupillus, D. eod. tit. l. reos, inf. de fideiuss. l. 3. §. 1. D. de duob. reis, l. grege §. etiam, D. de pign.* Et hoc secundum ius vetus quod obtinuit ante Nou. Inst. *de fideiuss.* quæ creditoribus quibuscunque ademit istam electionem, & vult prius excuti reum principalem, quam fideiussorem. Qua de causa duæ constitutiones huius tit. quæ loquuntur de ista electione non sunt positæ in Basil. quia erat sublata electio a Iustiniano. Et quia satis explicata est *lex 1.* videamus alteram, in qua quæritur, an electo tutore liberetur fideiussor, electo, inquam, & condemnato, & soluente sortem forte duntaxat, nec etiam satisfaciente ad soluendas vsuras pupillares, & cætera arbitrii tutelæ? An & cætera integrum est pupillo reposcere a fideiussore tutoris, qui elegit reum? Denique reo electo an omnino liberetur fideiussor? Et valde notanda est distinctio *l. 2.* quia potest esse vsui in multis partibus iuris. Aut fideiussor acceptus est simpliciter in id, quod tutor debiturus esset: & tunc electo reo, & damnato, & nonnihil soluente, puta soluente sortem, fideiussor liberatur, quia non videtur in omnem causam intercessisse. Aut promisit generaliter rem pupilli saluam fore, vel indemnem pupillum fore: aut præstari etiam id quod a tutore seruari non possit: Et his modis fideiussor se videtur obligasse in omnem causam, & electo reo, & soluente sortem tantum, nihilominus tenetur fideiussor ad soluendas vsuras, quas reus per inopiam soluere nequit, & omnino ad supplendam pupillo indemnitatem. Et hoc vult *l. 2.* quod confirmatur *l. fideiuss. inf. de fideiuss. & l. initio, sup. de pact. int. empt. & vend. & l. quæro D. loc.*

AD TITVLVM LVIII.

De contrario iudicio tutelæ.



Cum de iudicio tutelæ directo supra dictum sit satis, quod pupillo competit: ad contrarium veniendum est, quod tutori in pupillum datur finita tutela. In hoc iudicio tutelæ contrario venit, quod tutor de suo impendit in rem pupilli, *l. 3. hoc tit.* vel quod ei pupillus debuit ex causa præcedente tutelam, veluti ex contractu paterno, *l. 2. sup. de in lit. dand. tut.* Quod autem venit in contrarium iudicium tutelæ, id etiam tutor, si cum eo agatur directo iudicio, potest consequi iure compensationis, *l. 3. hoc t. d. l. 2. sup. de in lit. dand. tut.* Illud notandum est, in contrarium iudicium tutelæ non venire, vt tutori, qui soluit pro contutore suo conuento & condemnato in solidum, pupillus cedat actiones suas aduersus contutorem condemnatum, quia post solutionem exstincta tutelæ obligatione, nulla pupillo actio superest, quam cedere possit, sed is qui soluit pro contutore condemnato, habet in eum actionem negotiorum gestorum. post solutionem, vt dixi, frustra desideraretur cessio actionis a pupillo, quia solutio actionem pupilli peremit: ante solutionem recte desideraretur, recte scilicet pupillus cederet actiones suas tutori, qui id omne, quod ex tutela sua debetur, paratus est soluere pro collegis. Itemque valeret cessio post solutionem vno casu, si in ipsa solutione pactus sit tutor, qui soluit pro collegis, vt sibi cedantur actiones aduersus collegas suos, quia hoc modo videtur emisse actionem pupilli aduersus collegas suos, *l. Modest. ff. de sol. l. cum is, ff. de fideiuss.* Itaque cessio redemptæ actionis valet vt transactio, mandatum, qua veluti mandato emptor fit procurator in rem suam, *l. 1. hoc tit.* vel etiam emptori actionis siue nominis sine cessione, id est, etiamsi non sit factus procurator in rem suam, competit in collegas vtilis actio tutelæ, quasi ex cessione præsumpta, *l. 1. sup. de obl. & act.* Sicut tutore condemnato, & soluente ex communi culpa vel ex culpa collegarum, ei cedendæ sunt actiones aduersus collegas, quod condemnatus consequitur in actione iudicati per exceptionem doli mali, vel sine cessione ei dantur vtiles ex constitutionibus *l. ex pluribus, ff. de admin. tut. l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tut. & rat. distr.* Quod vtrique verum est, etiamsi ex communi culpa, vel ex culpa collegarum tutor absens & indefensus condemnatus sit post litem cum eo contestatam, quæ sententia valet, lata scilicet in absentem & indefensum, qui litem contestatus fuerat, *l. vlt. inf. quomodo & quando iud.* Si, inquam, ita absens condemnatus bonam fidem agnoscens sententiæ acquieuerit, id est, non appellauerit, sed soluerit & fecerit iudicatum, quæ est sententia *l. 2. hoc tit.* Et dixi recte *ex leg. 2.* ex communi culpa. Nam si vnus ex tutoribus damnatus sit ex propria culpa: nulla ei actio potest esse in contutores, neque item, si ex communi dolo, *l. si plures, ff. de adm. tutor. l. 1. §. plane, ff. de tut. & rat. distr.* quod exposuimus etiam *in tit. de diuid. tut.* neque item, si suo nomine soluerit, *l. vt fideiussor, D. de fideiuss. & l. cum alter inf. de fideiuss.*

AD TITVLVM LIX.

De auctoritate præstanda.



Explicatis actionibus quæ ex administratione negotiorum pupillarium nascuntur, datur tit. *de auctoritate præstanda,* quoniam veteres auctoritatem separabant ab administratione negotiorum, vt Vlpian. *lib. regul. tit. de tut.* dum ait, pupillorum & pupillarum tutores & negotia administrare, & auctoritatem interponere pupillis aliquid gerentibus: mulierum autem puberum tutores, quæ ante legem Claudiam erant in perpetua tutela, auctoritatem dumtaxat interponere, non etiam gerere negotia mulierum. Et tamen de auctoritate præstita, vel non præstita, vbi oportuit, non minus quam de administratione tutor rationem reddit iudicio tutelæ, *l. si tutor, D. de auct. tu.* Et, quod notandum, receptum est, vt sine auctoritate tutoris pupillus tutori obligetur iudicio contrario tutelæ, *l. 1. D. de contr. act. tut.* quamuis aliis non obligetur pupillus sine tutoris auctoritate, nisi in quantum locupletior factus est ex D. Pii constitutione, *l. 1. D. de auct. tut.* Cum tamen alios sibi pupillus obliget recte, etiam sine auctoritate tutoris, *l. 1. hoc tit.* quæ sumpta est ex *l. neque, inf. de contrah. stip.* Namque placuit generaliter, pupillum meliorem suam conditionem facere posse sine tutoris auctoritate, non etiam deteriorem. Sunt autem in hoc tit. duæ Iustin. constitutiones nouæ, quibus ius vetus abrogatur maxime notandæ. Vna est in *l. 4.* vt non tantum in ciuilibus, sed etiam in criminalibus causis minoribus sit necessaria auctoritas tutoris, vt inutile sit & irritum etiam criminale iudicium, si tutor vel curator minori non adfuerit, vel accusatori minori, vel reo. Et inde in *l. 2. §. pupillis, D. de accus.* pupillo licet exequi iudicio publico mortem patris vel aui sui ex consilio tutorum. Iure autem veteri, sicut cum seruis nulla erat actio ciuilis *l. seruum sup. de iud. l. cum seruo, D. de reg. iur.* erat tamen cum seruo criminale iudicium, *l. hos accusare, §. omnibus D. de accus.* Ita cum minoribus non erat actio ciuilis sine tutoris aut curatoris auctoritate, erat tamen criminalis sine tutoris auctoritate, quod mutat hæc *lex 4.* Altera constitutio est in *l. 5.* vt scilicet si plures sint tutores, in omni re vnius auctoritas sufficiat, qua comprobetur, & corroboretur quod cum pupillo agitur, præterquam si pupillus detur alteri in adoptionem, quod hodie iure fit adhibita auctoritate omnium tutorum vel curatorum ex constitutione Antonini, *l. 8. l. 17. §. 1. D. de adopt.* Merito excepit hanc rem *l. 5.* ne sit in potestate vnius tutoris finire tutelam. Finitur enim tutela adoptione pupilli, cum per adoptionem desinat esse liberum caput. Ergo hoc casu excepto, si plures sunt tutores, ex constitutione Iustiniani indistincte quoquo modo aut iure accesserint ad tutelam, in omnibus causis vnius auctoritas sufficit, si indiuisa sit tutela, si diuisa sit in partes bonorum, vel in regiones & prouincias, oportet quemque in sua prouincia auctoritatem interponere, nec miscere se negotiis alterius prouinciæ commissis alteri per diuisionem tutelæ. Quod ita accipiendum est, vt si tamen vnius prouinciæ sint plures tutores, vnius auctoritas sufficiat ex illis, quibus attributa est illa prouincia, non ex alia prouincia. Nam etsi lis si qua mouetur pupillo, vel a pupillo, omnibus denuntianda, vel ab omnibus, qui in ea prouincia tutelam gerunt, *l. 2. inf. si ex plur. tut.* tamen post denuntiationem vel vnius prouinciæ vno tutore auctore iudicium peragi potest. Hac constitutione Iustinianus sustulit veterem differentiam tutorum inter se, quæ olim obtinebat. Nam olim si plures erant tutores testamentarii, vel dati ex inquisitione: vnius auctoritas sufficiebat, licet denuntiare litem solemniter omnibus oporteret, vt aperte ostendit *l. 1. C. Theod. de denunt.* Sed si plures erant tutores legitimi, vel dati sine inquisitione, vnius auctoritas non sufficiebat, sed omnes in omni re auctoritatem pupillis suis præstare oportebat, vel curatores omnes suis adolescentibus, *Vlp. lib. reg. tit. de tut. Si plures,* inquit, *tutores sunt, omnes in omni re debent auctoritatem accommodare, præter eos qui testamento dati sunt:* nam ex his vnius auctoritas sufficit: quibus adiunguntur etiam dati ex inquisitione. Et ita *M. Tullius pro Flacco: Nihil de tutela legitima sine tutorum omnium auctoritate deminui potest.* Sed hanc differentiam abrogat Iustinianus in hac *l. vlt.* Et vult, vt sit eadem

eadem hac in re conditio & causa omnium tutorum, & vt scilicet in omnibus causis excepta sola causa adrogationis pupilli, vnius auctoritas tutoris sufficiat. Et notandum est valde, quod ait, *in hoc casu, non absimiles esse testamentarijs & datis per inquisitionem legitimos & simpliciter datos.* Et sequitur, *eo quod fideiussionis onere prægrauantur, & subsidiariæ actionis adminiculum speratur.* Explicat cur dixerit, non esse differentiam inter tutores in hoc casu tantum, eo quod in aliis casibus est differentia inter tutores, duobus nempe, primum in onere fideiussionis rem pupilli saluam fore, quod subeunt legitimi & dati sine inquisitione, non testamentarii & dati ex inquisitione, *l. penult. sup. de tut. & cur. qui sat. non ded.* Deinde inter eos differentia est in spe subsidiariæ actionis. Subsidiariam actionem vocat actionem in factum, quæ datur in magistratum municipalem ad extremum, vbi non potest alio remedio pupillus a tutoribus suum conseruare, vel curatoribus, videlicet si magistratus municipales non idoneum fideiussorem dederint, non exacta satisdatione, ex oratione Traiani: de qua actione est *tit. vlt. hoc libro.* Et merito vltimus, quia vltimum hoc est remedium, quod competit pupillo rei suæ seruandæ gratia, vltima actio, id est, subsidiaria. Hæc vero actio non pertinet ad testamentarios tutores, vel datos ex inquisitione, sed tantum pertinet ad legitimos vel datos sine inquisitione a quibus magistratus municipalis satis non exegit. Et ita mens Iustiniani hoc loco est, vt his casibus probet, non esse idem ius tutorum: sed in proposito casu, an vnius tutoris auctoritas sufficiat, idem ius esse omnium indistincte. Auctoritas est voluntas, suasio, consilium, consensus, approbatio tutoris expressa. Necesse est vt auctoretur expressim dicens, se auctorem esse, se assentiri pupillo contrahenti, vel litiganti. Nam sola præsentia corporalis tutoris non sufficit, nec habetur taciturnitas pro consensu. Denique auctoritas est approbatio tutoris expressa, quæ interponitur in ipso negotio pupilli, vel perfecto negotio, *l. si quis mihi §. iussum, ff. de acquir. hered. l. 1. §. vlt. & l. 3. ff. de auctor. tut.*

AD TITVLVM LX.

Quando tutores vel curatores esse desinant.

Recte coniungitur hic titulus legi vltimæ præced. tit. quæ docet tutelam & curam finiri adoptione pupilli, vt addat etiam, tutelam & curam finiri impuberis pubertate, *l. 1. hoc tit. l. 2. supra in quibus caus. tutor. l. curatorem ff. de tut. vel curat. dat.* non finiri tutelam sola pupilli voluntate, quia inuitus pupillus est sub tutoris auctoritate, inuitus tutela continetur, *l. 2. hoc tit. & l. vlt.* pubertatem, quia diximus finiri tutelam vel curam, æstimat Iustinianus in fœminis ex annis duodecim completis, quod olim etiam obtinuit: in maribus autem ex annis quatuordecim, quod olim omnino non obtinuit, cum æstimabatur in mare pubertas ex aspectu corporis, id est, verecundioris partis omnino, quod indecorum esse Iustinianus arbitratus est, vt apud *Aristoph. in Vesp.* παίδων δοκιμαζομένων. Et apud Platonem 11. *de leg.* Igitur hodie indistincte pubertas æstimatur ex annis, fœminarum 12. & masculorum, 14.

AD TITVLVM LXI.

De actore a tutore seu curatore dando.



Non satis est dixisse de tutore vel curatore, nisi & aliquid proprio titulo tractetur de actore a tutore vel curatore dato, licet & de eo iam actum sit. *l. 10. sup. qui dar. vel dar. tutor. vel. cur.* Hic vero actor dari dicitur a tutore vel curatore, quia ex decreto prætoris vel præsidis postulante tutore aut curatore, & eius periculo datur plerunque litium causa, vnde est actoris nomen, cum tutor vel curator aliquo profecturus & aliquandiu abfuturus est, vt in constitutione huius tit. *& l. 10. inf. de appell. l. qui negotia §. penult. D. de neg. gest. l. tutor, D. quand. ex fac. tut.* Abfuturus igitur tutor constituit constituiue postulat decreto prætoris, suo loco & suo periculo actorem idoneum, qui interim defendat pupillum atque tueatur: Nam propter absentiam solam tutoris, non potest dari alius tutor vel curator, *d. l. 10. sup. qui dar. tut. vel cur. l. curator, D. de tut. & cur. dat.* Si modo (vt alius dixi) ibi accipias *affuerit*, pro *abfuerit*, quemadmodum semper habent scriptum Pandect. Flor. Non potest etiam tutor qui abfuturus est procuratorem facere ex sua persona in litem pupilli, cum non sit ipse dominus litis, solus dominus litis procuratorem facit, *l. neque, sup. de proc.* Posset quidem facere procuratorem ad litem ex persona pupilli sua interposita auctoritate: sed finge pupillum abesse peregre, aut infantem esse, vt procuratorem constituere non possit, tunc sane nec ex persona pupilli procurator dari potest auctore tutore, qui abesse cogitur sui negotij necessarij causa, *§. vlt. Institut. de curat. l. decreto, D. de administr. tutor.* Igitur necesse est hoc casu actorem constitui periculo absentis tutoris, vel abfuturi, qui etiam dicitur adiutor, *l. solet, D. de tut. l. 6. infra quom. & quand. iud.*

AD TITVLVM LXII.

De excusationibus, & temporibus earum.



Cvm sæpe iam dixisset in superioribus tit. tutorem iure datum, ex quo sciuit se datum, suo periculo cessare, si se non excuset, *l. 6. sup. de testam. tut. l. 1. sup. de leg. tut. l. 9. qui dar. tut. vel cur. non poss. l. 19. de adm. tut.* tempus est tandem, vt dicat de excus. Duæ sunt partes tituli, vna de excusationibus, altera de temporibus excusationum, id est, intra quæ excusationes allegari & proponi oportet, quæ qui non obseruat, & post ea tempora se excusat, repellitur præscriptione temporis, nec auditur. *Excusatio* quid est? Est allegatio vacationis seu immunitatis a tutela vel cura, quam habet quis ex priuilegio, vel ex iusta causa, & quam proponit re integra, id est, nondum cœpta administratione. Sera est excusatio regulariter post administrationem cœptam, exceptis causis quæ post susceptam tutelam nouissime præbent excusationis causam. Alioquin regulariter excusatio proponenda est re integra, *l. 2. tit. seq.* Et vel excusatio fit in partem, vel in totum. In partem, veluti ab administratione rerum, quæ sunt in alia prouincia, quod non possit in duabus prouinciis solus, propter late diffusum patrimonium pupilli, officium tutelæ exercere. Idcirco enim excusabitur in partem tantum. In totum autem plerique excusantur, & multo plures sunt excusationum causæ, quam proponantur in hoc tit. Adduntur etiam aliæ in aliis *tit. seq.* Ingenuus excusatur a tutela

libertini, *l. 3. hoc tit.* Vt si hodie diceremus, nobilem excusari a tutela plebeii: nam qui dicuntur nobiles, alij sunt a militibus. Miles est tantum is, qui meret stipendium in expeditione, siue ingenuus sit, siue libertinus, extra castra nullus est miles. Et est error ineptissimus vulgaris, vt milites arbitrentur esse, quos nobiles appellamus, quia scilicet nobilitantur munere feudi a principe profecti, alioquin milites ne volentes quidem possunt tutores fieri, *l. 4. supra, qui dar. tut.* Ergo ingenuus excusat se, si detur tutor libertino, ac similiter nobilis, si detur tutor plebeio. Item nauicularii, id est, qui seruiunt annonæ vrbis & aliis publicis necessitatibus in contrahenda annona, vel lignis, vel lapidibus, aut marmoribus, vel qua alia materia necessaria Reipub. quorum in vrbe, cum erat amplissima, erat certum corpus donatum multis priuilegiis. Et inter cætera, vt excusentur nauicularii a tutelis personarum, quæ non essent ex suo corpore, id est, non nauiculariorum, *l. 1. hoc tit. l. 7. C. Theodos. de nauicular.* Excusantur etiam silentiarii, *l. vlt. hoc tit. l. vlt. infra de silent. lib. 12.* Hi sunt milites, qui noctu excubias agunt in palatio principis ad limina, qui, vt ait Claudianus, *sacro adhibent silentia somno*, vnde est nomen. Item exactores tributorum excusantur a tutelis, *l. 10. huius tit.* Et qui tutelam gessit pupilli, ea finita pubertate, non cogitur etiam suscipere curam eiusdem personæ, nisi sit libertus patroni: is enim debet vtrumque munus liberis patroni vel patronæ, vt in *l. 5. & 10. huius tit.* Excusatur etiam, fauore senatorum vrbis, libertus tantum vnus, qui senatori procurat (*qui faict tous ses affaires, & qui les manie*) *l. 15.* Item qui cum pupillo de hereditate controuersiam habet, *l. 16.* Et quod maxime notandum est quasi valde nouum & singulare, hic si susciperet tutelam, ex necessitate officij cogeretur nomine pupilli diem dicere fratribus suis, cum quibus pupillo res est, vel fratrum suorum filiis, si se excuset: ne nomine pupilli tam propinquis personis negotium faciat vllum, audietur, maxime cum communis vtilitas pupilli occurrat, cui est negotium proximum cum propinquis eius qui tutor datus est, coniunctissimisque personis in *l. 23. hoc tit.* Hi igitur excusantur in totum. Ac notandum est rursum, ex iis qui se excusant, alios tutores esse posse, si velint, vt ij qui ante relati sunt. Et notandum est, voluntariam tutelam nihil derogare priuilegio excusationis, *l. 12.* vt si omissa excusatione, quæ mihi iure competit, mea sponte tutelam cuiusdam pupilli suscepero, non ideo minus me potero excusare a tutela noua, si deferatur. Et notandum est, non amitti priuilegium per voluntaria tutelæ munera, *l. 12. hoc tit.* Alios vero se excusare, qui nec si velint, tutores esse possunt, & forte suscepta vltro administratione remouentur, vt maritus tutor datus vxori, vel socer nurui, *l. 4. 15. & 17. hoc tit. l. 2. supra, qui dar. tut. vel cur.* Obseruandum etiam est in hoc tit. non tantum explicari causas aliquas iustas excusationum, sed etiam aliquot iniustas *l. 1. 7. 8. 9. & 21.* Et hæc de prima parte. Altera pars est de temporibus excusationum, ad quam pertinet *l. 6. 11. 16. 18. & 20.* Vt scilicet tutor datus decreto prætoris, vel testamento patris, non necesse habeat statim appellare a decreto, a nominatione, creatione. Sane si testamento datus sit, non appellat: si decreto prætoris datus sit, iure veteri potuit appellare, *l. 4. D. de excus. tut. l. cum in vna l. tut. D. de appel. l. tutor vel cur. D. de admin. tut. l. penult. supra, de tut. & cur. dat.* Sicut quilibet vocatus ad alia munera ciuilia, quæ sunt innumera, confestim potest appellare, vt est in *l. 7. infra de appel.* Igitur iure veteri hac in re munus tutelæ vel curationis nihil differt a cæteris muneribus ciuilibus. Nam statim atque tutor vel qui vocatur ad aliud munus ciuile decreto præsidis vel decurionum, datus & nominatus est (nominatio datio est, ordinatio, creatio) iure veteri potest appellare, & queri de iniquitate oneris impositi. Sed ex constitutione D. Marci, tutoribus datis remissa est appellandi necessitas, vt non cogantur statim appellare, nec omissa appellatio statim eis fraudi est, quasi iniuncto periculo cessationis, quod significat, *l. 18. hoc tit. & l. 15. D. eod.* Sed tutor datus decreto prætoris vel præsidis ex eadem constitutione D. Marci, ex quo innotuit ei decretum, debet se excusare apud eundem prætorem vel præsidem intra dies 50. Et excusatione non recepta, id est si decreuerit idem prætor vel præses qui dedit, non esse excusationi locum, tunc licet tutori appellare & agere causam appellationis etiam post pubertatem pupilli, cum iam tutor esse non potest, vt scilicet sciatur an futurum medii temporis periculum ad eum pertineat, nec ne. Qua in re est notanda *lex 15. hoc tit.* Hic ordo introductus est constitutione D. Marci. Sed notandum est, se excusare testamentarios, vel datos decreto prætoris vel præsidis: Nam legitimi non possunt se excusare, quia ipso iure tutores sunt facti legibus, & a legibus non licet se excusare, non licet appellare, & excusationem non receptam sequitur appellatio, secundum *l. si qua pœna, D. de verb. sign.* Et ideo in *l. 6. hoc tit. & l. 13. D. eo.* fit tantum mentio testamentarii, vel dati a prætore aut præside, vt intra tempora se excusent. non fit mentio legitimi. Et similiter in §. *qui excus. Instit. eod. tit.* cuiuscunque generis tutores se excusare posse. Quibus verbis, vt excluderentur legitimi, subiicit interpretationem, id est, quicunque dati fuerint, quo excluderet legitimos. Dixit qui dati fuerint: legitimi enim non dantur, sed fiunt, *l. 5. D. de leg. tut.* Possunt tamen legitimi se excusare ad tempus ex causa forte quæ superuenerit, *l. 10. §. si libertus, D. eod.*

AD TITVLVM LXIII.

Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.

ADdendum ex tit. 63. si falsis allegationibus excusatus sit, excusationem receptam liberare periculo cessationis, *l. 22. sup. tit. prox.* nisi scilicet vt ostenditur in hoc titulo recepta sit excusatio falsis allegationibus circumscripta religione iudicantis, vt in specie *l. 2. hoc tit.* si falso dixerit se tutelam non attigisse, quam tamen cœpit gerere, atque ita excusatio eius recepta fuerit, quæ non recipitur generaliter, nisi res sit integra, nisi omnia sint in integro, id est, nisi intacta fuerit tutela, alioquin se excusat. Decretum igitur prætoris, quo recepta est & comprobata, rescinditur, si falsis allegationibus tutor iudici imposuerit: & generaliter omne decretum, omnis sententia iudicis rescinditur, circumuenta religione iudicis ex falsis instrumentis, contestationibus, allegationibus, in *l. 1. hoc tit.*

AD TITVLVM LXIV.

Si tutor vel curator Republicæ causa abfuerit.

HOc tantum notandum est, quod dixit in tit. præc. *l. 2.* excusationem proponi re integra, non si iam cœperit administrare. In hoc tit. additur exceptio nisi post susceptam administrationem abesse cœperit Reipublicæ causa: Nam etsi cœpit administrare, potest se excusare ad tempus: nam post regressum recipit eandem tutelam. Et inde videmus alios excusari in perpetuum, alios ad tempus, & qui ad tempus, non se excusant proprie, quia non desinunt esse tutores: qua de causa legitimi non male se excusant ad tempus. Ergo qui se excusauit,

excusauit, cum res non esset integra, cum ei abeundum A esset Reipublicæ causa, reuersus recipit tutelam priorem, cuius administratione cessauit aliquandiu excusatus. Nam excusatio illius administrationis prius quam tutelæ excusatio est. Cæterum postquam reuersus est, a noua tutela, quæ deferetur post regressum, habet anni vacationem: recipiet priorem, repudiabit nouam intra annum ex quo reuersus est. Quod est priuilegium huius constitutionis datum iis, qui dant Reipubl. operam, *l. 2. hoc tit.*

AD TITVLVM LXV.

De excusatione Veteranorum.

SI libet ordinem titulorum detexere diligentius, cum dixisset in *l. vlt. tit. 59.* tutelam vel curam finiri adrogatione minoris, subiicit in titulo sexagesimo, tutelam finiri etiam pubertate, & curam similiter ætate legitima adolescentis, non sola voluntate pupilli: & in *tit. 61.* non sola absentia tutoris, sed in locum absentis dari actorem periculo eius, & in tit. 62. finiri tamen tutelam vel curam excusatione, propositis variis excusationum causis, & specialiter vna in tit. 64. si tutor absuturus sit Reipubl. causa vel absit, qui etiam reuersus a noua tutela vel noua curatione anni vacationem habet pro præmio nauatæ in Rempubl. operæ. B Et pro præmio igitur impletæ militiæ, vt nunc ostenditur in hoc *tit. 65.* Nam & milites absunt Reipublicæ causa, C *l. miles, & seq. D. ex quibus causis maior.* Et maiorem quoque immunitatem habent milites stipendiis confectis, quam cæteri, qui abfuerunt Reip. causa, qui post regressum anni tantum vacationem habent, *l. 2. sup. tit. prox.* Qui vero vicena stipendia meruerunt, id est, qui militarunt 20. annis, & dimissi sunt solutique sacramento sine infamia, in perpetuum excusantur a tutelis, & curationibus, & muneribus cæteris personalibus, præterquam ab vna tutela, vel cura filiorum conueterani, vel vna cura militis, a qua tamen etiam anni vacationem habent post missionem, in *l. 8. ff. de excusat.* Hi sunt veterani, qui vt dixi, vicena stipendia meruerunt, nec dimissi sunt cum infamia, his data est vacatio tutelarum, & munerum omnium personalium & ciuilium: D his etiam sunt concessa alia priuilegia multa, vt ex delictis pœnis plebeiorum non subiiciantur, puta vt non in metallum damnentur, vt fustibus non cædantur, & vt capite damnati testamentum facere possint, quod non possunt alij, vel si testamentum non fecerunt, vt in eorum bona non statim succedat fiscus, vt in *tit. D. & C. de veteran. & de veteran. succ.* Vt & veterani filij famil. de castrensi peculio testamentum facere possint, & vt testamentum quod fecerunt in castris iure militari, valeat intra annum missionis, *§. sed hactenus, Inst. de mil. test.*

AD TITVLVM LXVI.

Qui numero liberorum se excusant.

SEquitur alia specialis causa excusationis ob numerum liberorum, id est, si Romanus habeat tres liberos, Italus quatuor, prouincialis quinque. Nam & hic numerus excusat a cæteris muneribus personalibus omnibus; & liberorum nomine continentur etiam nepotes ex filio iam ante defuncto, non nepotes ex filia, quia ii non sequuntur familiam aui materni: non etiam nepotes ex filio superstite, quoniam ij patri suo prosunt magis, quam auo materno, *l. 2. hoc tit. l. 3. inf. de his qui num. liber. lib. 11.*

AD TITVLVM LXVII.

Qui morbo se excusant.

SEquitur alia causa excusationis ob morbum, si tutor post susceptam tutelam oculis captus fuerit, vel mente, vel lingua, vel auditu. Nam ab initio qui his morbis affecti sunt, tantum abest vt tutores vel curatores dari possint, vt his ipsis sit curatoribus opus. Ergo morbi nomine in hoc tit. significatur etiam cæcitas, & surditas & amissio vocis, vt in *tit. de ædil. ed.* Et recte Galenus definiuit morbum esse causam, qua impediuntur actiones totius corporis, vel actio certæ partis, veluti oculorum, aurium, linguæ. Igitur sub titulo *qui morbo*, recte docet tutelam deponere excusationis genere captos oculis, vel mente captos, aut lingua, aut surdos, aut captos perpetua in valetudine.

AD TITVLVM LXVIII.

Qui ætate.

SEquitur alia causa excusationis ob ætatem longæuam, quæ scilicet excedat 70. annos, vt ita etiam legendum ostendi in *l. vlt. infra qui ætat. se excus. lib. 10.* Ille titulus docet ætatem longæuam, quæ finitur 70. annis completis & elapsis, excusare a cæteris muneribus ciuilibus personalibus: hic titul. specialiter a tutelis & curationibus. Nec male morbo mox iungitur ætas, aut ætati mox subiungitur morbus: Nam recte in Basilicis & quibusdam veteribus libris hic titul. præponitur *titulo præcedenti*, atque adeo ætati prolixæ aut longæuæ subiungitur morbus, vt recte Aristoteles dixerit *lib. 5. de generat. animal.* morbum esse senectutem adscititiam, & senectutem esse morbum naturalem.

AD TITVLVM LXIX.

Qui numero tutelarum.

SEquitur alia species excusationis, vt scilicet excusetur a quarta tutela vel cura, non ab alio munere ciuili in *l. 3. infra, de excus. mun. lib. 10.* qui sustinet onera trium tutelarum vel curationum. Dico onera, quæ sunt vere onera: Nam tenuissima tutela, puta admodum egeni pupilli non cedit in numerum trium tutelarum. Et dicitur hæc in constitutione huius tituli plerunque suscipi defunctorie, id est, ea causa, vt possint dicere, se tres tutelas administrare, cum non sufficiant tutelæ tres ad excusationem quartæ, sed onera tantum tutelarum. Non omnis tutela est onus. Onera, inquam. E Et ideo si ex tribus tutelis vna finiatur, mox alia substitui potest, etiam non redditis rationibus finitæ tutelæ. Et tandem in constitutione huius tit. expositis variis excusationum causis, & absoluta quæstione eiusmodi, monet duas imperfectas causas excusationum nihil proficere, vt si quis sustineat onus duarum tutelarum, & duos liberos habeat, non excusatur, vel si quis agat annum ætatis 65. & tres liberos habeat in prouinciis vbi exiguntur quinque, *l. 1. §. vlt. D. de vacat. & excus. mun.*

AD TITVLVM LXX.

De curatore furiosi vel prodigi.



Hic titulus ostendit curatores dari non tantum minoribus 25. ann. & adolescentibus, sed quod nondum exposuerat, dari etiam his, qui nuper facti essent maiores 25. annorum, si mente lapsi, aut furiosi facti sint, vel si eis quasi prodigis prætor interdixerit bonis, & sui iuris sint. Nam homini alieni iuris nunquam tutor vel curator datur vlla ex causa, vt in *l. vlt. in pr. hoc tit.* Iis autem furiosis & prodigis agnati & gentiles sunt tutores legitimi *ex 12. tab.* non cognati, excepto solo B fratre, cognato tamen non agnato, id est, qui per emancipationem exiit familia patris, atque ita desiit esse agnatus. Nam ex constitutione Anastasij hic est etiam curator legitimus fratris furiosi, vel prodigi, cui bonis interdictum est, *l. 5. hoc tit.* sicut est legitimus tutor fratri impuberi, *l. 4. sup. de leg. tut.* Ergo excepta persona fratris cognati, soli agnati vel gentiles sunt legitimi curatores furiosorum aut prodigorum. Sed hodie eis solent etiam a prætore dari curatores, maxime si agnati non sint idonei, si sint inhabiles curando furioso aut prodigo, *l. 1. & l. sæpe, D. eod. l. vlt. §. sin autem testamentum, hoc tit.* Videtur etiam tandem legitimæ curationi raro fuisse relictum locum, aut datum, prætore his personis dante C curatores, quos eligeret, vel agnatos si vellet, quos lex vocat ad curationem earum personarum, vel extraneos. Certum est autem, nullam curam esse testamentariam, id est, curationem dari testamento inutiliter, datam tamen a patre confirmari solere, vt in *l. vlt. hoc tit. §. & si quidem.* Igitur cum tutela alia sit testamentaria, alia legitima, alia datiua, cura tamen est duplex, alia legitima, alia datiua, nulla testamentaria. Et hodie etiam raro locum obtinet legitima cura, his personis dandi curatores arbitrio omni relicto prætori vel præsidi, vt possit quis tentare, hodie omnem curam esse datiuam. Olim prætor dabat curatores adolescentibus, id est, minoribus 25. annis, vt certum est: dabat etiam curatores maioribus 25. annis, qui negotiis superesse non poterant, vt mutis, surdis, cœcis, fatuis, debilibus, & laborantibus morbo perpetuo, *l. 2. & 3. insi. & seq.* D *D. de postul. l. 2. D. de cur. fur.* Non dabat furiosis & prodigis, nisi deficientibus legitimis curatoribus, aut non existentibus idoneis. Sed dabat tantum solus prætor curatores prodigis ingenuis, qui testamento parentis heredes scripti essent, quia *lex 12. tab.* non faciebat curatores legitimos prodigorum agnatos & gentiles, nisi ab intestato, id est, cum pater eorum decesserat intestatus, cum pater eos heredes fecerat, tum solus prætor curatores eis ingenuis personis dabat, qui ob dissolutos mores & luxum iudicati essent prodigi, atque interdicti bonis suis, & commercio. Dabat etiam prætor curatores prodigis libertinis indistincte, siue ex testamento, siue ab intestato heredes patri exstitissent, quia *lex 12. tab.* prodigis libertinis non dabat curatores agnatos, pro- E pterea quod nullo iure patri heredes fieri possunt, neque ex testamento, neque ab intestato, iure ciuili scilicet, cum libertini non videantur habere patrem aut matrem ciuilem, sed naturalem, quia seruilis cognatio nulla est, quæ cœpit in seruitute, *l. 1. §. 1. D. vnde cogn.* & Vlpianus *lib. reg. tit. de cur.* & Paulus *lib. 4. Senten. tit. ad SC. Orfit.* Et hoc ex iure antiquo notandum est de curatoribus. De furiosis vnum tantum dicam, alios esse furiosos, qui continua mentis agitatione omni intellectu carent, de quorum curatoribus nulla est quæstio: alii autem sunt furiosi, qui interuallis quibusdam sensu saniores sunt, *l. 14. D. de offi. præs.* de quorum curatoribus est quæstio, an scilicet tempore intermissi

A furoris desinant esse curatores, quod curatio furiosi finiatur resipiscentia, sicut substitutio, quæ fit furioso finitur resipiscentia, *l. humanitatis, inf. de impub. & ali. sub.* Sed hanc quæstionem ita definit Iustinianus in *l. penult. hoc tit.* vt tempore intermissi furoris nihil administret curator furiosi, nec tamen desinat esse curator, sed interim, vt sit curator nomine, non re. De his curatoribus furiosorum multa alia enucleata iura explicat Iustinianus in *l. vlt.* quæ facilis est.

AD TITVLVM LXXI.

De prædiis & aliis rebus minorum sine decreto non alienandis, vel obligandis.



IN hoc tit. proponitur oratio Impp. Antonini & Seueri, & SC. quod eam orationem subsequutum est, de non alienandis aut pignori obligandis prædiis, mancipiisue rusticis aut suburbanis pupillorum aut adolescentum sine decreto prætoris aut præsidis prouinciæ, in qua prædia sita sunt, quod iam *tit. super. l. 2.* docuit pertinere etiam ad cæteras personas, quibus curatores dari solent, veluti furiosos, prodigos, mutos, surdos. Nam & horum prædia mancipiave rustica aut suburbana sine decreto alienari non possunt vel obligari. Et hoc quoque supra docuimus in *l. 22. tit. de adm. tut.* a Constantino Imperat. esse porrectum ad prædia mancipiave vrbana. nam SC. loquebatur tantum de prædiis vel mancipiis rusticis aut suburbanis, sed id Constantinus produxit etiam ad prædia vel mancipia vrbana, imo ad mobilia quæque pretiosa minorum, vel furiosorum vel prodigorum, vt neque obligarentur, neque alienarentur sine decreto, puta ob æs alienum minoris, quod forte ex cæteris rebus exsolui non potest, quæ causa æris alieni fuit expressa oratione Imperatorum sed non in ea sola causa hoc constitit: Nam vt ostendi in *d. l. 22.* vel vt ostendit potius ipse Constantinus in *d. l. 22.* etiam ex decreto possunt alienari prædia minorum ob donationem propter nuptias, vel ob dotem constituendam, quæ ex aliis rebus constitui non potest, commode explicata *l. ob æs alienum, hoc tit.* & recepto argumento, quod ducitur ex articulo *tantum*: Nam in iure nostro ex taxationibus istis, sicut etiam ex terminis vniuersalibus, veluti omnis, aut nullus, infirmum est argumentum. Nam interpretationes aut constitutiones sæpe demunt & excipiunt ab antiquiore textu vniuersali, & ei legi, quæ ob vnam causam lata est, per interpretationem adiiciunt sæpe alias. Ius paulatim crescit, vt inquit *l. fideicommissa, D. de leg. 3.* Et idem Constantinus, qui ita produxit & amplificauit orationem Seueri, nominatim in *l. vlt. hoc tit.* vult in vrbe, cum agitur de vendendis rebus minorum, causam cognosci & decretum interponi a suo prætore Constantiniano, cui suum nomen indidit *d. l. vlt.* Et ita ex his apparet, qua de re agitur in hoc tit. etiam fuisse antea actum, maxime in *l. 2. tit. sup.* & in *d. l.* Constantini 22. Cum autem restarent pleraque alia pertinentia ad eandem orationem & SC. ea inclusit in tit. *de præd. vel al. reb. min.* Et addidit qui composuit hunc titulum, *& aliis rebus* ex lege Constantini. Nam SC. erat tantum de prædiis rusticis & suburbanis, non vrbanis. Et ob id etiam in hoc tit. nulla est constitutio de vrbanis, quanquam omnes possint produci, & debeant produci ad prædia vel mancipia vrbana, & res mobiles pretiosas. Docet autem in hoc tit. in ea oratione latissime accipi alienationis verbum, vt comprehendat & venditionem ne fiat sine decreto, & permutationem & transactionem, vt in *l. 4. hoc tit.* & dationem in solutum, vt in *l. 15. hoc tit.* & cautionem rei donatæ reddendæ, rei adquisitæ minori semel, *l. 7. hoc tit.* atque etiam

diuisionem, si minor habeat rem communem cum alio, prædium commune cum alio: Nec enim ipse minor, vel tutor eius, aut curator statim potest prouocare ad diuisionem actione communi diuidundo, *vn mineur ne peut demander partage*. Diuisio est species alienationis. prouocari tamen potest ad diuisionem minor a maiore 25. annis, idque nominatim fuit expressum oratione Seueri, prouocare non potest ad diuisionem sine decreto, *l. 1. §. si communis, & l. si pupillorum, in princ. de reb. eor. qui sub tut. l. pen. h. tit.* Cum autem hæc omnia contineantur interdictæ alienationis verbo: & multo magis donatio continetur, vt ait *l. 4. hoc tit.* Nam si non possum vendere, multo magis donare non possum, cum sint plerique, qui possunt vendere, nec tamen continuo donare, vt qui habent liberam peculii administrationem, *l. liber. D. de pecul.* Sed quod ait *d. l. 4.* de donatione, accipiendum est de donatione propter nuptias, vel munere sponsalitio, quæ est etiam species donationis, vel dote, vt & ea non valeat, nisi fiat ex decreto, vt *d. l. 22. l. 8. hoc tit. & l. 8. sup. de don. ant. nup.* Et accipio etiam de donatione simplici, ita scilicet vt hæc ne ex decreto quidem valeat, *l. vlt. inf. si maior fact. al.* Excipitur autem eadem oratione Seueri prædium, quod parens pupilli, quem heredem reliquit, creditori pignori obligauit. Id enim creditor, si pecunia ei non soluatur, suo iure vendere potest, *d. l. 1. §. si communis D. eod.* Et hoc est quod ait *l. 1.* hoc tit. in prin. quod Accurs. non potest interpretari, *venditio prædij quod iure pignoris distractum est, ad SC. non pertinet*, id est, quod creditor distraxit, qui id pignori accepit a parente pupilli, sunt enim ea verba manifeste explicanda ex l. 2. h. tit. altera alteram explicat. quæ *l. 2.* ostendit hac in re plus iuris habere creditorem pignoratitium, cui parens pupilli prædium pignori obligauit, quam debitorem minorem 25. annis. Nam debitor minor 25. annis prædium, quod pater eius creditoribus obligauit, non potest vendere sine decreto, creditor autem potest id vendere suo iure, conuentionis iure, lege pignoris vel hypothecæ, sine decreto. Nec aduersus eam venditionem minori facile datur restitutio in integrum, nisi fraudatus forte fuerit in pretio, puta emptore fraudem participante cum creditore, re addicta modico pretio, *vt in l. 2. hoc tit.* Ex qua etiam replicandum est, quod *l. 1. in fi.* scribit de restitutione in integrum. Et ita etiam inuenio in specie *d. l. 3. D. de distr. pign.* plus iuris habere creditorem hypothecarium, quam debitorem in re obligata. Nam si eadem res duobus est obligata diuersis temporibus, & eam debitor vendat, & ex pretio soluat priori creditori: posterior creditor habet ius offerendi pretii emptori, vt pignus ei cedat: Contra, si prior creditor vendiderit, qui potior est in pignore priuilegio temporis, posterior creditor non habet ius offerendi pretii emptori. quod notandum ex d. l. 3. Et ita sunt duo casus, quibus in pignore plus iuris habet creditor, quam dominus ipse. Excipitur etiam ab oratione D. Seueri in *l. 1.* prædium minoris, quod captum est & distractum ex iudicati causa, id est, exsequendi iudicati gratia, cum esset condemnatus minor iussu magistratus: nam in hac venditione non est opus decreto solemni, quoniam oratio Seueri vetat tutores vel curatores alienare, non magistratus, Et ea oratione minoribus consultum est aduersus perfidiam tutorum vel curatorum, non etiam id actum est, vt minores sint ἄμικτοι, id est, vt cum eis nihil quicquam negotij geri possit, vt non habeant creditores eorum, quo suum ab eis seruent destituti omni remedio iuris, ne per hanc occasionem nemo contrahat cum minore, & quodammodo videatur minori interdictum commercio, quasi prodigo, *l. quod si minor §. non semper, D. de min.* Et eadem oratione excipitur etiam pignus prætorium, quod constituitur ex edicto, creditoribus pupilli missis in possessionem bonorum eius, quam missionem deinde sequitur possessio, & ad extremum venditio pignoris prætorii sine speciali decreto, quoniam has species alienationum quæ fiunt auctoritate magistratus, non attingit SC. siue oratio Seueri, *l. 3. ff. eod.* Ad hæc notandum est, in decreto interponendo videndum esse, an obreptum sit prætori vel præsidi prolatis falsis allegationibus, puta allegato falso ære alieno, falsis nominibus: nulla enim sunt decreta ipso iure, quæ eliciuntur per obreptionem & furtum, vt in *l. 5. hoc tit. l. 2. sup. de fideiuss. min. & sup. tit. Si ex falsis alleg.* qui tit. est de decreto receptæ excusationis incompetentis. Videndum est etiam, ne in pretio fraudetur minor, etiamsi fiat venditio ex decreto. Nam & aduersus venditionem factam ex decreto, si probet minor, se captum esse & fraudatum, restitui potest in integrum, *l. 11. hoc tit.* Notandum est etiam, vt diximus, in alienandis vel obligandis prædiis, vel aliis rebus minorum, vel cæterarum personarum, quæ consilio curatorum reguntur, decretum exigi omnino, vt ne quid fiat temere, neque examinata, neque facta rei cognitione, causaque probata apud acta, & pro tribunali sedente magistratu, & se dante huic cognitioni. Non posse igitur hanc rem expediri de plano, per libellum magistratu procedente, l. 4. *sup. de dilationibus*, sed sedente pro tribunali. Omne decretum interponitur pro tribunali, vt in *l. 6.* huius tit. Et hoc est quod dicitur, *omnia quæ causæ cognitionem desiderant*, id est, quæ decretum exigunt, *per libellum expediri non possunt.* Decretum est cognitio causæ pro tribunali præsentibus ambobus. Ea, inquam, quæ decretum exigunt, non expediri per libellum, non expediri de plano & simplici solo, χαμόθεν, *vt Modestinus loquitur* in *l. 13. de excusat.* solo. Et ad extremum notandum, venditionem factam sine decreto, ipso iure nullam esse: ideoque minori non opus est restitutione in integrum, quandoquidem rem venditam potest vindicare cum fructibus medii temporis, si emptor scierit rem esse minoris 25. annis, vt in *l. 2. inf. si quis ign. rem min.* Sed debet etiam minor emptori reddere pretium, si probet emptor pretium fuisse conuersum in rem pupilli, puta ea pecunia minorem soluisse æs alienum fiscale, quod semper est vsurarium, aut priuatum: hoc probato emptor non aliter ei restituet rem emptam sine decreto, quam si refundat ei pretium, atque etiam vsuras, quas percepturus erat creditor vel fiscus, quo se minor liberatur pecunia emptoris. Reddendæ etiam sunt emptori meliorationes, si fundum venditum sine decreto fecerit meliorem, *l. 10. 14. 16. huius tit. l. pen. §. quanquam, D. eod. tit.*

AD TITVLVM LXXII.

Quando decreto opus non est.



PRoposito SC. de non alienandis vel obligandis prædiis minorum sine decreto vel auctoritate magistratus, subiicit certos casus, quibus decreto opus non est, & quibus sine decreto harum rerum alienatio vel obligatio valet: vt si parens, a quo res profectæ sunt, testamento cauerit, vel codicillis, vt alienarentur, quod etiam fuit exceptum nominatim oratione Seueri, *l. 1. D. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. h. tit.* Idemque est, si parens fundum emerit ea lege, vt quandoque reddito pretio eum venditori reuenderet (*pache de rachapt*) & venditor heredi eius minori pretium offerat: nam & hoc casu, non est opus decreto, quia ex conuentione defuncti reuenditio fit, siue redhibitio rei venditæ, *l. 1. hoc tit.* Non est etiam opus decreto prætoris vel præsidis, si Princeps permiserit alienationem: nam concessio Principis pro decreto habetur, *l. 2. hoc tit.* Et necesse est, vt id permiserit

nominatim, quia si veniam fecerit ætatis, *si ill'a declaré maieur*, ante perfectam ætatem, sola venia ætatis non permittit alienationem prædiorum, *l. 3. sup. de his qui ven. ætat. l. vlt. inf. si mai. fac. al. rat.* Cassiodorus in formula veniæ ætatis: *ita*, inquit, *vt prædiis vrbanis vel rusticis alienandis constitutionum seruetur auctoritas non alienandi, ne cum opinioni stare velimus, publicam auctoritatem lædere videamur.* Item ex lege siue edicto Constantini constat recte vendi sine decreto res minorum, quæ tractu temporis deteriores fieri possunt, veluti iumenta aut pecora superuacua, *l. 22.* in fin. *sup. de admin. tut. l. vlt. hoc tit.* quæ inde sumpta est. Item ex *l. vlt. §. defensionem, sup. de adm. tut.* tutor, vel curator potest obligare res pupilli, aut res adulti pro cautione iudicatum solui, quæ a pupillo, vel adulto exigitur in lite: Nam in *d. §. defensionem*, cautio litis est cautio iudicatum solui, non, vt volunt quidam, cautio iudicio sisti, quæ personæ est cautio, non litis, vt in *Nouel. 53. l. si reus, D. iud. sol. l. 5. §. in possessionem, D. vt in poss. leg.* Excepta etiam erat edicto Constantini mulier minor 25. annis, quæ marito nupserat. Nam hæc res suas vendere poterat sine decreto, adhibito consensu mariti & subscriptione, quod tamen tollit *l. 3. C. Th. de contrah. empt.*

AD TITVLVM LXXIII.

Si quis ignorans rem minoris esse, sine decreto comparauerit.

VBi autem sine decreto contra SC. venditio rerum minoris facta est, a bonæ fidei emptore separandus est malæ fidei emptor, id est, qui sciuit rem minoris esse, ab eo, qui hoc ignorauit. Et in hoc titulo proponuntur duæ differentiæ inter hunc & illum emptorem. Vna, vt bonæ fidei emptor possit se tueri præscriptione statuti temporis, si post perfectam ætatem domini, id est, post impletos 25. annos, sine controuersia statuto tempore eam rem possederit, quam tamen præscriptionem non habet malæ fidei emptor, *l. 1. & 4. hoc tit. l. 2. & 3. tit. seq.* Quinque etiam exiguntur, vt præscriptioni locus sit, iustus titulus, bona fides, maior ætas eius qui rei dominus est, & legitimi temporis possessio, & vt ea possessio fuerit sine controuersia & interpellatione, *l. 4. hoc tit.* Maior ætas domini: nam in præscriptione temporis non computatur minor ætas, *l. 3. inf. quibus non ob. long. temp.* & statutum tempus in *l. 1. & 3. hoc tit.* & in *l. 2. tit. seq.* intelligere oportet quinquennium ex constitutione Iustiniani, id est, *l. 3. tit. seq.* si res pupilli vel adulti obligata aut vendita sit; & post perfectam ætatem emptor eam sine controuersia quinquennio possederit. Breuiori tempore, id est, quadriennio confirmatur venditio, venditio, quæ iure antiquo valuit, licet hodie nō valeat. Ex oratione Seueri hoc habet singulare, vt quinquennio confirmetur. Sin autem res minoris donata sit: quia nec ex decreto valet donatio simplex, statutum tempus dicimus longum tempus, id est, decem annorum præsente domino, & viginti absente: Ea est perpetua definitio in iure longi temporis, vel diuturni temporis. Inde *l. 4. hoc tit.* quæ de longo tempore loquitur, etiam loquitur de re donata, non de re vendita, quod summe est notandum, nec enim placet omnibus. Et altera differentia inter bonæ fidei & malæ fidei emptorem, qui rem minoris emit sine decreto contra SC. hæc est, quod emptor bonæ fidei, etiamsi nondum statuto tempore rem possederit, fructus interim lucratur: non etiam malæ fidei emptor. Nam etsi res minoris non possit vsucapi, vel etiam acquiri legitimi temporis possessione, & præscriptione, quæ inde nascitur, nec bona fides prosit ad eam vsucapiendam, quam lex vsucapi prohibet, vel etiam SC. prodest tamen bona fides ad fructus lucrandos bona fide perceptos, *l. 2. hoc tit. l. bonæ fidei, D. de acquir. rer. domin.*

AD TITVLVM LXXIV.

Si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit.

DIcamus eadem saliua. Sicut silentio domini maioris effecti confirmatur alienatio facta sine decreto contra SC. & silentio quinquennii, vel longi temporis, secundum distinctionem *l. 3. h. tit.* quam paulo ante exposui: Ita eadem alienatio confirmatur, & multo magis speciali ratihabitione *l. 6. sup. arb. tut.* Sed vt exponatur species *l. 1. h. tit.* Rescindi venditio potest, si minor captus fuerit supra dimidiam iusti pretii, electione data emptori, vt vel quod iusto pretio deest, suppleat cū vsuris, aut compenset, vel fundū emptum, aut in solutum datum quod pro emptione est, restituat cum fructibus *l. 1. hoc tit.* quæ idem vult, quod *l. 2. sup. de rescin. vend.* Confirmatur donatio speciali ratihabitione, sicut silentio. silentium est tacita ratihabitio. Et nihil refert ratum habeat maior effectus, facto ipso, aut silentio, vt ait Paulus 1. *Sent. tit. de minor.* Silentio, inquam, quinquennii, vt dixi ante in rebus minoris sine decreto alienatis, vel obligatis, & silentio longi temporis in rebus donatis, quod numeratur tantum ab eo die, quo dominus rerum maior est effectus. Et heredi quoque eius si minor sit, tempus silentii cedit tantum ab eo die, quo etiam ipse maior effectus est, quæ est sententia *l. 3. in fine hoc tit.* confirmata *l. interdum §. 1. D. de minor. l. 5. §. quod si maioris, sup. de tempor. in int. rest.* Possis quærere, quid distet hic tit. a tit. *si maior. fact. rem rat. hab. sup.* Breuiter respondeo illum tit. esse de causis, quæ ipso iure valent, sed rescindi possunt per restitutionem in integrum, nisi minor maior effectus eas causas fecerit ratas, omisso beneficio restitutionis. Hic autem titulus est de causis, quæ ipso iure nullæ sunt, puta prædiis minorum alienatis sine decreto.

AD TITVLVM LXXV.

De magistratibus conueniendis.

MErito hic titulus vltimum occupat locum: nam vltimum auxilium, quo minoribus succurritur, qui alia ratione seruari indemnes non possunt, est actio vtilis in factum ex senatusconsulto & oratione D. Traiani, quæ in hoc titulo proponitur in magistratus municipales, siue duumuiros, qui tutores vel curatores dederunt, vel nominauerunt missis nominibus ad præsidem. Nam *l. 1. hoc tit.* facit differentiam inter dare tutorem, & nominare. nominat magistratus municipalis, dat præses. Item nominat mater tutorem in testamento potius quam dat, vt in *l. 1. inf. de patr. pot.* pater dat filiofamil. tutorem in testamento. Sed hæc differentia sæpe confunditur: vtrumque his verbis indifferenter significatur. Ergo hæc actio datur in magistratus municipales siue duumviros, qui tutores dederint, aut nominauerint, nec cum ab his exigere deberent, satisdationem exegerunt, saluam minori rem fore, aut si minus idoneam satisdationem exegerint: nam & hæc pro non exacta habetur, *l. quoties, D. qui satisdar. cog.* Ex quo apparet hanc actionem pertinere ad tutores vel curatores, qui satisdare debent, quales sunt legitimi & dati sine inquisitione, non ad tutores testamentarios, vel datos ex inquisitione, *l. vlt. sup. de auct. præst.* Et dicitur

hæc

hæc actio vltimum auxilium profugiumque minorum: dicitur actio subsidiaria, quia priusquā eatur ad duumuiros, excuti oportet bona tutoris vel curatoris, & reuocari actione Pauliana, si quæ alienauerit in fraudem minorum: excuti etiam debent bona fideiussorum eius. & bona collegarum, qui eum suspectum non fecerunt, *l.* 1. 4. 5. *hoc tit.* Et per eos, si non satisfiat indemnitati minoris in integrum, tum demum itur ad duumuiros, diuisa inter eos actione pro virilibus portionibus, si ambo soluendo sint, *l. 3. hoc tit.* nec itur ad heredes eorum, nisi conueniantur ex dolo & lata culpa eorum, id est, ex delicto, præterquam si dolo eorum aut lata culpa lucrum captauerint sibi, vel alii ex damno minoris, vt exposui *sup. tit. de in lit. iur.* ex Græcis auctoribus detracta negatione, *& l. 2. hoc tit. & l. 2. sup. de her. tut.* Et si forte (vt exponam liquido speciem l. 1. quam non tenuit Accurs. sed Irnerius) magistratus in dando tutore pupilli indemnitati prospexerit acceptis fideiussoribus rem pupilli saluam fore, sed forte non idoneis, & si separatim suæ indemnitati satisdatione prospexerit acceptis fideiussoribus a tutore, si non extet soluendo tutor vel fideiussor, qui indemnitati pupilli cauit, liberatur magistratus, si cedat actiones suas minori aduersus fideiussores, qui eis cauerunt separatim de sua indemnitate: Vel quod notandum, etiā sine cessione in eos fideiussores minori erit actio vtilis. Et ratio hæc est, cur detur vtilis, quia magistratus, qui sibi cauit de indemnitate sua in tutore dando vel curatore, per consequentiam videtur etiam cauisse de indemnitate pupilli, id est, sub ea cautione continetur etiam cautio minoris, res sue minoris. Et idcirco etiam sine cessione minori competit vtilis actio, quæ est sententia *l.* 1. Porro, quod diximus de actione subsidiaria, palam est locum habere tantum in prouinciis, vbi sunt magistratus municipales, vbi singulæ ciuitates suos habent magistratus, & præsidem, qui præest omnibus municipiis, qui est iudex iudicum, vt ait Iustinianus, in quadam Nouella. In vrbe autem, an est locus huic actioni subsidiariæ, puta si prætor dederit tutorem? Sane est etiam huic actioni locus in vrbe, sed non in prætorem, sicut in præsidem in prouinciis, sed in scribam prætoris, forte, qui iussu prætoris inuentarium bonorum fecit, & non omnem quantitatem bonorum in eo expressit dolo malo, vt pro modo facultatum in inuentario expressarum fideiussor daretur, in minorem quantitatem scilicet: nam fideiussor datur pro rei qualitate, in *l. si vero. §. 1. D. qui satisd. cogant. & l. 1. D. in ius voc. vt eant.* Hic dolus scribæ corcetur actione subsidiaria, vt ait *l. vlt. hoc tit.* quæ est coniungenda cum *l. mulier, sup. de iur. dot. & l. vlt. sup. de in int. restit. minor.*

IACOBI CVIACII IVRIS-CONSVLTI, RECITATIONES SOLENNES SIVE COMMENTARII,

In sextum librum Codicis.

AD TITVLVM I.

De seruis fugitiuis & libertis mancipiisque ciuitatum, artificibus, &c.

Anno 1576. vsque ad Tit. 50.

SVperiore libro contractu dotis exposito, & omnibus quæ circa eum contractum [v]ertuntur, ac deinde exposita obligatione [tut]elæ vel curæ, quæ quasi ex contractu [d]escendit, hoc libro proponitur alia obligatio, quæ etiam quasi ex contractu descendere vide-

A tur: nempe successio in vniuersum ius defuncti, vel acquisitio hereditatis bonorumve defuncti: Nam & qui adit hereditatem, vel se immiscet bonis defuncti, contrahere videtur quatenus æs alienum defuncti suscipit, & subeundo eam hereditatem obligat se creditoribus hereditariis, legatariis, & fideicommissariis, perinde ac si cum eis aliquid negotii gessisset, *l.* 3. §. *vlt. l. 4. ff. quibus ex caus. in poss. l. 8. ff. de acq. hered.* Ac similiter contrahere videtur fideicommissarius qui hereditatem recipit ex Senatusc. Trebel. *l. 38. non enim, ff. ad Senat. Treb.* Et qui bonorum possessionem agnoscit iure honorario, *l. pen. in fine, ff. de separat.* Denique omnis successio quasi contractus est. Alia autē est successio siue heditas libertinorum, alia ingenuorum: & in hoc libro primum agitur de successione libertinorum: in qua ne-

B mo ignorat, leges & edicta multa iura patronis detulisse. Hæc est vna pars iuris patronatus, vt in bonis libertinorum succedant patroni, sicut in bonis clientum iure applicationis. Sunt & aliæ partes iuris patronatus, quas conditor huius libri omnes explanare parat, vt ius patronatus quam sit amplum aperiatur iuris studiosis, ac in eo potissimum consistit quod est de hereditate bonisue libertorum. Et primum quidem ostendit ius patronatus consistere in operis, quas libertus patrono debet ex stipulatione vel iureiurando, quo officio erga patronos cum decedant liberti fugitiui, inde apparet, hunc primum titulum huius libri, qui non tantum est de seruis, sed præcipue de libertis fugitiuis, respicere ad tit. 3. *de operis libert.* In quo etiam lex vlt. est de libertis fugitiuis, vt qui libertum alterius fugitiuum recipit,

C damni nomine teneatur in quantum patroni interest amisisse operas liberti: & hoc amplius pœnæ nomine in quantum religioni iudicis æquum de eo visum fuerit, vt patet ex l. 1. *inf. de colonis Illyricis lib.* 11. ex qua decerpta est *d. l. vlt.* & sine qua vix intelligi potest. In hoc autem titulo primum de libertis fugitiuis est lex 5. Sed hoc interest quod illa lex vlt. est de libertis priuatorum, l. 5. huius tit. de libert. ciuit: quorum artificio & operis Respub. vtebatur: & grauior erat pœna sollicitantis & recipientis libertum Reipub. quam sollicitantis & recipientis libertum priuati hominis. Nam siue libertum quis, siue seruum Reipub. sollicitauerit ad fugam

D & receperit, damnatur in duplum, & præterea XII. aureorum summam reipublicæ inferre cogitur: qua pœna, quod admodum singulare est, nec solui potest beneficio principis, nec excusari adquisitione vel emptione serui fugitiui: vt recte, & longe secus quam Accurs. in extremo l. 5. Græci accipiunt hæc verba, *nec beneficio principali*, quia scilicet ex SC. quod factum est ad l. Fab. de plagiariis, inhibita est fugitiui venditio & donatio, siue fiat a domino, siue a non domino, *l. in fuga, inf. ad l. Fab. de plag. l. 2. D. eod.* Et quæso videamus cur sit illicita venditio aut donatio fugitiui: cur in fuga serui nec vendi nec donari possint? An ne per hanc causam venditione permissa, plagiarii vel qui proximi sunt plagiariis sollicitatores alienorum seruorum, redemptis forte a domino seruis, eludant plagii crimen publicum in fraudem reipub. Qua ratione Græci vtuntur in *d. l. in fuga.* An vero, quod rectius esse arbitror, vt serui a

E fuga deterreantur, si nec suscipi se posse a quoquam, nec celari impune intellexerint, nec acquiri cuiquam titulo vel auctoritate iusta, veluti emptione, donatione, vsucapione. Quam rationem confirmat *lex, seruos, inf. de agricolis & cens. lib. 11. & lex 6. hoc tit.* quæ & fugitiuos, si eos occultator afferat in libertatem, vel vindicet esse suos, protinus vult adhibitis tormentis interrogari, cuius dominii, cuiusque conditionis sint, adiecta ea ratione vt a fuga deterreantur: quæ etiam efficit ne fugitiui dum erunt peregre & forte imperii fines egrediuntur, in commissum cadant, ne per fugam dominorum potestati se subtrahant, *l. vlt. § serui, ff. de public. & vectig.* Et ne in arenam se dando, vel ne vllo alio

periculo vitæ domini effugiant poteſtatem, *l. vlt. de* A *fugit.* Hæc omnia, vt a fuga deterreantur: & illud quoque Senatuſc. ne ab alio vllo titulo acquiri poſſint mutareque dominum. Denique hæc omnia recepta ſunt fugæ ſeruorum coercendæ gratia, ne excedant, ne fugiant inconſulto, ne officia deſerant, ne perfringant compedes, quod fugitiuos beneficio aquæ aſſequi poſſe ſcribit D. Chryſoſtom. homil. 9. dum ait, ferrum aqua molleſcere. Sed ad rem redeamus. Duplum quod ex l. 5. huius tit. quam interpretandam ſuſcepi quaſi præcipuam, is qui ſollicitauit & ſuſcepit ſeruum publicum ciuitatis reipublicæ inferre cogitur, hoc eſt vt præter ſeruum fugitiuum præſtet alterum ſeruum eiuſdem æſtimationis, qua forma etiam colonos fugitiuos vult dominis ſuis eſſe reddendos, *l. ſeruos, inf. de agricol. & cenſ.* & rurſus *l.* 5. huius tit. eadem forma libertos ciuitatum fugitiuos ait reddendos eſſe ciuitati, quod B ita accipiendum eſt non vt alter libertus præſtetur, quia liberi hominis, aut æſtimationis eius nulla eſt præſtatio *l.* 103. *liber homo, D. de ver. obl.* ſed vt præſtetur alter homo, non libertus: & quemadmodum Baſilica habent, vt reddatur libertus ciuitati μετὰ ἄλλȣ δούλȣ. Nam & libertus δοῦλος, eſt, ex Chryſippi ſententia περὶ ὁμωνυμίας. τῶν δούλων nomen eſt generale, quod & ſeruos complectitur dominio alieno ſubiectos, & libertinos qui proprie dicuntur οἰκέται apud Athenæum lib. 6. Proinde quodammodo meus eſt qui, etſi non ſit ſeruus, libertus tamen meus eſt, *l. talem, in fine, D. de hered. inſtit.* quia hæc teſtamenti verba, *ſi meus erit cum moriar heres eſto*, docent pertinere etiam, ad ſeruum manumiſſum inter viuos, id eſt ad libertum: & ſimiliter quem indignus ſum ſeruum habere, eum etiam libertum habere non debeo, *l.* 53. *Si quis* C *rogatus ancillam, ff. de fideicommiſſ. libert.* Eadem ratione alienata in fraudem patronorum reuocantur actione Fabiana, vel Caluiſ. cum tamen eadem alienata in fraudem filiorum vel parentum nulla actione reuocentur *l.* 2, *D. Si quis a patre manumiſſ. fuerit.* Nempe ingenuo homini licet fraudare bonis ſuis filium vel parentem facta alienatione inter viuos citra donationis inofficioſæ vel dotis ſpeciem: quia liber & ingenuus eſt rerum ſuarum dominus pleno iure: libertus ſeruitutem qua exiuit nondum exuit, itaut nulla ſuperſint veſtigia priſtinæ ſeruitutis, nullæue reliquiæ. Sed pergamus: non omittam quod additur præterea in hac l. 5. defenſorem ciuitatis qui ſeruum publicum non requiſierit, nec reuocauerit, duo vicaria mancipia publico inferre, vn- D de ſcientes ſeruos publicos eſſe fugitiuos defenſores ciuitatum requirere debent ſuo iure quaſi magiſtratus. Seruos autem priuatos quiſque perſequitur, inueſtigat requirit nonniſi adhibito magiſtratu vel eius apparitore, quo auctore licenter ingrediatur ædes alienas quaſcumque, & perſcrutatur veſtigia occultantis ſeruos, *l.* 2. *hoc tit. l. Diuus, D. eod.* vt ex 12. tabul. furti concipiendi gratia patet aditus in alienas ædes, atque adeo γυναικωνῖτιν, in interiorem partem ædium, ſed non ſine magiſtratu, & qui fugitiuum requirit, quaſi furem requirit. Nam fugitiuus ſui ipſius fur eſſe videtur, *l.* 1. *h. tit. l. ancilla, D. de furt. l.* 4. *l.* 6. §. *ſane ſi ſeruus, ſup. de iis qui ad Eccleſ. confug.* Illo loco *aut qui ſeipſum furatus, &c.* Dico intelligitur: Nam natura non patitur E vt idem ſit fur & res furtiua. Imo nec ius ciuile patitur vt ſeruus qui alterius poſſeſſionem & dominium ſubuertere non poteſt, *l.* 15. *rem quam, D. de acquir. poſſ.* ſui poſſeſſionem ſubuertat, id eſt, vt ſui furtum faciat, furtum enim nihil aliud eſt quam ſubuerſio poſſeſſionis, *l.* 1. §. *Scæuola, D. ſi quis teſt. lib.* Sed quantum ad vſucapionem attinet, fugitiui furtiui eſſe intelliguntur vel finguntur, vt in eis neque locum habeat vſucapio, vt ait lex 1. neque præſcriptio longi temporis. Quæ duo ita videntur recte poſſe diſtingui, vt in eis locum non habeat vſucapio ſi ab alio poſſideantur, & in eis locum non habeat longi temporis præſcriptio, ſi ipſi diu verſati ſint in libertate ſine dolo malo. Sed ſimplicius eſt dicere, etiam in ſeruo vel alia quacunque re mobili aliquando eſſe locũ præſcriptioni longi tẽporis, *vt in l.* 1. *inf. Si aduerſ. credit. præſcript. opp. l. reſcriptis, ff. de diuerſ. temp. præſcript.* quæ ſane notanda eſt, dum ait, reſcripto Antonini caueri etiam vt in re mobili, (ſic habent Florent. Pandectæ, & Baſilica,) locus ſit præſcriptioni diutinæ poſſeſſionis, cæterum fugitiuo locum non eſſe. Denique vt eſt in §. *aliquando, Inſtit. de vſucapion.* nullo tempore ſeruum acquiri cui adhæret vitium fugæ, quod quaſi furtum eſt, & ita Græci in l. 1. h. tit. Barto. & Salic. & Fab. & multi alii. Et addit d. l. 1. vtilitatem Reipub. hanc fictionem induxiſſe, vt fugitiui haberentur pro furtiuis, ne eorum fuga ex cauſa vſucapionis aut præſcriptionis longi temporis vllum damnum dominis adferret. Et hæc de ſeruis & libertis ciuitatum fugitiuis, & artificibus, vel deputatis publicis operibus. Alia eſt conſtitutio huius tituli, nempe l. vltima quæ ſpecialiter tractat de ſeruis publicis vrbis Romæ, vel fabricis, ſeu aliis publicis operibus deputatis, vt ſi ſe contuberniis alienarum ancillarum immiſcuerint, quod in idiotiſmo eſt *formariage*, confeſtim reddantur operibus vrbis Romæ vna cum contubernali ſua & liberis ex contubernio natis. Quod nouum eſt datum vrbi Romæ ſingulari iure: nec enim contubernia dominium mutant, & liberi ex contubernio nati cedunt vtique matri iure naturali, id eſt, eodem iure quo ſata cedunt ſolo. Nam & mater veluti ſolum eſt, nec proprie τοκεύς vt ait Æſchyl. Alia eſt autem Conſtitutio in hoc tit. de ſeruis fiſcalibus, vt qui eos occultauerunt extra rem etiam ærario inferant 12. argenti libras: quæ pœna longe ſuperat pœnam dupli, quæ vulgo indicitur iure ordinario cæteris furibus. Nam & occultator fugitiui fur eſt; qui tamen grauius plectitur quam cæteri fures: & ſerua in *l. pen. hoc tit.* quæ eſt de ſeruis fiſcalibus, generaliter ſeruos appellari fiſcales eos, qui in rubrica huius tituli dicuntur pertinere ad rem priuatam vel dominicam. Res priuata eſt principis propria iure ſuo, quam quæſiuit antequam rerũ potiretur, vel poſteaquam rerũ potitus eſt ſuo nomine. Res dominica eſt quæ pertinet ad dominium principis iure publico, vt in tit. *de fundis rei priuatæ & fundi rei dominica.* Hæ vero & illæ res rectiſſime dicuntur fiſcales, & quod ait *l.* 3. *inf. de quad. præſcript.* omnia eſſe principis, habet ſenſum hunc, vt omnia ſint principis tam dominica quam priuata, vt omnia adſcribantur fiſco: Nam vt ait Seneca, cætera priuatorum ſunt imperio principis, & dominio ſingulorum. Pene expoſui omnes Conſtitutiones huius tit. ſaltem pauciſſimæ reſtant. Primum vt adnotemus ex l. 4. mitius puniri eum qui ſeruum fugitiuum priuati hominis ſuſcepit: Nam ex d. l. 4. in hoc tantum damnatur, vt præter ſeruum fugitiuum etiam reddat alterum ſeruum eiuſdem pretii, aut pretium alterius: quod in legibus ſolemne eſt taxari ad 20. aureorum ſummam, vt *d. l.* 4. *& l. Papinianus* §. *vlt. ff. de inoff. teſtam. l.* 1. *inf. de communi ſeruo.* Hoc tantum addam ex l. 3. huius tit. Seruus qui transfugit ad Barbaricum (ſic eſt legendum ex Baſil. περὶ τὸ βαρβαρικὸν ex *l.* 1. *& 2. ſup. quæ res export. non poſſ.*) ſi deprehendatur, detur in metallum, vel alia pœna afficiatur, vel quod barbaricum eſt, vt ei pes vnus abſcindatur, non vterque. Nam hoc vetat Nouel. Iuſtiniani 34. ſicut in libro Volcatii Gallicani legimus, crura & poplites abſciſſos eſſe eis qui è militia fugerent, deſertoribus militiæ, qui & ipſi fugitiui dicuntur; *l. aut facta* 16. §. *tempus, ff. de pœnis.* Et in allegoriis Heraclidis Pontici abſcindi manus impiis liberis qui eas in parentes intuliſſent, & cætera, quæ retulit Galenus lib. 6. de placitis Hippocratis & Platonis.

AD

AD TITVLVM II.

De furtis, & seruo corrupto.



Itulus est generalis, qui non sine causa sequatur vicinitatem tituli de seruis fugitiuis. Nam fuga seruorum species furti intelligitur, vt heri diximus & qui fugitiuum celat fur est, *l. 1. D. de seruis fugit. l. 38. qui seruo §. vlt. D. de furt.* Imo vt Sabinus IC. ait apud Gellium lib. 11. ca. vlt. fur est etiam qui cum fugitiuus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tanquam se amiciens, ne videretur a domino obstitisse B visus est. forte & fur est qui sciens viam fugitiuo monstrat, vt est in legib. Visigoth. li. 9. non qui insciens, *l. furtum non committit, D. de furt.* Hæc enim sunt iurisgentium, lumen de lumine accendere, erranti comiter monstrare viam, non prohibere aquam profluentem, alteri largiri quod sibi non officiat, & alteri prosit, quæ sunt iis vtilia qui accipiunt, danti non molesta, *l. 2. §. Item Varus ff. de aqu. & aqu. pluu. arcend.* & vt vulgo iactatur in foro, *vne partie ne doit insister a vne chose où elle n'a point d'interest.* Item quo magis horum titulorum coniunctio illuceat, vix vnquam seruus fugit quin secum furto rem aliquam auferat pecuniamue domini, *d. l. qui seruo §. pen. l. vlt. D. de fugit.* vt in comœdiis Plauti seruus quidam fatetur: *Multa mihi mala eueniunt & merito meo. quia & fugi, & tibi surripui filium, & eum* C *vendidi. A. quoi homini. S. Theodoromedi in Aulide Polyplusio sex minis.* Igitur hæc duo vitia coniuncta & proxima sunt, & seruorum probra, fuga & furtum. Et inde in venditionibus seruorum cautiones illæ addebantur, & fugitiuum non esse, & furem non esse. Et eleganter, D. Hieron. in epistola ad Titum cum audiente viro apprime graui laudaretur iudex, quod fur non esset, refert eum dixisse, *laudas optimum seruum, si nec fugitiuus est*: quod scilicet florere oporteat virtutibus longe maioribus ingenuos quam seruos, & longissime abesse a vitiis seruilibus. Et id puto D. Hierony. sumpsisse ex Philostrati Apollonio lib. 3. apud quem Iarchas rex Indorum eruditissimus inepte dari vulgo eandem laudem magistratibus, quam venaliciarii dant venalibus, quod fures non sint. At quod attinet ad 2. partem huius tit. D de seruo corrupto quantam coniunctionem habeat cum tit. eiusdem libri lex 5. satis demonstrat, quæ de sollicitatoribus seruorum fugitiuorum loquitur. Is corruptor est qui persuadet alieno seruo vt dominum fugiat, in qué est actio ex edicto prætoris, *quod quis seruo alieno quid dolo malo persuaserit quo eum deteriorem faceret.* Olim ita edicebatur *quo eum corrumperet.* Et inde nomen actionis. Recte noui, ne quis seruum dumtaxat, vel seruam deintegratam intelligeret edixerunt, *quo eum deteriorem faceret.* Et quæso cur de seruo corrupto a prætore prodita est actio, non de filio corrupto? Dixerit aliquis rectissime ex *l. vt tantum 14. §. 1. D. eod.* Seruo corrupto minui patrimonium domini, dignitatem & famam domus integram manere, filio autem corrupto non minui patrimonium patris, nec enim filii sunt in nostro patrimonio, sed minui dignitatem & splendorem familiæ, cuius infamiam prætor existimat neminem sanum peruulgaturum. Ideo non dedit de filio corrupto, vt ille qui de parricidio legem non posuit, quod existimaret tantum facinus superare captum generis humani, & quod existimarit id neminem facturum, neque de eo quid sanxit quasi ante commissum non esset. Cæterum filii vel filiæ animo corrupto si quis velit potest experiri, non directa actione de filio corrupto, sed vtili, id est, in factum verbis obscuris, temperatis & mollioribus, vt mentionem non faciat cor-

A ruptionis, ne suum pudorem suæue familiæ offendat: in qua actione officio iudicis æstimabitur quid commodi ex filio perciperet si esset bonus & frugi, sicut filio subrepto, in actione furti quæ patri competit, æstimatur id quod interest, veluti lucra acquisitionum, quæ per causas furti intercepta sunt, eaque duplantur, *l. eum qui §. si filiusfamil. l. mater, D. de furt.* Affectionis rationem haberi non est æquum. Nec omittendũ quoniam pertinet plurimum ad bonos mores quibus quisque debet se bene informare quantum potest, vt est in *l. 1. & l. corrumpitur, ff. de ser. corr.* corrumpi etiam seruum eamque corruptionem pertinere etiam ad edictum, vt inscriptio ostendit, si persuadeatur ei vt dominum contemnat. Corrumpi & filium si persuadeatur vt patrem contemnat, contra viam peruulgatam B maiorum, & contra iura naturæ. Corruptores igitur morum pessimi, qui persuadent vt magistratus & principes legitimos contemnant. Porro de seruo corrupto in hoc tit. sunt tantum duæ Constitutiones l. 4. & 20. Ex quibus intelligitur eum qui seruum dumtaxat sollicitauit ad mores improbos teneri tantum actione serui corrupti, quæ mixta est actio, quanti ea res erit in duplum *l. 14. vt tantum §. in hac actione, ff. de ser. corr.* Qui autem sollicitauit verbi gratia ad fugam & celauit, tenetur actione furti quæ meram dupli pœnam continet, *l. 4. hoc tit.* Et tenetur etiam actione serui corrupti, nec alteram altera consumit. Duo enim sunt diuersa facta quæ plecti seorsum æquum est: quod probat l. 20. hoc tit. Cuius species hæc est. Lucius Titius suasit seruo alieno vt rem aliquam domino surriperet & ad se ferret, nec persuasit: Namque seruus hæc omnia domino C exposuit & auctore domino, qui L. Titium cupiebat in hoc ipso delicto deprehendere, seruus rem ad L. Titium pertulit: concepta re, quæritur qua actione teneatur L. Titius corruptor? Lex ait, L. Titium vtraque actione teneri, furti & serui corrupti, nec altera alteram consumi, nec minui. Nec obiicienda est legi 20. l. 4. tit. 1. supr. quæ dominum qui immisit seruum in domum vel agrum alienum, vt si possessor seruum susciperet, deinde cum eo ageret quasi cum susceptore serui fugitiui, hunc qui illud lucrum captaret, & cadere actione & dominio serui & seruum redigi in fiscum. quia in ea specie dolus incœpit a domino, vt Accursius ait. in lege 20. dolus incœpit a Lucio Titio, & dolo quicquam agere non licet, sed contra agere licet. Et valde notandum est in specie d. l. 20. D eum qui furtum non fecit, puta L. Titium qui rem non contrectauit inuito domino, qui permisit seruo suo vt perferret rem suam ad sollicitatorem, tamen teneri actione furti ex dolo suo. Vt igitur non sit furtum, sed furti actio: quia quantum in L. Titio fuit, furtum fecit. Eadem ratione de seruo corrupto tenetur, licet seruum non corruperit. etiam conatus puniuntur, & vt habetur in Basil. non debent esse impuniti eiusmodi hominũ conatus. Omnia scelera quãuis citra exitũ subsederint, puniuntur, & generaliter ait *l. 1. C. Th. ad l. Iul. de ambitu, pari sorte leges punire scelus & sceleris voluntatem, & l. 5. quisquis, inf. ad l. Iul. maiest. Eadem,* inquit, *seueritate voluntatem sceleris, qua effectum puniri iura voluerunt.* Cuius legis verba sunt accipienda gene- E raliter, nec coangustanda ad hoc crimen. Nam vt hoc variis comprobem exemplis, sollicitatores alienarum nuptiarum, itemque matrimoniorum interpellatores licet stuprum non perpetrauerint propter voluntatem perniciosæ libidinis, extra ordinem coercentur, *l. 1. ff. de extraord. criminib.* & ex Constit. Iouiniani, *Si quis non dicam rapere sed attentare tantum iungendi matrimonij causa sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœna feriatur l. 5. Si quis, sup. de Episc. & Cler. No. de raptu sanctimonialium 123.* pari pœna plectitur qui rapuit virginem deuotam, vel vt ait Sozomenus, qui deuotam ἀκολάστως intuitus est: & similiter qui officium in pro-

cia habet, si mulieris inuitæ suæ prouinciæ illicitè nuptias affectauit, *l. 2. sup. si quacumque præditus potestate vel, &c.* Et fur quoque ex d. l. 20. etiamsi effectu potiri non potuerit, & consimiliter effractor & vecticularius, & raptor manifestus coercendus est, & vt Quintil. ait declam. 174. *Insidiatus ciui, etiamsi non effecerit scelus, pœnas tamen legibus soluit. & proditoris patriæ consilium certum est puniri, d. l. quamuis.* quæ omnia Max. Tyrius complexus est his verbis: *Adulterum*, inquit, *lex punit, non tantum eum qui perpetrat, sed eum qui perpetrandæ rei consilium iniit.* Et generaliter verum est, in atrocioribus delictis quæ tam naturali quam ciuili iure improbantur, non minus puniri voluntatem quam effectum, sed non etiam in leuioribus, *l. 22. §. sed & si, ad l. Cornel. de falsis, l. cogitationis, D. de pœn.* quæ pertinet tantum, vt inscriptio docet, ad edictum *quod quisque iuris*, quo tantum punitur effectus, non consilium: quoniam leue est crimen. Porro vt in specie d. l. 20. licet furtum non sit, tamen est actio furti, ita euenit aliquando contra, vt re vera sit furtum, non tamen sit actio furti: vt si quid diuortii causa vxor amouerit, re vera furtum est *l. rerum. ff. rerum amot.* Et si illa commiserit crimen expilatæ hereditatis, reuera furtum est, nec tamen in eam est actio furti, quæ irrogat infamiam: quia promiscuus vsus exemplo actionis furti ream vxorem fieri non patiatur, l. 17. huius tit. Ac similiter furtum est si quid filio emancipato pater vel patronus liberto amouerit, nec tamen in eos est actio furti, sed in factum tantum, *l. 5. 6. 7. ff. de obseq. pa. præst.* Denique in parentes non est furti actio etiamsi nobis furtum fecerunt, quoniam est turpis actio, & vetat his personis debitus honos ne in eos confligamus turpi actione: & tamen, quod notandum est ex l. 3. & 11. huius tit. in nouercam & in vitricum est actio furti, qui tamen dicuntur parentum locum obtinere, & vero pro parentibus habentur in aliis partibus iuris, *§. affinitatis, & §. socrum, Instit. de nupt. l. Aristo, D. de ritu nupt.* secundum id quod Phocylides præcepit de nouerca. Sed non eadem tamen, vt liquido constat ex l. 3. & 11. huius tit. In nouercam & vitricum, si nobis furtum fecerint, datur actio furti. Nudius tertius exposuimus quemadmodum apte cohærerent inter se tit. 1. & 2. Et cum essent duæ partes tit. 2. de furtis, & seruo corrupto, faciliori methodo prius expedire volui eam quæ est de seruo corrupto, deinde de furtis. Residet difficilior quæ tractata est multorum scriptis & sermonibus vexata & multas quæstiones habet & illam potissimum quæ tractatur in l. 1. de concurrentibus actionibus. Hanc nemo possit absoluere vna hora, illam facile mihi erit absoluere. de concursu contrariarum actionum quas idem homo in iudicium deducit iuris sui tuendi gratia, contrariæ actiones sunt quibus quod intenditur pugnat inuicem, vt in specie l. 1. finge: ex pecunia, quam seruus domino surripuit Lucius Titius sciens eam pecuniam contrectari inuito domino, mandante seruo fundum comparauit: domino in L. Titium tanquam furem pecuniæ est ex delicto condictio furtiua, & actio furti in duplum: est etiam in eum actio mandati ex contractu serui, id est, ex mandato, in hoc vt fundum mandatu serui emptum restituat. Sed eligere dominus debet, vtrum experiri malit ex delicto, an ex contractu. Nec enim simul vtramque actionem in iudicium inferre potest. alioquin secum ipse pugnaret: nempe improbaret quod cum seruo L. Titius gessisset agendo furti & condictione furtiua, probaret agendo mandati. mandati actio gesti ratihabitio est *l. 66. Si seruus alienus D. de fideiuss.* quod ius etiam sequimur hodie, vt Io. Faber annotauit, Si ex pecunia patris vel mariti mandante filio vel vxore idem sciens pecuniam esse furtiuam, aliquid filio vel vxori comparauerit: Et ita verum in specie *l. 1. supra, si seruus &c.* Si seruus ab extero se emi mandauerit, & manumitti, & post emptionem emptor eum non

A manumittat, liberum est domino agere mandati cum emptore vt seruum reddat quem non manumisit, vel ex vendito, vt soluat pretium serui, vtraque actione experiri non potest. Contrariæ enim sunt actiones, actione mandati, seruum inemptum fieri & restitui desiderat: actione ex vendito manere emptionem vult, & adimpleri soluto pretio. Sic igitur statuamus, contrarias actiones simul in iudicium deducere non licere: neque offendamur legibus quas in contrarium adducit Accurs. *l. 45. rei communis, ff. pro soc. l. si seruus, D. commod. l. si mandauero 22. §. si tibi, ff. mand. l. 3. sup. depos.* quod admittant concursum actionis furti, & actionis mandati, si procurator in exequendo mandato furtum domino fecit: concursum actionis furti & actionis tutelæ vel negotiorum gestor. concursum furti vel actionis depositi, pro socio, commodati, conducti locati, quo-

B niam vt hoc paucis expediam in illis casibus non pugnat actio furti cum actione mandati. Vtraque enim improbat factum procuratoris, qui rem domini celandi animo attrectauit, & mandati actio persequitur rem, furti actio pœnam. Quo genere concurrit etiam actio furti cum aliis bonæ fidei iudiciis. Quod cum generaliter proposuisset l. 45. recte intulit l. 46. id est, *& in colono & eo qui negotia gerit, & qui mandatum nostrum exequitur & in tutore*, sic legendum, forte, *id est*, non *idem est*. imo nihil vnquam inueni hoc certius: nec alia est ratio *l. si seruus, ff. commod.* Quandoquidem re dominica inuito domino a seruo commodata L. Titio scienti nolle sibi eam rem dominum commodari, domino est in L. Titium non tantum actio furti, & condictio fur-

C tiua, sed etiam actio commodati, & vtraque experiri potest, cum lex non adiiciat quod semper solet, & debet semper: & vero auctores adiiciant, altera contentum esse debere. Dices: atqui agendo commodati videtur ratum habere commodatum, sicut in specie *d. l. 1.* agendo mandati, videtur ratum habere mandatum, ergo sibi contrarius est, quia probat commodati agendo, commodatum, & quia improbat agendo furti: Proinde non est audiendus si vtroque iudicio experiri velit. Dicam species esse diuersas, & in *l. si seruus ff. commod.* dominum agere commodati ex contractu serui, vt rem suam recipiat, non vt potissimum factum comprobet. Et in hac l. 1. dominum agere mandati, non vt pecuniam suam recipiat, sed vt Titius mandatum impleat serui, & ex fide bona fundum mandato serui emptum

D restituat, reddat: quo genere plane ratum habet omne quod cum seruo L. Titius gessit. si ageret mandati ad pecuniam suam recipiendam dumtaxat, non prohiberetur etiam agere furti. Et ex iis apparet quam male in *d. l. si seruus*, Accurs. & Bart. suppleant, electa actione commodati extingui actionem furti, quod proinde est ac si dicerent, exacta re furtiua furem absolui pœna. Soluitur quidem fur condictione furtiua si acceperit actionem commodati: quia vtraque actio commodati & condictio furtiua respicit ad rei persequutionem; non soluitur autem actione furtiua quæ respicit pœnam. nec moueor rursus *l. 71. si is cui. ff. de furtis.* qua nititur Accurs. quod dicat ipso iure perimi actionem commodati si cum cōmodatario, qui rei commodatæ furtum fecit,

E prius actum sit furti in duplum, & retro perimi actionem furti per exceptionem doli mali, si cum commodatario prius actum sit commodati, quo nihil, vt dixi, moueor. Nam hodie fecimus vt constaret, in *d. l. si is cui*, actionem furti non significare actionem pœnalem in duplum, sed condictionem furtiuam vt *l. cum furti ff. de in lit. iur.* Furti actio est genus, vt *l. eum qui, §. qualis, ff. de furt.* Cuius duæ species: vna ad pœnam duntaxat furti actio: altera ad rem, quæ specialiter dicitur condictio furtiua. Et hac si prius actum sit, actio commodati ipso iure perimitur: quia commodati actioni, cum sit bonæ fidei, inest exceptio doli mali vt eam opponi non sit necesse *l. sed & si ff. solut. matr.* sed si prius

prius actum sit commodati, condictio furtiua non perimitur nisi posita exceptione doli mali: quoniam stricta est actio cui nihil inest, nisi quod exprimitur. Et hæc eadem sententia refertur, in *l. qui seruum* §. *1. D. de verb. oblig.* Cætera quæ Accurs. *d. l. si is qui*, exequitur in dicta *l.* 45. non approbo. non admitto etiam quod idem Accursius notat in *d. l.* 45. quæ est veluti arx quæstionis huius, hodie ex Constitut. Iustiniani electa actione commodati extingui actionem furti pœnalem, hoc est ex l. vlt. huius tit. & cõtra electa actione furti pœnali extingui actionem commodati: Male: nam l. vlt. non loquitur de commodatario, qui rem commodatam subripuit, de qua re non agimus, sed de extraneo qui rem alii commodatam subripuit, quo casu, vt in hac lege proponitur, dominus rei commodatæ eligere potest an commodati cum commodatario, an furti cum fure agere velit. Et hanc si eligat, id est furti actionem, procul dubio perimitur actio cõmodati. Rursus si eligat actionem commodati, actio furti transfertur a domino in commodatariũ, cuius periculo res cessit. Denique vnius actionis electione & perceptione perimitur altera: imo & sola electione si elegerit actionem furti, vel etiamsi elegerit actionem commodati, modo scierit rem esse furto subreptam. Nam si nescierit vel si dubitarit, vt ait lex vlt. quæ dubitantem ignoranti comparat, vt semper fit in iure *l. vlt. sup. de condict. indeb. l. 2.* §. 1. *ff. quis ordo in bon. poss. ser.* Si, inquam, nescierit, aut dubitauerit, & elegerit forte actionem commodati, nec peregerit nondum percepta re commodata, integrum ei est relicto commodatario transire ad furem. Distinguendum igitur omnino est hac in re hoc modo: aut in eumdem quis habet actionem furti & commodati. Et hoc casu altera alteram non tollit: aut in vnum habet actionem furti, in alterum commodati, vt in specie d. l. vlt. & hoc casu altera contentus esse debet, *vt l. 3.* §. *vlt. D. nautæ caup.* Vector cui in naui res subrepta est, in exercitorem nauis habet actionem de recepto, in furem actionem furti: sed alterutra contentus esse debet. Nam si eligat actionem de recepto, amittit actionem furti, eaque trãsfertur in exercitorem: si eligat actionem furti, liberatur exercitor. Et Accurs. hanc distinctionem, quæ rectissima est, admittit in *d. l. si is cui com. D. de furt.* Sed corrupta est glossa & restituenda hoc modo. hodie, inquit, videtur tolli electione etiã actio furti, vt *Cod. eod. l. finali:* sed dicas, inquit, ibi loqui quando extraneus fecit furtum rei commodatæ, quod verissimum est. Non est omittendũ quod Bald. annotauit in hac l. 1. duas actiones contrarias recte institui sub alternatione, vt ille qui apud Accurs. *in l. 1. inf. quando prou. est nec.* sic loquitur, dico sententiam esse ipso iure nullam, aut si quid valet, maiorem iudicem appello. Et ad eundem modum duas actiones contrarias institui recte sub alternatione & adhibita scilicet protestatione vt iudici videbitur, ex altera tantum nos esse contentos consequi sententiam, quo iure vtimur: & vero vt vtamur æquum est & necessarium si incertum sit quæ potius actio teneat, vt in specie *l. 1.* §. *quia autem D. quod legator.* Si legatarius sine voluntate heredis rem legatam occupauerit, heres cum legatario agit non male petitione hereditatis, vel interdicto quod legat. quibus iudiciis tenentur ij tantum, qui pro herede, aut pro possessore possident: & simul aget cum eodem interdicto quod legat. quo tenetur qui pro legato possidet, quamuis ita sibi quodammodo aduersetur dum agit vtroque iudicio. Nam interdicto quod legatorum fatetur aduersarium iure possidere, id est pro legato: petitione hereditatis, vel interdicto quod legat. negat aduersarium iusto titulo possidere, sed pro possessore, vt pro prædone, vel pro herede, vt falsum heredem & subreptitium, sed protestatio corrigit omne vitium intentionis. Et sic in *l. contra sup. de inoffic. testam.* Idem simul agit querela imperfecti testamenti & querela perfecti sed inofficiosi, nec tamen sine protestatione,

A vel alternatione vt hac vel illa via ad ius suum perueniat. Et similiter licet simul agere iudicio petitorio & possessorio, veluti actione in rem & actione momenti, id est, interdicto vti possidetis, vel vtrubi: quãuis actione in rem videatur fateri aduersarium esse possessorem; interdicto vti possid. negare. Hoc nimirum proposito & hac protestatione, vt ius suum siue hoc siue illo remedio sibi conseruet, quæ est sententia *l. naturaliter* §. *nihil commune, de acquirenda possess.* Qua de causa & proculdubio licet petitorii & possessorii iudicii causam cumulatim disceptare & dirimere. Symmach. in epistolis ad Theodos. *Constitutio*, inquit, *recitata est quæ iudicibus copiam tribuit non necessitatem imponit.* Locus est apertissimus, vt quoties de possessione iudicant, continuo & si casus tulerit, & de petitorio cognoscant. nec
B pugnat quod vulgo dicitur, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate: Nam & ita dicitur prius esse disceptandam criminalem causam quam ciuilem, minorem cedere maiori. Et tamen si ita iudici visum sit, simul ciuilis & criminalis disceptari potest, *l. penult. sup. de ord. iudic.* Denique sicut qui exceptione vtitur non omnino fatetur & admittit intentionem actoris, nec se impugnandæ eius alia ratione priuat, *l. non vtique D. de except.* sicut qui familiæ erciscundæ agit non omnino fatetur aduersarium esse coheredem *l. qui familiæ D. famil. ercisc.* ita qui agit rei vindicatione, non omnino fatetur aduersarium esse possessorem; vt non sit integrum si velit adhuc venire ad interdictum de possess. & hoc est quod ait *d.* §. *nihil commune*, non videri eum renuntiasse possessioni, cuius postea argumenta forte proferuntur, qui rem vindicauit, videlicet vin-
C dicationem esse proditam rei seruandæ non perdendæ gratia, l. *aliam causam, D. de nouat.*

Ad l. 5. & 7. de furtis.

L. 5. Ciuile est, quod a te aduersarius tuus exigit, vt rei quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem. Nam a transeunte & ignoto te emisse, dicere non conuenit, volenti euitare alienam bono viro suspicionem.

L. 7. Si is, cui te pecuniam ad matrem tuam perferendam dedisse proponis, parua quantitate numerata, reliquam in vsus suos conuertit, furtum fecit.

EXplicaturi sumus hodie quæstiones l. 5. & 7. Ac primum quidem admonendi sumus, in furem nec ma-
D nifestum præter rei persequutionem, quæ genere vindicationis aut condictionis instituitur, dari actionem furti pœnalẽ in dupl. ex XII. tab. §. *sunt autẽ, de noxa. action. Instit.* Eaque actione tenetur non tantum qui furtum fecit clanculum, sed etiã is cuius ope & consilio furtum factũ est. Nam & hic dupli tenetur, vt optime docet *l. vlt. sup. de noxal. action.* In furem autem manifestum dari actionem in quadruplum ex edicto prætoris, §. 1. *Instit. de perpet. & temp. action.* Actio igitur furti nec manifesti, quod notandũ est, est ciuilis. i. ex l. XII. tab. Actio manifesti est prætoria, & vtraque perpetua tamen. His vero actionib. vtimur si pro fure damnum decisum non sit, vt loquuntur XII. tabul. id est, si de furto transactum non sit. Placet enim pacto & transactione nuda ipso iure tolli actionem
E furti pœnalem, *l. 13. hoc tit. l. iurisgentium* §. *si paciscar, l. si tibi,* §. 1. *D. de pact. l. si pro fure, D. de condict. furt.* ipso iure, id est ex duodecim tab. quæ pactionem & decisionẽ furti approbauerunt. Alioquin ex pacto nudo neque cõstitui ipso iure, neque tolli obligatio potest. Non igitur iure ciuili nimis acerbe actum est, iureue ordinario cum furibus, cum, vt dixi, pactione nuda extinguatur furti pœna, non rei persequutio, nisi quis vltro suam rem donauerit. Ac præterea nunquam legibus fuit prodita criminalis actio furti; id est nulla fuit de furto accusatio ordinaria & legitima præterquam ex certis causis, veluti plagii, repetundarum, residuorum, peculatus, & siquid

de incendio, ruina, naufragio, rate, naue expugnata captum aut raptum esse dicetur. Ex aliis causis non est prodita de furto criminalis actio quæ sit ordinaria & legitima. Proponitur etiã in hoc titulo l. 18. specialis actio furti ex edicto prætoris, ciuilis actio in eum, qui ex miserrima naufragorũ fortuna, vel incendio, quo forte cõflagrabant ædes alienæ, aliquid cepit, abstulit, amouit. aut qui quid deterius fecit, qua tenetur, etiamsi non sit manifestus intra annum vtilem in quadruplum, & post annum in simplũ, non ei tantum cuius interest, sed etiam fisco, i. tantum fisco infert quantum ei cuius interest, *l. 3. §. vlt. de incend. rui. naufr.* Atque ita tenetur intra annũ in octuplum, & post annum in duplum præter criminalem exequutionẽ & pœnã corporalem in eum statutã duodecim tab. *l.* 1. §. 1. *l. qui ædes, D. eod.* Quod l. 18. huius tit. significat his verbis præter pœnam olim statutam. Criminalis igitur exequutio si sit legitima & ordinaria, non tollit ciuilem actionem in duplum vel quadruplum, neque vicissim hæc illam: At certe extraordinaria criminis persequutio tollit actionem ciuilem & ordinariam. & quod hodie in vsu actio non est furti in duplum vel in quadruplum, id ex eo manat quod omnia iudicia sint extraordinaria, & furti agatur, vt ait *l. vlt. ff. de furt.* nunc plerumque criminaliter & extra ordinem, non ciuiliter in duplum vel quadruplum. vbi autem quis elegit viam & accusationem extraordinariã, sane renuntiasse videtur ciuili & ordinariæ actioni in duplum vel quadruplum, & simplo ei satisfit, quod ad rem sublatam attinet, quæ est euidentissima sententia, *l. interdum, §. qui furem, ff. de furt.* nec tamen prohibetur quis si velit omisso iure & rigore extraordinario, ciuiliter agere in duplum vel in quadruplũ, vt ait *d. l. vlt.* nec iure prohiberetur hodie me iudice si quis mallet agere de furto in duplum, vel in quadruplum extraordinarie: quia ordinaria iudicia cessant potius quã extincta sunt, quod notandum. Et iis addamus quod proponitur in l. quinta hoc titulo de furto concepto, quo nomine olim erat actio in triplum. Hodie est actio in duplum tanquam ex furto non manifesto, vt si quis rem sibi surreptam conceperit & inuenerit apud L. Titium, possit L. Tit. insimulare & condemnare furti si vltro dicat se eam rem emisse cum agitur a domino actione furti in eum, vel condictione furtiua, nec exhibeat venditorem, fur est qui rem domino subreptam possidet, si non exhibeat auctorem a quo rem accepit. Et ideo ait l. 2. *Inciuile est quod desideratis vt agnitas res furtiuas non prius reddatis quam pretium fuerit solutum a dominis. Curate igitur cautius negotiari ne non tantum in damna eiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Contra *l. cogi, sup. de petit. hered.* ait, inciuile esse possessorem a petitore compelli vt edicat causam & titulum possessionis suæ præter eum vt subiicit qui cogitur edicere an pro herede vel pro possessore possideat, ne scilicet frustra agatur petitione hereditatis, quæ comparata est in eum dumtaxat qui pro herede vel pro possessore possidet. Sed hi tituli pro herede vel pro possessore in eo tractatu de petitione hereditatis falsi sunt non veri, & reus si ex eis neget se possidere, sane cogitur edicere, verum titulum si quem habet. Atque ita is quocum agitur speciali in rem actione cogitur edicere an possideat, ne frustra cum eo agatur: sed qua ex causa possideat nec edicere nec docere cogitur. Hoc munus est petitoris non possessoris implere dominii probationem. Præposterum est petitorem actionem suam desiderare vt instruat, informet & fundet possessor vnde petitur, omnis probatio a petitore exigitur, nulla a possessore: possessori fortuna fauet, & impensior est semper possessoris causa & pronior, quod omne ostenditur in *l.* 4. *& vlt. sup. de edendo, l. 2. sup. de probat, l. 6. sup. de testib.* Et ita *d. l. cogi* abrogat *l.* 1. *Cod. Theod. de fide test. & instrum.* qua Constantinus petitori defuncto probationibus constituit vt possessor edicat vnde possideat, vel quo iure

A eam teneat: quod merito *l. cogi* ait esse inciuile & esse præposterum vt actore non probante probationem exhibeat reus: nec refragatur l. 5. huius tit. quæ hoc vult vt possessor compellatur edere titulum suæ possessionis, auctoritatis siue dominii: si possessor vltro dicat eam rem se emisse cum agitur in eum actione furti, vel condictione furtiua, vel rei vindicatione, tum vt damnetur furti nisi exhibeat venditorem. aut dicamus sollicitius, vt Thalelæus in illo loco, & distinguamus hoc modo: aut agitur de nudo aut solo dominio petitione hered. vel rei vindicatione, & tunc possessor non cogitur edicere tit. possessionis suæ actore non probante. Aut agitur de furto, & tunc possessor cogitur purgare innocentiam suam probato tit. possessionis suæ & auctore suo, qui non indicat auctorem, vel qui non indicat furem si rem
B possideat, pro fure habetur: qui non indicat furem si rem non possideat, & si furem nouerit pro fure non habetur: quæ est sententia *l. qui vas* §. 1. *ff. de furt.* Aliud est celare furem, aliud non indicare. qui celat fur est, qui non indicat fur non est, nisi rem possideat, & auctorem exhibere detrectet: nam vt eleganter ait *l.* 5. *a transeunte & ignoto te emisse dicere non conuenit volenti euitare alienam bono viro suspicionem.* Et inde Diuus Hieronymus dum Ruffinum perfidiæ coarguit & plagii: *Dic*, inquit, *a quo exemplar acceperis, nec mihi ad subterfugiendum crimen auctores mortuos aliquos proferas vt cum auctorem proferre non potueris, illum proferas qui non possit respondere, & in consequentibus: dic potius inueni librum, putaui esse martyris, iam te non vrgebo, & non quæram a quo acceperis, vel mortuorum aliquem nomi-
C nato, vel in platea ab ignoto homine te emisse dicito, non curo.* Et id etiam apertius dici potest ad *l. cogi*, & ad istam omnem quæstionem percipiendam, petitore non probante intentionem suam possessorem non cogi edicere titul. possessionis suæ, contra petitore probante intentionem suam, vt si rem vindicet, & liquido probet eam rem defuncti fuisse, cui heres extiterit, tum ne res euincatur, necessario cogi possessorem edicere & probare vnde possideat, puta eam rem esse sibi a defuncto donatam, vel se eam vsucepisse, *in l. emptor, inf. de præscript. longi temp. l. si quidem inf. de except. l. siue possidetis, sup. de probat.* In qua male affirmant ideo possessorem edicere tit. possessionis suæ, quia præsumptio faciat pro petitore: qua de re nullum verbum nullumque indicium in ea lege. Ac proinde male in eo etiam lo-
D co diffuse tractant de præsumptionibus deserta quęstione propria, & simplicius Græci illam legem interpretantur in hanc sententiam: qui rem suam petit, probare debet qua ex causa eius rei dominium nactus sit: qua probatione impleta, si aduersarius dicat se ex alia causa iustiore dominium acquisisse, tum ipse pro sua parte suæ quoque intentionis probationem implere debet, & ita probatio probationem elidet, sic recte a possessore exiges probationem, modo a petitore exegeris prius acceperisque. Et ita accipiam omnino eam *l. siue possidetis*, & dicam solum possessorem non cogi edicere causam dominii vel possessionis suæ exonerato petitore, sed petitore probante dominium rei, necessitatem contrariarum probationum exigi a possessore, nisi lite cadere velit. Et ita quoque accipiam quod Isæus ait *in pro-
E xeneta* his verbis. *Ius*, inquit, *esse vt prædia quæ sunt in controuersia possessor doceat a quo emerit, vel ex causa pignoris acceperit, vel ex causa iudicati, nimirũ petitore pro sua parte implente intentionem suam.* Et his addamus etiã quod est in *l. 2. huius tit.* Eum apud quem furtum conceptum & inuentum est cadere in suspicionem furti, etiamsi edicat vel edoceat a quo eam rem acceperit, posset enim a fure accepisse sciens, & fur est qui rem a fure sciens accepit, *l. ancilla, in fine hoc tit.* atque ita domino rem suam vindicante ab eo apud quem quæsita & inuẽta est, is inciuiliter desiderat vt dominus sibi restituat pretium quod ipse pro ea re intulit vẽditori, cũ nisi sce-

leris

leris particeps sit regressum habeat aduersus suum venditorem. Et inde corpori negotiatorum Impp. in *d. l. 2.* (quod aptari potest ad multa negotia humana) ita rescribunt, *Discite igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna eiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis.* Id est circumspicite etiam atque etiam a quo ematis, ne & rei, & pretii damnum faciatis: curiosos esse emptores oportet, sicut dicitur, curiosos creditores esse oportet, in quam rem scilicet mutuam pecuniam rogentur: alioquin per incuriam vel non curantiam eis persæpe fraudi foret, in *l. 3. §. si sic accepit, D. de in rem verso. l. vlt. D. de exerc. actione.*

Ad l. penultimam.

Apud antiquos quærebatur, si seruus, quem aliquis bona fide possidebat, furtum commiserit alienarum rerum, vel ipsius apud quem constitutus est: an ipse, qui eum bona fide detinet, noxalem furti actionem aduersus verum dominum habeat, vel ipse ab eo qui furtum passus est, prædicta conueniatur actione. Cumque generalis regula ab antiqua prudentia exposita est huius hominis gratia, pro quo noxalem furti actionem suscipere quis compellitur, aduersus alium furti actionem habere non concedens: quidam ita eam per coniecturam interpretati sunt, aduersus bonæ fidei quidem possessorem nullo modo furti actionem extendi: ipsi autem si furtum fuerit passus, aduersus verum dominũ furti noxalem actionem recte decerni. Tunc autem bonæ fidei possessorem furti nomine, quod passus est noxalem actionem habere posse, quando seruus sub domini sui fuerit constitutus C *possessione: & pro his rebus posse eum aduersus dominum habere actionem, non solum quas seruus subtraxit iam apud eũ constitutus, sed & quas furatus est, quando fugit quidem a bonæ fidei possessore, adhuc autem nondum sub manibus domini sui fuerat constitutus. Quam interpretationem prisca quidem iura per coniecturam introducebant: nos autem altius & verius ad eam respicientes, generalem regulam sic ab initio esse prolatam accipimus. Cum igitur bonæ fidei possessor domini cogitatione furem possidet: merito, donec apud eũ constitutus est, & aliis tenetur noxali actione, si extranei furtum a seruo fuerint passi, & ipse aduersus verum dominum non habet actionem, secundum regulã dicentem: Qui habet aduersus alium furti actionem, ipse ea teneri non potest. Sin autem desinat in serui retentione, & ille apud verum dominum fuerit inuentus. tunc ipse quidem noxali* D *furti actione minime potest teneri, aduersus autem verum dominum habet ipse furti noxalẽ actionẽ pro rebus quas vel tunc furatus est, cum est apud verum dominũ, vel antea postquam bonæ fidei possessoris retentionẽ excessit, nec dum apud verum dominum factus est. Sic iterum regulæ generali casus euenit consentaneus: Qui enim habet tunc furti actionem aduersus dominum, ipse aliis teneri furti actione non potest, & sic ex tempore omnibus discretis, vetustissima dubitatio nostro fœdere conquiescat, & bonæ fidei possessor in parte certa temporis habeat actionem, & non teneatur actione: & ipse dominus alio tempore non teneatur actione & in alio sub actione constituatur. De eo autem, qui liber constitutus, ab alio bona fide tenetur, si furtum commiserit, recte & sine aliqua dubitatione dicitur posse eum, qui liber est cognitus, & ab ipso qui bona fide eum detinet, pro furto conueniri, &* E *bonæ fidei possessorem, si extraneo furtum liber commiserit, non posse conueniri, sed ipsum pro suo furto respondere: quia generalis regula de seruo prolata est: & pro eo qui non seruus, sed liber, & suæ potestatis est, noxalẽ moueri actionem, impossibile, nostrisque legibus incognitum est. Datum Calend. Octob. Lampadio & Oreste vv. cc. Coss.*

QVæstio l. penult. pertinet ad regulam iuris antiqui quæ dictat dominum aut bonæ fidei possessorem, qui ex delicto serui noxali actione tenetur atque conueniri potest, non posse eiusdem serui nomine ea actione experiri, & contra eum quo cum agi non potest noxali A actione, posse ipsum agere ea actione. Huic regulæ locus est primum in dominum, si communis seruus primi & secundi primo dominorum furtum fecerit: nam primus cum secundo agere non potest actione furti noxali: Quia si is seruus extraneo furtum fecisset, primus eo nomine teneretur noxali actione in solidum: & pro quo teneretur noxali actione etiam in solidum qui ex parte tantum dominus est, absurdum est vt propter eum etiam habeat noxalem actionem in socium. Quod ostendit lex *Et puto §. vlt. ff. famil. ercisc. & l. penult. ff. de nox. act. & l. 8. ff. eod.* quæ nominatim ait quemuis dominorum si seruus cõmunis noxam fecit, teneri noxali actione in solidum: Sed non alia ratione inquit, poterit qui conuentus est euitare litis æstimationem, nisi solidum B seruum noxæ dediderit, quia noxæ deditio diuisionem non recipit *l. si seruus §. item si ff. ad leg. Aquil.* nec igitur ferendus sit partem suam cedere paratus sit actori post acceptum iudicium noxale: nam ante id potest cedendo suam partem consequi securitatem, & is qui cesserit hoc genere amittet actionem noxalem quam habuit, quia dominus serui pro parte factus non potest iam cum socio experiri actione noxali. qui si alii noxam nocuisset seruus, ipse conueniretur noxali actione. Et in eundem hæc non cadunt vt eiusdem serui nomine possit idem & conuenire & conueniri noxali iudicio. Quod locum habet non solum in actione furti, sed etiam in aliis noxalibus actionibus, vt ipsi inter se socii non possint agere noxali actione ex delicto serui communis, quod in vnum ex iis admiserit, *d. l. si seruus §. 1. l. vt tantum §. si seruus, de seru. corr. l. sed si vnius §. si seruus, ff. de iniur.* Et cedo rationem huius regulæ quæ sit idonea: nimirum alia ratio non est quæ sit idonea quam quod sit absurdum eos inter se noxalibus actionibus experiri qui in ea causa sunt, vt serui nomine tanquam domini noxales actiones pati & excipere possint. Quæ ratio etiam efficit vt inter se socii non agant de peculio ex contractu quem forte habuerunt cum seruo communi, *l. hinc quæritur, §. vltim. & l. seq. de peculio.* Nam qui agit de peculio vel noxali actione, non se, sed aduersarium dicit esse dominum & possessorem. Denique non agit vt dominus de peculio vel noxali iudicio, sed vt extraneus, id est, extraneis hæ actiones dantur non dominis, sed in dominos, dominis, & in dominos non item: Et hac in re nulla est differentia inter seruum communem & proprium. Si seruus meus seruo meo noxam nocuerit, nemo est in quem mihi competat actio noxalis, quod alterum seruum meum deteriorem fecit vel forte occiderit. Et similiter si seruus communis seruo meo proprio noxam fecit, cum quo experiar actione noxali non habeo: hanc pati meum est agente extraneo, siue ex parte, siue in solidum dominus sim, condominis serui non licet inferre, neque in dominum, neque in socium, non enim scindere hominem possumus, vt pro parte cum socio agam, cum is homo seruo meo proprio noxam nocuerit toto pectore & corde non parte pectoris corporisue sui, οὐκ ἡμισείᾳ γνώμῃ, ἢ μίᾳ χειρί. Et hac in re etiam vtitur comparatione serui proprii & communis Sabinus in *d. l. vt tantum §. si seruus, ff. de seruo corrupt.* vt si seruus communis corruperit seruum meum proprium non sit mihi actio noxalis serui corrupti in socium, perinde ac si seruus meus proprius corrupisset conseruum, id est, alterum seruum meum proprium: vt enim hoc casu non esset actio noxalis in quemquam, ita nec erit illi in socium, eademque comparatio est serui proprii & communis *l. si seruus communis ff. de furt. l. si ante aditam §. 1. ff. de interrogat. in iure fac.* Cæterum etsi deficiat, vt ostendi, actio noxalis in socium serui communis quod in me admisit vnum ex dominis, tamen suppetit alia actio, nempe famil. ercisc. inter socios, vel communi diuid. Et est actio quasi noxalis, vt scilicet officio iudicis vel socius parte sua mihi cedat pro

noxa, vel vt litis æstimationem præstet in simplum. A Non est noxalis actio, sed quasi noxalis, vt ait *l. si seruus communis D. de furt.* quia non datur ad pœnam: puta in ea actione communi diuid. lis non æstimatur in duplum vel quadruplum, sed in simplum tantum, id est, in solam æstimationem damni, vt vel socius eam præstet in simplum, vel cedat parte serui, & totum seruum mihi adiudicari sinat. In iudicio diuisionis hæ actiones suppetunt, simpliciter actio noxalis non suppetit propter rationem quam exposui antea, quæ vt perspicua est, sic etiam vera: alia tamen ratio redditur in *l. si seruus seruum* §. 1. *D. ad l. Aquil.* quam quæ superius allata est, quæque vero vincit iustissimam esse regulam iuris antiqui. Excutiamus quæso illam rationem quæ proponitur in *l. si seruus* §. 1. Si seruus communis meus & tuus meum proprium occiderit citra B voluntatem tuã, cessat noxalis actio in te ex *l. Aquil.* cur ita? ne, inquit, sit in potestate serui damno dando iniuria vni ex dominis alterius potestate se subtrahere per delicti causam beneficiumque. Græci legunt vni soli, vulgo tibi soli seruiat per enallagen personarum, vt Odofredus annotauit. Nam sunt frequentissimæ ἐναλλαγαὶ & temporum & personarum. At vero Accursius noster prorsus damnat, nec petita venia, rationem illam quæ proponitur in *d. l. si seruus*, vt non sit noxalis actio in socium, ne sit in potestate serui vt vni soli seruiat: Et contendit aliam rationem debere reddi cur socio non sit actio noxalis in socium, propterea quod ipse socius, qui agit noxali, tenetur noxali iudicio in solidum: Accurs. mouetur duobus fortissimis argumẽtis. Vnum hoc est: si ideò socio in socium non datur noxa- C lis actio ex delicto serui communis quod admisit in vnum ex sociis, ne sit in potestate serui vt vni soli seruiat, eadem ratione contendam nunquam dominum teneri actione noxali ex delicto serui, ne sit in potestate serui vt dominum mutet damnum dando, vel furtum faciendo extraneo, domino suo non existente soluendo, id est, si dominus non velit aut non possit persoluere litis æstimationem. atqui hæc ratio non tollit actionem noxalem, quia hac vna re esset in potestate serui deteriorem facere domini conditionem *l. 1. §. quod igitur ff. de vi & vi arm.* nisi colludant cum iis quibus damnum inferunt vt dominum mutent ex sen- D tentia Platonis ad finem 2. legum. & argumento *l. cum seruus in fi. mand.* ac citrà collusionem certe potest in hoc seruus facere deteriorem domini conditionem damnum dando extraneo vt dominum mutet, & dedatur extraneo pro peccato, cuius æstimationem non potest implere dominus per facultates suas. igitur ne sit in potestate serui hoc genere mutare dominum, ideo negabis esse in dominum noxalem actionem. Minime vero. ergo nec negabis in socium socio noxalem actionem non esse ea sola ratione ne sit in potestate serui vt vni soli seruiat. Alterum argumentum Accursii tale est. Si ideo socio cui seruus communis noxam nocuit, non datur in socium noxalis actio ne sit in potestate serui vt vni soli seruiat, eadem ratione non dabitur etiam in socium socio actio communi diuidundo quasi noxalis, quam iam ante dedit, quia per eam etiam accidit vt E seruus vni soli seruiat, si forte socius non sit soluendo aut litis æstimationem sufferre nolit. atqui illa ratio non impedit actionem communi diuidundo. Ergo nec per se sola potest impedire actionem noxalem. Hæc sunt fortissima argumenta. quid dicemus? venerari soleo, vt debeo, scripta iuris auctorum, nec si quisquam contempserit is vnquam quicquam in iure certum habuerit, nec sibi bene consuluerit. Sed nec patefecerit viam ad ius perdiscendum. Sed animaduerti in *d. l. si seruus seruum* §. 1. Vlpianum referre ex Vrsei Ferocis libris, & Vrseium ex Proculo, cessare noxalem actionem in socium si seruus communis occiderit seruum proprium vnius ex dominis aut vulnerauerit. Quam sententiam Vlpia. subiicit esse veram, si modo non voluntate alterius domini id fecerit; Sed non sentit Vlpia. eam rationem esse veram, qui alibi vtitur priore quam firmamus vt in socium non sit actio noxalis socio ex delicto serui communis, qui & ipse teneretur noxali actione, si seruus communis alii noxam nocuisset *l. sed si vnius §. si seruus ff. de iniuriis, l. 8. de noxal. actio.* Deinde animaduerti Iulianum scribentem ad Vrseium Ferocem in *l. propen. de nox. act.* ex libr. 2. Iuliani ad Vrseium, quo complexus est notas ad libros Vrsei, Iulianum scribentem notam impressisse Vrseio hanc, quod non ea ratione socio in socium non sit noxalis actio quam attulit Vrseius ex Proculo, ne videlicet sit in potestate serui vt vni soli seruiat, sed idcirco quia socius qui agit noxali actione, teneretur & ipse noxali actione si seruus extraneo noxam fecisset, & Iuliani ratio est ex Sabino, cuius disciplinam Iulianus sequutus est, & quæ nominatim Sabino adsignatur *d. l. vt tantum §. si seruus seruum*, per comparationem serui proprii & communis: Iulianus Sabinianus fuit, non Proculianus, & ex dissidiis inter has familias Iurisconsultorum Proculia. & Sabinianorum innumeris in Digestis hoc vnum est certissimum iudicium. Nota igitur Accursii nostri & nota Iuliani est: & nota Iuliani est ad Vrseium, quasi veram Vrseius rationem non protulerit, & nos igitur non tam Accursio quam Iuliano libenter assentiamus, & dicamus Iuliani rationem esse potius sequendam. Et pergamus ad alia. Superiori regulæ, id est, quam initio recitationis huius exposuimus, locus est non tantum in domino, sed etiam in bonæ fidei possessore, qui serui alieni quem bona fide possidet existimat se esse dominum. Nam bonæ fidei possessor quamdiu eum seruum possidet tenetur propter eum actionibus noxalibus, vt dominus. bona fides imitatur dominum. Denique tanquam dominus, quamdiu seruum alienum bona fide possidet, eius nomine tenetur noxali actione *l. bona fide & seq. l. quotiens §. 1. l. & generaliter. ff. de noxal. act.* Neque obstat, vt paucis expediam, quod male ait Accurs. *l. si seruus seruum §. item si seruus. ff. ad l. Aquil.* quod dicat serui occisoris dominum teneri noxali actione damni iniuriæ, non bonæ fidei possessorem. ne dixeris, vt vulgo dicitur, speciale esse in actione legis Aquiliæ dari in bonæ fidei possessorem proditum est *l. octaua ff. de interrog. in iure fac.* Sed rem ita præcidam: bonæ fidei possessorem non teneri directo iudicio noxali vt vel litis æstimationem sufferat, vel seruum faciat actoris, quoniam est illud iniquum, & hoc non possit præstare cum ipse non sit dominus serui bona fide possessi. Non igitur tenetur in hoc vt vel seruum eum faciat actoris per noxæ deditionem, vel omnem litis æstimationem sufferat, sed tantum tenetur vtili actione noxali, vt eum seruum dimittat & toto suo iure cedat actori, vt quoquo modo noxæ dedat actori non abcise, vt eum faciat actoris: quæ deditio non erit inutilis actori. Nam domino vindicante eum ab actore cui eum in noxam dedit bona fide possessor repelletur exceptione doli mali, nisi offerat integram litis æstimationem: vnde apparet tenere noxæ deditionem factam a non domino, & omnino vtili iudicio noxali teneri, vt qualiter qualiter seruum dedat actori bonæ fidei possessor, & toto suo iure cedat. Ex quo sequitur seruum qui furtum fecit bonæ fidei possessori secundum superiorem regulam, non habiturum noxalem furti actionem aduersus verum dominum serui, quia qui tenetur ipse noxali iudicio, non potest agere in quemquam noxali iudicio: denique superior regula habet locum etiam in bonæ fidei possessore. definitio est legis penultim. in qua additur, quòd si bo. fidei possessor iam non possideat illum seruum quem olim possedit bona fide, vt si fortasse redierit ad dominum, vt tum bonæ fidei possessor non teneatur noxali actione, quod non eum amplius habeat in sua potestate & possessione

& consequenter vt recte agat actione noxali in dominum ex furto, non quod fecit is seruus dum erat in sua possessione, quoniam hoc genus furti non cadit in actionem furti quod seruus domino facit, vel quasi seruus, id est, bona fide possessus, bonæ fidei possessori facit, quoniam is δοῦλος est siue ἀνδράδουλος: nec patrono etiam cliens si furtum fecerit, imo nec quod libertus patrono fecit, sed quod fecit postquam exiuit a custodia bonæ fidei possessoris. Sed idcirco non cadit in actionem quod libertus patrono fecit, quod & seruus δοῦλος fit, & hic ἀνδράδουλος, vt Æschilus loquitur: nec si mercenarius furtum fecit conductori tenetur actione noxali furti, quia hi sunt serui loco *l. 1. §. familiæ D. de vi & vi arm. l. 4. ff. de vsu & habit.* adhibita interpretatione Theophili in §. 1. *Instit. eod.* In seruos nostros vel eos qui sunt nobis seruorum loco, non est furti actio vlla ex causa ne leuiore quidem, quoniam ius non patitur, vt in quem possimus iure nostro statuere, in eum agamus iure ciuili, & vt inter dominum & seruum lis non consistit, ita nec etiam inter bonæ fidei possessorem qui pro domino habetur, & inter seruum bona fide possessum, vt inter eum qui loco domini est, vel loco serui. Quæ omnia proponuntur in *d. l. penult.* Sed additur, quod maxime notandum est, noxalem actionem non dari in bonæ fidei possessorem qui possidet liberum hominem: serui alieni bona fide possessor quamdiu eum tenet, tenetur actione noxali propter eius serui noxam, liberi hominis bonæ fidei possessor ex delictis liberi hominis non tenetur noxali actione, vel si ea actione actum sit cum domino nondum comperta conditione hominis quem possidet, manet integra actio cum libero homine *l. pen. de noxa. action. l. confessionibus §. vlt. de interrog. in iure.* Potest quæri quæ sit differentiæ ratio inter bonæ fidei possessorem serui alieni, & possessorem liberi hominis? Cur ille bonæ fidei possessor serui alieni fingitur esse dominus, & tenetur noxali actione, & bonæ fidei possessor liberi hominis non fingitur esse dominus, nec ea bona fides imitatur dominium. Puto, vt rectissime definit Accurs. *l. 3. ff. pro soc.* quia fictiones in iure hæ tantum admittuntur quæ naturæ & iuri conueniunt. adoptio fictio est & imago naturæ, quæ imitatur naturam suscipiendorum liberorum, vt ait *l. filio ff. de lib. & post.* Et Calphurnius Flaccus in declamat. adoptio sancta res est, quæ beneficia naturæ & iuris imitatur, quæ tamen naturæ & iuri congruere debet. Nam si adoptaueris eum qui per ætatem tuus filius esse non potest, adoptio non valet: pugnat fictio cum natura, nec admittenda igitur. Et similiter si quis in iure interrogatus respondeat illum filium suum esse, responsio eum non obligat quæ falsa est, nisi congruat naturæ, quæ est sententia *d. l. confessionibus.* Nam si ætas non ferat esse filium, confitendo eum esse filium suum, nihil agit, nihil sibi incommodauit, confessiones reiiciuntur quæ non sunt iuri & naturæ conuenientes, *d. l. confessionibus.* Porro ius non patitur vt possit quis fingi esse dominus liberi etiamsi eum bona fide possideat, quod non sit in cõmercio hominum liber homo. Ac proinde quod non possit a bonæ fidei possessore vsucapi *l. vsucap. ff. de vsucap.* Igitur qui bona fide possidet liberum hominem, non fingitur esse dominus liberi hominis sine qua fictione nec in eum possit intendi actio noxalis ex delicto liberi hominis. At apte & conuenienter bonæ fidei possessor serui alieni, fingitur esse dominus, quod opinio eius iuri non aduersetur, & potest vsucapi. Absoluta est hæc quæstio si modo ostendero paucis, eum qui tenetur noxali, non agere noxali, non idem esse cum eo quod dicitur, eum qui tenetur furti actione non agere furti, hæc sunt longe diuersa: Nam prior sententia ponit vnum tantum furem, vt qui tenetur actione noxali furti nomine, non agat noxali actione. Posterior ponit duos fures, & est quoque de directo iudicio furti, non de noxali, nimirum furem qui rem domino surripuit, & furem qui furi rem subripuit, quo casu dicimus furem furti non agere, quæ tamen positio non est vndequaque vera. Nam si furis ob eam rem interfit eam rem sibi non perire & sibi confestim surripi quod ipse furtum eius rei fecerit, vel dolum in ea re admiserit, ex quibus tenetur, hoc prætextu non potest agere furti ex suo furto & dolo, id est, quod propter dolum huius rei nomine furti teneatur. Nam cuius interest is tantum actionem habet, si eius intersit ex iusta causa. Nam ex turpitudine sua & improbitate nemo habet actionem furti, sicut nec pro socio, nec mandati, *l. si à reo §. vlt. de fideiuss. l. 12. & 14. §. is autem & §. idem Pomponius, de furt.* Ita certe fur furti non agit. Sed si furis intersit rem non perire, quod ea res sit sua: nam rei suæ quandoque furtum fit, vt si debitor creditori rem suam subripiat dolo malo inuito creditore, cui si deinde ea res surripiatur ab alio, tamen recte & in aliũ aget suo nomine actione furti, vt *l. itaque §. pen. ff. de furt.* Et sic fit vt teneatur furti & agat. Nam demenda est negatio, vt iam multoties docui & notaui ex Basil. Et ex Paulo 2. *sentent. titul. de furtis*, dum ait, *Creditori rem pignori obligatam surripiendo debitorem furtum facere, & tamen ipsum quoque si eam rem amiserit furti agere in furem si res surripiatur, quia eius interest ex honesta causa, quod sua intersit eam rem non perire.* Idemque eueniet, si intersit furis rem quam surripuit non interuerti ab alio, quod ipse diligenter eam custodire debuerit, & culpæ nomine teneatur ea re furto subducta: Nam furtum culpæ annumeratur: propterea quod optimo & prudenti patrifamilias non fit furtum: nec abs re quædam prouinciæ non solum puniunt furem, sed eum etiam cui furtum factum est damno rei furtiuæ. Nam in illo est dolus, in hoc culpa. Quod ostenditur *l. qui vas. §. si ergo, l. eum qui §. pater, ff. de furt.* Et hoc in hac specie ostenditur. Rem tibi commodaui in vsum certum, tu eam in alium vsum transtulisti, furtum fecisti. Et si mox tibi ab alio subrepta sit, ages cum fure furti, quod culpam præstare debeas commodatori, & aget æquè in te furti commodator, quod rem in alium vsum transtuleris: & ita si tua intersit quasi commodatarii, aut conductoris, quod re ab alio furto sublata culpæ nomine tenearis, etiamsi sis fur, recte ages furti in furem nouum. Denique interrogatus fur cur agat furti, respondeat, quod res mea sit, vel quod eius rei nomine culpæ sim obstrictus, siue quod eam non seruauerim diligenter, recte aget in nouum furem actione furti. Sed si rogatus, cur eius intersit, non habeat quid dicat, nisi quod furtum feci, & teneor quod dolum in ea re admisi: ratio non est idonea ad dandam furi actionem furti. Denique hac distinctione adhibita non magis stabit veritas ab eo qui negabat furem furti agere, quam ab eo qui affirmauit furem furti agere. Et inde vides quam sit difficilis hæc regula, siquidem dixeris eum qui tenetur furti non agere furti: Et similiter eum qui tenetur actione noxali, non agere noxali actione.

AD TITVLVM III.

De operis libertorum.



IAm a primo tit. dicere instituit de operis libertorum, vt in eo titulo ostendi, priusquam exponere alia iura patronatus, quæ in libertos habemus, quia & initio quoque edicto prætor pollicetur iudicium operarum in libertos, *l. 2. D. eod.* Sequitur ergo ordinem edicti perpetui, dum ab ipso primo titulo meditatur in primis dicere de operis libertorum. Operæ sunt diurna officia, quæ libertus præsenti patrono iurat, vel promittit libertatis causa, id est, sine quibus libertas data non esset, *l. in liberto ff. de sol.* Iurat autem vel promittit manumiss. se daturum operas patrono, in ipso articulo ma-

numissionis, vel post tempus: Nam in seruitute ipsa hoc inutiliter ageretur, propterea quod manumissus non tenetur ex eo, quod gessit in seruitute secundum regulam iuris. Igitur non in seruitute, quasi spe libertatis, sed post manumissionem ex continenti vel interuallo libertus iurat ac promittit patrono se daturum operas. Non debentur nisi promissæ vel iuratæ. Et iuratæ debentur *ex lege Iulia & Papia*, iure singulari, alioqui vt ex pacto & pollicitatione, ita ex iureiurando iure ciuili non nascitur obligatio. Ex pacto legitimo nascitur, & ex iureiurando quoque legitimo, ex quo nominatim lex cauerit actionem dari oportere, vt in hac specie l. Iulia & Papia. Ac præterea exigitur, vt præsenti patrono iuret se daturũ operas non absenti, alioqui iurisiur. nulla est obligatio, nec debentur absenti iuratæ operæ, vt idiotismo vtar, *les iurees*. Iuratæ, inquam, operæ non debentur nisi iuratæ sint præsenti *l. 6. §. si quis absenti, D. de confess.* Quæ lex hæc tria comparat: rem iudicatam, confessionem, & iusiurãdum liberti. Res iudicata in absentem non valet. Confessio facta absenti non valet. Itemque iusiurandum liberti de operis factum absenti patrono non valet. Et hac in re igitur hæc tria consimilia sunt. Ex edicto autem Prætoris datur iudicium operarum, quæ, vt dixi, iuratæ & promissæ sunt patrono libertatis causa. Et operarum non futurarum sed præteritarum, quoniam oportet patronum prius indicere operas liberto, quas sibi edi cupit, quas si deinde non edat libertus iudicio operarum conuentus, in tantum condemnatur, quantum ex operis consecuturus erat *l. 6. hoc tit. l. 13. §. iudicium D. eod.* Quia scilicet operæ edendæ sunt patrono ex eius commodo. Non ergo debentur antequam imperentur & petantur. Sed petitæ si non exhibeantur in iudicio, operarum fit æstimatio, & quanti fuerint æstimatæ operæ, tanti damnatur patrono libertus. Denique damnatur tantum præteritarum operarum nomine: futurarum nulla est petitio nec indictio, quas non declarauit, non indixit nec imperauit ipse patronus, quia nullæ sunt, vel quia nondum sunt, vel nondum debentur, quæ nesciuntur quales sint, nec sciri potest quales sint, nisi indicente & exponente patrono, ex cuius commodo exhibendæ sunt. Et notandum indictas operas vel petitas lite contestata etiam peti posse ab herede extraneo patroni, id est, præteritas, quas patronus viuus indixit, vel, de quibus egit cum liberto lite contestata: Nam si lite pendente moriatur, translatio iudicii operarum danda est heredi patroni etiam extraneo, vt adfirmate omnino legendum est in *l. si operar. eod.* Quinimo etiam præteritas operas petere possunt creditores, qui distrahunt bona debitoris, cui debebantur operæ a libertis suis, vel peti possunt ab emptore bonorum, qui pro successore habetur. Et non est mirum si operæ præteritæ, id est, quæ cœperunt deberi patrono, sequantur heredem extraneum, cum etiam sequantur creditores missos in bonorum possessionem, & permissos vendere bona, & sequantur etiam emptorem bonorum: nec iam ea possunt sequi patronum, cuius bona vænierunt, quia is cuius bona vænierunt, ex antegesto nullam actionem habet *l. pen. de cura. bon. dan.* Et hæc est sententia *l. 40. de op. libert.* Ergo operæ præteritæ, i. e. quæ cesserunt ante venditionem bonorum, non debentur patrono, sed creditoribus aut emptori bonorum. At operæ quæ cesserunt post venditionem bonorum debentur patrono, etiamsi citra operas liberti, vt ait *d. l. 40.* habeat vnde se alat, quod vtique semper ei seruandum est, si post venditionem bonorum cum eo agatur, quia post venditionem bon. tenetur tantum in id, quod facere potest *l. vlt. inf. de reuoc. iis, &c.* Deducto itaque ne egeat, i. e. deductis alimentis *l. 6. de cess. bon.* Hæc vt intelligamus operas præteritas, id est, indictas vel petitas a patrono sequi heredem extraneum, & hoc distare heredem extraneum a filio patroni. Nam filio patroni non exheredato de-

A bentur etiam operæ, quas pater neque indixit, neque petiit iure suo. Futuræ operæ, i. e. quæ cesserunt post mortem patris *l. si oper. ff. h. t.* Dum ait filio patroni competere petitionem operarum, si heres patri extiterit, non si exheredatus fuerit, etiamsi non extet heres. Aliud est existere, aliud extare. Existit heres filius patri ipso iure, i.e. confestim apparet heres, etiam inuitus & ignorans. Extare est constare & perseuerare heredem esse filium, qui heres existit, nec extat, quia abstinet se beneficio prætoris. etiamsi de operis litem non fuerit contestatus pater, vel etiamsi nullas operas indixerit pater, filius nihilominus operarum petitionem habet, quæ sententia est leg. *si operarum* valde notanda, & *l. cum patronus §. 1. D. h. t. & l. pro her. §. si quid, de acquir. her.* Quæ eleganter ait filium heredem institutum, qui & B ipse patronus est, petendo operas à liberto paterno, i.e. quod petat a liberto patroni operas, non ideo videri se pro herede gessisse, quia filiis etiam non heredibus datur petitio operarum. Non dicit filiis exheredatis, sed filiis non heredibus, vt est legendum eo loci, i. e. qui heredes extiterint, sed non perseuerarint propter beneficium abstentionis quod a prætore impetrarunt, iis, inquam, non solum heredibus filiis operarum petitio datur & maxime futurarũ, id est, quæ cesserunt post mortem patris, quæ scilicet ab ipsis filiis indictæ sunt. Sic igitur videmus, vt hæc in pauca comprehendamus, operarum iudicium a prætore dari post indictionem patroni in libertum, ac patroni filiis non exheredatis, licet respuerint hereditatẽ paternam ipso iure sibi delatam. Sed notãdum præterea est, hoc iudicium operarum dari iis tantum, qui seruum vltro manumiserunt, nulla ne- C cessitate cogente, & qui gratuito manumiserunt. Nam qui manumisit ex causa fideicom. vel lege venditionis aut donationis, inutiliter imponit operas liberto, quia non habet earum operarum petitionẽ, eo quod potius soluit debitã libertatem quam præstitit. Et similiter eandem petitionem operarum habet is, qui manumisit seruum pretio accepto pro capite, quia gratuitam libertatẽ non præstitit, quæ omnia ostenduntur *in h. t. l. 2. 5. & 7. l. 7. §. rescriptum l. 13. leg. 47. ff. h. t. l. qui ex causa, de bon. libert.* Ergo hæc pars iuris patronatus datur tantum iis, qui gratuitam sua sponte nulla cogente necessitate seruis suis libertatem dederunt. Cum autẽ dicimus operas esse diurna officia, quod initio proposui vt *l. 1. & 3. D. h. tit.* operarum editionem esse officii præstationem D *l. cum patron. eod.* hoc dicimus, operas quas patronus a liberto postulat, esse officiales, & quas libertus patrono iurat vel promittit esse officiales. Iurat n. vel promittit operas quas sibi indixerit patronus, esse daturum officii causa. Non semper adiicit, quas patronus indixerit, sed intelligitur, quia patrono sunt edendæ operæ ex eius commodo, cum eas poposcerit, vt ait lex *quoties D. eod.* nec igitur debentur antequam petantur. Indicit autem liberto aut indicere potest quascumque operas honestas, quæ possunt edi sine discrimine vitæ, vt indicit fabriles operas, si libertus sit faber, pictorias, si pictor, medicas, si medicus, mimas si mimus, vt sibi vel amicis mimos siue ludos faciat, vel postulat sibi scribi libros, si libertus sit antiquarius, vel eum facit insularium, vt custodiat ædes: vel postulat, vt se sequatur libertus & secum E moretur vel peregre proficiscatur, vel vt secum officium suum exerceat. Hæ sunt officiales operæ, quas patronus a liberto postulare potest & similes quascunque. Multum autem interest promittat quis (quod male distinguitur a nostris) operas fabriles, pictorias vel alterius artificii, vt extraneo, an officiales vt patrono. Nam vt proponam differentiam inter officiales operas, quæ vt patrono exhib. & pictorias, vel fabriles quæ exhib. vt cuilibet non patronatus verecundiæ, non libertatis causa, in promissione operarum officialium, non recte adiicitur persona alterius solutionis gratia, hoc modo: Patrono operas dari, aut Titio: adiectio Titii non valet,

quia officium ei non debetur, nec deberi potest, nisi patrono libertatis causa, nec si tibi pollicear officium vel promittam stipulanti, ex ea stipulatione nulla est actio. Officium recte tantum stipulatur patronus; Stipulatio officij quam extraneus facit, vlla est, *l. 10. 11. & 12.* D. *eod. tit.* In promissione a. operarum fabrilium adiectio valet, si quis ab extraneo, vel si patronus a liberto, non libertatis causa stipuletur sibi aut Titio operas dari, *l. 23. D. hoc tit.* In qua lege, quod dignum est, vt teneamus, ait libertum qui stipulanti patrono vt cuilibet promisit fabriles operas, non officii causa, non libertatis respectu, quam accepit a patrono, si inquam libertus ita promisit vt cuilibet, non vt patrono, vt liberetur libertus obligatione, si tales operas extraneo dederit, quales patrono prestando liberaretur, vbi est manifesta traductio verborum. Igitur sic dicamus. libertus qui promisit patrono fabriles operas, non vt patrono sed vt extraneo, obligatione operarum soluetur, si tales operas patrono dederit, quales extraneo dando liberaretur, quia patrono eas promisit vt extraneo, non vt patrono. Et hæc est prima differentia inter officiales & fabriles seu alias operas. Secunda quæ melius substantiam rei declarat: Officiales sunt in officij præstatione: Fabriles a. sunt quasi in præstatione pecuniæ *l. 6.* D. *hoc tit.* Item quod attigi iam ante, officiales solus libertus soli patrono debet vel filio patroni non exheredato, quia & ipse patronus est. Non debet officiales filio exheredato, non extraneo heredi, nisi præteritas, quæ iam deberi cœperunt defuncto, non fideicommissario Trebelliano, *l. si patroni, in princip. ad Treb.* Non debentur marito patronæ *l. 10. h. t.* Sed si officiales, quæ debentur patrono sint in artificio, veluti medicæ aut mimicæ operę aut histrionicæ, iubente patrono alij edi possunt, quia quæ eduntur alij iubente patrono, ipsi edi videntur *l. si non sortem § libertus,* D. *de cond. ind. l. 9.* D. *h. t.* Quarta differentia est, quæ sumitur etiam *ex d. l. si non sortem §. libertus*, officiales debentur soli patrono, fabriles vero cuilibet. Concludamus igitur, officiales soli patrono deberi, & solum libertum soluere, fabriles vero quemcumque & cuicumque deberi & soluere *d. l. 9.* Officiales iure naturali illi deberi, qui nos affecit libertate & summo præmio. Et ideo si operæ officiales nec iuratæ, nec promissæ præstitæ sint patrono, non condicuntur, quia naturaliter debentur patrono & intelliguntur promissæ & iuratæ. Fabriles autem & pictoriæ siue cuiuscumque artificii, natura non debentur, sed ex contractu. Et consequenter si per errorem indebitæ soluantur, condicuntur. Est etiam alia differentia, quod operæ officiales ex iureiurando debeantur, fabriles nonnisi ex stipulatione. Et postremo, quod officiales non ante cedant quam indictæ sint, fabriles statim cedant ex die stipulationis *l. 22. & 24.* D. *hoc tit.* Vnde apparet quantum intersit officij causa operas debere extraneo, vel patrono vt extraneo, operas deberi fabriles, vel pictorias certi generis, certæque speciei, non vt patrono, sed vt extraneo. Et postremo quod debeo, vt nihil prætermittam ex hoc tit. demonstrare volo, certis modis intercidere operas officiales quæ debentur patrono, certis modis finiri & amitti. Ac primum quidem operas amittit patronus, qui cum eis vti potest, mauult locando ex eis capere mercedem. Indignus est operis & officio patronus, qui aspernatur officium liberti, & mauult quæstum facere ex eis operis, quas genere locationis exhibet extraneo, *quod ait lex 6. hoc tit. d. l. patronus* D. *hoc tit.* Item extinguitur operarum officialium præstatio, si patronus libertam in matrimonio vel concubinatu habuerit, *l. 8. hoc tit. l. 46.* D. *hoc tit.* Quia nouum officium, quod debet vxor marito vel concubina, quæ vxorem imitatur, vt Iulianus antecessor eleganter dixit, quæ dicta est a veteribus viceconiux, quibus concubinæ nomen fuit honestum: nec est hodie in vsu. & quod est in idiotismo concubinæ verbum, est abusus. Igitur si cœperit libertam habere in matrimonio vel concubinatu, nouum hoc officium coniugis aut viceconiugis extinguit vetus. Tertio amittit patronus operarum petitionem, si voluntate eius liberta alii nupserit, quia nec potest præstare cum decore operas patrono, quæ alii nupsit, quæ debet esse in officio solius mariti. Nec idem dicemus, si voluntate patroni libertus vxorem duxerit, quod hic non se dat in officium alterius. Et hæc omnia ostenduntur in *l. 11. hoc tit. l. 13. §. penult. & vlt. l. sicut* D. *hoc tit. & l. 2. inf. de obsequi.* Vbi ita est scriptum: *Libertæ quæ voluntate patroni aut iure nuptæ sunt, non coguntur.* vbi Græci sublata disiunctione, *aut*, melius legunt, *libertæ quæ voluntate patroni iure nuptæ sunt.* Nam & *d. l. sicut* exigit, vt iustæ sint nuptiæ, quas liberta facit volente patrono, aut ratum habente. Nam ratihabitio patroni sufficit vt amittat operas. Ac præterea etiam intercidunt operæ patronis debitæ, si libertus ad dignitatem peruenerit, vt non sit conueniens eum operas præstare patrono, *l. interdum, l. hæ demum eod.* Quo argumento tentatur eum, quem populus elegerit in regem, solui operis vel honore, quem ante debuit domino feudi iure. Et quinto *ex lege Iulia & Papia* liberta maior 50. annis non cogitur præstare operas. Finitur operarum obligatio annis 50. propter infirmitatem ætatis, *l. liberta maior*, D. *hoc tit.* Quæ omnia possunt trahi ad operas, quas hodie rustici quasi liberti debent dominis suis, quas in idiotismo dicimus *corueés*. Item *ex l. Iulia & Papia* libertus, qui duos filios habuerit liberatur, etiamsi superstites non sint, vel qui habuerit quinquennem, *l. qui libertinus* D. *h. t. & l. 6. h. t.* Quia iure veteri libertinus qui habuisset filium quinquennem, .i. qui peruenisset ad quinquennem ætatem iusto ciuium Romanorum numero fiebat, nec reiiciebatur a tribunis vrbanis populi Romani cum cæteris libertinis, vt est apud Liu. *lib. 45.* Ac postremo si libertus patrono dederit pretium, vt dimitteretur obligatione operarum, etiam constat finiri obligationem operarum, & omne ius patronatus, quasi videatur se omnino redemisse a iure patroni, qui se pretio redemit ab operis ei iure, vel natura debitis. Et hoc genere igitur consequitur liberam testamenti factionem *l. 4. hoc tit. l. cum patronus §. penult.* D. *hoc tit. l. Iul. de oper. libert. l. sæpe, de ver. sign.* & iis modis finitur operarum obligatio. Et hæc est breuis summa constitutionum huius tit. modo vnum addam, quod pertinet ad l. 9. quæ in summa vult, non valere citra operas, ea quæ imponuntur libertis onerandæ libertatis gratia in *l. is cui onerandæ hoc tit.* D. *& in tit. quarum rerum actio non detur*, vt in specie *d. l. 9.* si manumissum testamento testator iubeat diurnum officium præstare heredibus. Nam hoc genere onerat libertatem fideicommisso. Libertas est res inæstimabilis, nec in pecuniæ ratione censetur, vt qui libertatem accepit, ex legati vel fideicommissi causa, & ipse possit fideicommisso onerari. Si tibi lego pecuniam, a te recte relinquam fideicommissum. Si tibi lego libertatem, non relinquam fideicommissum, quia libertatis præstatio inpretiabilis est, nec in pecuniæ censum, vt dixi, connumeratur. Et quod dominus Alciatus laborat in eo, quod *in hac l. 9.* seruo cuidam indatur nomen Caius, vt eum ista cura liberemus, inuenies apud Eustathium *lib. 1. Iliad.* Caii nomine significari mercenarium, quem Ennius vocabat abactum seruum: ὁ γάϊος παρ' Ἰταλιώταις καὶ Ταραντίνοις ὁ μίσθιος. Caius inquit, Italis & Tarentinis est mercenarius. Conuenit & hoc nomen seruo.

AD TITVLVM IV.

De bonis libertorum.



Vri iudicioque operarum officialium, quas liberti patronis suis debent vel naturaliter vel ciuiliter ex iureiurando aut stipulatione, addit in hoc titulo ius succedendi in bonis liberti, quod per eminentiam vocant ius patronatus, *vt est in l. 11. sup. tit. prox. & l. 14. de tut. & cur.* & alibi frequentissime ius patronatus est id quo patronus liberto succedit testato vel intestato, quod ius est præcipuum, vt scilicet ad nos redeant bona libertorum nostrorum. Id vero ius patronatus, quod in successione libertorum versatur, quam varium fuerit atque multiplex Institutiones docent, *in tit. de bonor. poss. & in tit. de success. libert.* Et Vlpian. *lib. regul. tit. vlt.* Nempe aliud fuit *ex 12. tabul.* aliud ex edicto prætoris, aliud ex l. Iulia & Papia. Multum scilicet hac in parte iuris elaboramus & IC. & magistratus & tota Resp. propter commoda, quæ inde redeunt ad patronos, & hodie longe aliud est ex constitutione Iustiniani Græca, id est, *ex l. 4. & vlt. hoc tit.* quæ in eo desideratur. Nam quatuor hic tit. tantum constitutiones habet, & vltima desideratur Græca constitutio, quæ omne ius successionis libertorum complectitur simul & emendat. Et est plenissima iurisprudentia, imo omnes (vt hoc semel indicem) si obserues diligenter & accuratius, constitutiones Iustin. sunt plenissimæ sapientiæ iuris. Quod plane demonstrat quam petitissimus fuerit IC. Tribonianus, sine quo etiam periissent omnes veteres libri IC. Nam ipse solus contulit copiam multorum librorum veterum IC. cuius æuum solum habuit eam copiam. Nullus alius in Republ. tum abundabat tanta librorum copia, vt magna sit ei habenda gratia, quod corpus iuris habeamus, quod alioqui nullum habuissemus, aut perquam modicum. Sed quale fuerit ius antiquum de iure patronatus, vel *ex 12. tabul.* vel ex edicto prætoris & leg. Iulia & Papia, sane longum & propemodum inutile sit, & quantum suspicor, ingratum auditu. Imo vt ingenue fatear, hoc liquido vix quisquam explicare posset, quod admodum pauca supersint vestigia iuris antiqui. At constitutio Iustin. cuius sit mentio in quatuor locis *Instit. §. illud, de grad. cognat. §. sed nostra, de success. libert. §. cumque antea, de bon. poss. §. placebat, de legit. agnat. success.* extat integra in scriniis regis sacratissimi in hac vrbe Βασιλικῶν *libr. 49. tit. 1.* Et hoc potissimum agit tota ea constitutio, vt quantum potest rescindat & minuat ius patronatus. Et quemadmodum tit. superiori ostendit, quibus modis tollatur operarum obligatio: Ita toto hoc titulo ostendit, quibus modis perimatur ius patronatus. Valde enim cupiebat Iustinianus, valde ei cordi erat, vt ipse ait in *l. 3. hoc tit.* abolere conditionem seruorum & libertinorum, quod non potuit adsequi nisi gradatim. Nam vt paulatim ius ciuile crescit *l. fideicom. §. si rem suam D. de leg. 3.* Ita non nisi paulatim decrescere potest, quod nihil mutari subito ex antiquo possit sine confusione rerum omnium, & melius sit iura vetera dissuere quam dissecare. Et in hoc tit. acciso primum quantum potuit iure patronatus prolatis antiquis constitutionibus quibus certis casibus ius patronatus extinguitur aut cessat, & productis etiam plerisque nouis. deinde item Iustinia. libertinos omnes fecit ciues Romanos, & donauit iure Quiritum sublata *Latinorum Iunianorum* conditione & dedititiorum. Nec iam in hac constitutione in successione libertinorum separandi sunt ciues Romani a Latinis Iunianis, quorum nulla erat successio, *l. intestato, de suis & legit. hered. coniuncta l. 1. C. Theod. de petit. her. §. vlt. Inst. de succ. libert.* Ac tandem etiam ipse Iust. *in Nou. 78.* nullos

A in Republ. voluit esse libertinos, & eos, qui manumitterentur, ingenuos esse pronuntiauit, saluo tamen iure patronatus, cui statim derogari sine iniuria non potuit. Atque ita fecit speciem vnam ingenuorum habentium patronos. Quod videtur absurdum. Nam alias ingenui nullos habent patronos, quibus hæc iura debeantur, quæ liberti patronis debent. Et vt iam enarrare incipiam ea omnia, quæ continentur in *l. 4.* constitutione Græca de iure patronatus, id quam breuissime fieri poterit præstabo. Suaue est Iustin. ab initio constitutionis enarrare multos casus iuris antiqui quibus ius patronatus perimitur, vel ex aliorum, vel etiam ex suis antiquioribus constitutionibus, veluti *ex l. 3. hoc tit.* quæ est ipsius, vt si patronus remiserit liberto ius patronatus donatione inter viuos, aut testamento, aut codicillis, vel

B si ei dederit liberam testandi facultatem, quod olim ipse patronus liberto dare non poterat: Nam legis est non hominis priuati dare testamenti factionem. Lex liberto ademit liberam testandi facultatem, hanc nisi eandem reddat eadem lex aut Princeps, qui pro lege viua est, frustra secundum ius vetus patronatus ei eam concedit. Cæterum ex constitutione Iustiniani in *l. 3.* remissio iuris patronatus soluit ius patronatus, cum hac exceptione, vt tamen honorem semper quem debet libertus patrono exhibeat, & consequenter, vt possit accusari ingrati, & reuocari in seruitutem, si quid contra pietatem & reuerentiam debitam patrono committat. Igitur nec hodie remissio iuris patronatus, in totum remittit ius pa-

C tronatus, nec continuo pleno iure libertum hominem facit ingenuum, aliter quam si Princeps ei daret liberam testamenti factionem, vel si eum natalibus restitueret, iis scilicet natalibus in quibus omnes homines erant, nondum neque naturali, neque ciuili iure descripto. Nam libertini, qui a principe impetrarunt liberam testamenti factionem, vel qui natalibus restituti sunt, plenam ingenuitatem adipiscuntur, quod solum notare *ad l. 3. hoc tit.* sufficit. Ex *l. 2.* intelligimus, eum ius patronatus amittere, & id maxime quod controuertitur in successione liberti, quo conniuente libertus iunxit se ancillis fiscalibus vel colonis. Conniuentia consensum imitatur, & conniuenti damno est & sæpe dedecori. Ac præterea *ex l. 1. hoc tit.* is qui seruum emit ipsius serui nummis: Nam & seruus intelligitur habere aliquid: certe peculium habet, & quæcumque conniuente domino

D habet, & quæcumque amici eius prorogant pro eo, quin & testamenta facit conniuente domino & exequitur testament. quantumuis licet iniustum, *vt Plin. ait in quadam Epist. & Symmach. in Epist.* ad quam respondit D. Ambr. Sic sæpe fit in iure, vt videantur serui aliquid proprium habere. Et ita dicimus, si quis seruum emerit ipsius serui nummis, & manumiserit, ea de re fide habita inter suum & emptorem, manumissorem quidem eum esse, sed non habere iura patronatus *l. 1. & l. 4. hoc tit. l. si tuis sup. tit. prox.* Et longe alia est conditio domini, qui accepta pecunia a seruo ex peculio forte, quamquam peculium sit in potestate domini, & possit cum libuerit adimere, sibique vindicare, si, inquam, accepta pecunia a seruo, forte ex peculio, eum manumise-

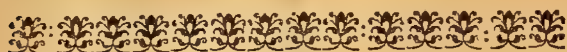
E rit, nam hic plenum ius patronatus habet, *vt ait l. 1. hoc tit.* Et ratio differentiæ summe notanda inter hunc & illum hæc est: quod is qui accepta pecunia a seruo eum manumisit, & si non gratuitam, libertatem tamen præstat. Ille autem qui seruum nummis ipsius emit & manumittit, operam suam tantum videtur accommodare in emendo seruo serui nummis manumittendi causa, ac proinde accepit eum potius in fiduciariam quam veram seruitutem, quod valde confirmat *l. 3. de obs. par. & patron. præst.* Et *l. 4. hoc tit.* ostendit ius patronatus extingui militia, libertus militia scilicet vel alia dignitate adipiscitur ius ingenuitatis *l. 6. & l. 7. qui mil. poss. vel non.* Nam & olim Latini *ex l. Visella*, ius ciuitatis Romanæ militia adipiscebantur. Item seruus a domino domo

eiectus

eiectus in aduersa valetudine, qui a Græcis dicitur ἀπρονόητος, id est, cuius curam vel curationem dominus non suscepit, non vt quidam scribunt ἀφρονῶντος, id est, furiosus & mente captus, sed quem dominus deseruit ægrotantem, qui eam ob rem dominio eius cadit, & patronatu, & seruus fit liber & ingenuus in *l. 1. §. sed scimus, inf. de lat. lib. toll.* Et serua quoque quam prostituit dominus, statim erumpit in ingenuitatem, aut fit liberta sine patrono *l. penult. inf. de spectacul.* Et vt repetitur *in hac l. 4.* quod & admodum singulare est, serua quam dominus solam in concubinatu habuit vsque ad mortem vice coniugis & vxoris, morte domini fit libera & ingenua, cum sua sobole, & lucratur totum peculium, nec heredem domini habet pro patrono. Item si is, qui in liberali iudicio seruum vicit, mox pretium eius serui, quem in liberali iudicio seruum esse pronuntiatum est, accepèrit ab alio, nec vsus sit beneficio rei iudicatæ, hoc casu certum est *ex l. 1. §. illud. inf. de lat. lib. toll.* eum quoque seruum ingenuum fieri, aut certe libertinum esse sine patrono, ipsum, *vt ait lex*, sibi quodammodo libertum esse. Aliquando libertinus est sine patrono, vt aliquando seruus sine domino, & tantisper ipse sibi libertus est *l. 1. inf. commun. de manumiss.* Et interim ipse sibi quodammodo est dominus. Et *ex l. Ælia Sentia* illud notissimum est, eum etiam iura patronatus amittere, qui adegit iureiurando libertum, ne vxorem duceret, vel libertam ne nuberet *l. qui contra, D. de iure patronat.* Idemque euenit si patronus pecuniam acceperit pro operis, si pecuniam officio cariorem habuerit *l. 4. sup. tit. prox.* Item si colludente patrono libertus ingenuus pronuntiatus sit, collusione detecta, eius patroni libertus esse desinit, & fit libertus eius, qui detexit collusionem ex SC. Ninniano *l. 2. de coll. deteg.* Ita tamen, vt proditum est in hac constitutione, vt ille qui detexit collusionem, nihil iuris habeat in bonis liberti, sicut nec is, qui iurauit suum esse libertum, cum re vera non esset suus libertus. Nam & hic ius succedendi non habet in bonis liberti, licet alia quædam iura patronatus habeat, quia vere non est patronus, sed quasi patrona. Item is cui relicta est fideicommissaria libertas, si cessante herede aut latitante ex SC. Rubriano vel aliis SC. quæ proponuntur tit. de fideicommiss. liber. ipso iure ereptus sit in libertatem, iam non est illum moratorem habiturus pro patrono. Ac postremo filius patroni, qui libertum paternum capitis accusauit, vel in seruitutem petiit, nec tenuit causam, cadit iure patronatus ex l. Iulia & Papia, *l. qui cum maior, de bon. lib.* Et generaliter quod attinet ad ius & successionem libertorum, valde hac constitutione accisum & imminutum est ius patronatus, quandoquidem in successionibus pene æquauit, vt ipse ait, iura ingenuorum & libertorum, dum prope iam affectaret quod non effecerat, libertinos facere ingenuos; & quale ius successionis etiam velit, vt in pauca conferam, vtitur hac distinctione Iustin. Aut libertus est minor centenario, id est, minus centum aureis habet in bonis, & hic liberam testamenti factionem habet ex hac constitutione, id est, in suo testamento impune præterire patronum potest. Ab intestato autem deficientibus liberis suis vel emancipatis patronus vocatur. Quod si libertus sit maior centenario, constituit, vt impune libertus in testamento patronum præterire possit, liberis suis heredibus scriptis, vel etiam exheredatis, si modo tenuerint in causa querelæ inofficiosi testamenti, & rescinderint testamentum & venerint ab intestato ad successionem patris. Extraneis autem heredibus scriptis, & præterito patrono, vt patrono detur bonor. poss. contra tab. quæ olim in semissem dabatur, vt indicat *l. 1. §. penult. si cui plus quam per leg. Falc. l. deb. §. 1. de pig. act. l. 1. & l. 43. de bon. lib.* Et ad eum semissem respicit proculdubio Suet. in Ner. dum ait, Neronem conatum efficere, vt ex bonis libertorum pro semisse dodrans cogeretur ei, quæ scilicet erat legitima patroni portio, quæ *vt*

A *ait l. si patron. de donat.* erat portio legitima, debita verecundiæ patronali. sed hodie ex hac constitutione datur præterito patrono tantum poss. bonor. in trientem. Quo genere Iustin. patroni legitimæ portionis rescidit sextantem dum vult trientem tantum habere. Is autem patronus, cui relictus est triens in testamento liberti repelletur a bonorum possessione contra tabulas, sicut filius exheredatus, cui relictus est quadrans testamento patris repellitur a querela inofficiosi testamenti. Sed exigitur vt vterque sit relictus καθαρῶς, purus, sine onere legati aut fideicommissi, sine dilatione, sine conditione. Nam portioni legitimæ quam adscribit filio vel patrono si adiiciat diem, vel conditionem, eam lex circumscribit, quod iis personis debeatur legitima portio sine onere vllo, sine die & sine conditione, *l. quoniam in*
B *prioribus, sup. de inoff. testam.* Et de patrono nominatim *l. cum patronus, de legat. 2. l. siue patronus 21. §. 1. & de iur. patron.* Igitur legitima cui debetur, debet relinqui pure & sine onere vllo & grauamine deductis semper libertatibus testamento relictis, *l. Papinianus §. 4. de inoffi. testam.* Libertates minuunt legitimam portionem liberorum, nec tamen olim minuebant legitimam portionem patroni, sed hodie ex hac constit. minuunt. Item olim poterat portio patroni onerari legatis relictis certis personis, puta liberis liberti aut parentibus *l. 4. de cond. & demon. l. 6. §. si patronus, si quis omis. caus. test. l. ex asse, ad l. Falc. l. si eius §. 1. & l. ita tamen §. si patronus, ad S.C. Trebell.* Legitima tamen liberorum non potuit onerari vllo legato, ne legato quidem relicto fratri aut
C parenti, auo aut proauo. Sed ex hac constitutione in vtroque idem ius est, vt neque patroni, neque filii legitima vllo legato, aut fideicommisso onerari possint. Et si quæ legata relicta sint a patrono, vt transferantur in heredem scriptum, vel si ipse patronus sit heres scriptus ex asse, deducat suum trientem, & reliquum eroget legatariis, vel si patronus sit scriptus ex besse vel ex semisse, vt pro eo quod excedit trientem legata præstet, reliquum vt transferat in coheredem. Et hæc quidem si libertus centenario maior testatus decesserit. ab intestato autem primum vocantur ad possessionem liberi liberti cuiuscunque sexus, hodie sublata differentia veterum inter filium & filiam, & cuiuscunque gradus, seruato tamen graduum ordine & cuiuscunque stirpis.
D Quibus verbis multæ tolluntur differentiæ veterum, tollitur differentia stirpis ingenuæ & libertinæ, quam indixisse veteres Vlpianus indicat in suis Instit. *Post suos, inquit, consanguinei vocantur, post consanguineos cognati, post cognatos vir & vxor si qui decessit, non fuit libertinus, vel stirpis libertinæ.* Libertinæ stirpis sunt qui nati sunt ante manumissionem patris, & manumissi vna cum patre vel post patrem. Ingenuæ autem stirpis sunt, qui nati sunt post patris manumissionem, *l. 2. sup. tit. prox.* Qui etsi sint ingenui, tamen si deficiant eis liberi & cognati, patronus patris vel patrona ei succedit, qui tamen ipse ingenuus est, & solus quidem patronus ex hac constitutione, non filius vel nepos eius, nec cognatus. Et addendum, non tantum in successione liberti intestati præferri liberos eius patrono, sed etiam ipsos inter se liberos li-
E bertorum habere mutuam successionem, & vicissim liberis parentes succedere, nec distingui vtrum liberi sint ex diuersis nuptiis. Fratres igitur excludunt patronum. Post liberos autem & parentes vocantur patroni cuiuscunque sexus sublata differentia veterum inter patronum, & patronam, ex parte vnde legitimi, quia & ipsi cognati libertis esse videntur, idest, agnatis datur bonorum possessio vnde legitimi, si modo per mares sint cognati, id est, agnati. Et hoc notandum esse censeo, quod ait, patronum videri liberto esse cognatum, vt deinceps nemini sit mirum, quod ait *l. cum tale, de cond. & demon.* libertum esse coniunctum patroni liberis. Post patronos autem vocantur patronorum liberi cuiuscunque sexus, etiam postumi, & in adoptionem dati, non adoptiui ex

hac constitutione, & vocantur vsque ad 5. gradum tantum A seruata gradus prærogatiua, seruata etiam inter eos successione, vt repudiante primo vocetur sequens, quod est contra ius vetus. Nam neque in suis, neque in legitimis heredibus erat locus successioni, sed proximiore, cui delata erat hereditas repudiante vacabat hereditas, nec deferebatur sequenti gradui, vt etiam in legitimis heredibus non esset locus successioni. Sed noua hac constitutione Iustinianus introduxit, vt post liberos vocentur cognati patroni vsque ad quintum gradum. Et hac in re est aliqua differentia inter successionem liberti & ingenui: Nam in successione ingenui vocantur in infinitum agnati & cognati vsque ad sextum gradum, & ex septimo etiam inuitatur vnus, scilicet sobrino sobrinaue natus, *l. 2. §. agnati, de suis & legit. hered. l. 8. vnde cognati, §. vlt. Instit. de success. cog.* Et hæc est fere sen- B tentia huius constitutionis.



AD TITVLVM V.

Si in fraudem patroni, &c.

POst titulum de bonis libertorum datur tit. Si in fraudem patroni a libertis alienatio sit facta, &c. In quo de bonis libertorum hoc additur, vt si quid ex iis bonis libertus dolo malo in fraudem patroni alienauerit, id post mortem liberti pro portione sibi debita in bonis liberti rescissa alienatione reuocari possit per actionem Fabianam & Caluisianam. Hæ autem actiones patrono non compe- C tunt nisi post mortem liberti, *l. qui res §. 1. de solut.* Quia nec ante mortem liberti patrono debetur legitima portio, & in fraudem patroni alienatio facta intelligitur ea, quæ minuit portionem legitimam & legibus debitam verecundiæ patronatus, vt ait *l. si patronus, de donat.* quæ hodie est triens bonorum liberti ex constitutione Iustiniani. Et obseruandum hunc titulum loqui de alienatione, non de manumissione. Aliud enim est alienatio, longe aliud manumissio, nimirum quia is qui manumittitur non fit alterius, & alienare est transferre dominium in alterum. aliud igitur est alienare, aliud manumittere, vel manumittere non est alienare. *Et ita recte in l. iudiciorum, de accusat*, qui contraxit crimen læsæ Maiestatis, inquit, nihil nec alienare, neque manumittere potest. Et similiter in *l. prospexit, Qui & a quib.* D *&c.* Et in hac re de qua agimus, distant etiam manumissio & alienatio, quod alienatio facta in fraudem patroni valeat interim, sed post mortem rescindatur per actionem Fabianam aut Caluisianam, manumissio autem facta in fraudem patroni ipso iure nulla fit ex l. Ælia Sentia, Instit. *Quibus ex causis manu. &c.* Et Vlpian. *lib. reg.* & Caius *1. Inst. 1. l. qui in fraudem, qui & a quib. manumiss. Et l. seruum filij §. si idem seruus, de leg. 1.* Libertati statim ab initio lex obstat, nec locum obtinet, quia lex scit, ex post facto vix ac ne vix quidem conuelli posse libertatem, quæ semel competiit, alienationem, quæ semel obtinuit, facile impugnari & reuocari libertatem ægerrime, *l. 4. §. 1. de fideicom. libert. l. si ex causa §. vlt. D. de minor.* Quæ negat aduersus libertatem esse restitutionem in integrum, quod ægre liber homo redigatur in E seruitutem, *l. sicut inf. de lib. causa.* Difficilius permittitur & spissius quæ data ægre reuocaretur, vt ait Cornel. Tacit. quodam loco, tarde concedendum, quod datum non adimeretur. Idcirco lex statim ab initio obstat manumiss. factæ in fraudem patroni, eamque statuit nullam ipso iure, nec tamen ita lex occurrit alienationi, propterea quod facile est rescindere alienationem. Male Æmilius tentat libertatem datam in fraudem creditorum non esse ipso iure nullam contra locos manifestissimos, quos protuli, motus hac ratione, quod libertas data in fraudem creditorum reuocari dicatur *l. 1. inf. Qui manu. non poss.* Quasi vero verbum reuocari non sit ambiguum, quod significat tam reuocari ipso iure, quam reuocari remedio actionis, vt in *l. si libertus §. vlt. de iure patron.* Ipso iure reuocabitur, inquit, citra actionem. ac similiter rescindi dicitur in libris nostris non tantum, quod per actionem, sed etiam quod ipso iure rescinditur, vt est scriptum nominatim in *l. hoc modo, D. de cond. & dem. l. 5. §. 1. qui, & a quibus man. l. 5. sup. de resc. vend.* Mouetur etiam idem, vt affirmet, libertatem datam in fraudem creditorum, non esse ipso iure nullam, & indigere iudicio rescissorio, *l. si creditorib. inf. de ser. pign. dato.* Nam si quis dederit seuo suo libertatem fraudandorum creditorum gratia, ipse quidem qui manumisit non potest manumisso mouere controuersiam siue quæstionem status aduersus factum suum, non potest infringere factum suum, nec honeste fraudem allegare suam. Idem etiam non potest heres eius manumissoris. Nam heredis est tueri quod gessit defunctus, etiamsi id iure non gessit, quia propius accedit ad vicem defuncti, & sustinet personam defuncti, vt quod defunctus non potuit immutare & retractare, nec possit etiam ipse heres. Hæc est sententia *d. l. si creditor.* Vnde ita concludit: Ergo ipso iure non fuit nulla libertas, quam dominus dedit seruo in fraudem creditorum. Vitiosa est collectio. Si, inquit, heres manumissoris non potuit manumissum in fraudem creditorum habere vt seruum: Ergo non fuit libertas ipso iure nulla. Ergo libertas momentum aliquod habuit. Sane quidem, quantum attinet ad manumissoris personam vel heredis eius, quoniam quod actum est mutare non possunt, vel reprehendere, quod sit absurdum, eundem hominem pugnare secum, & modo aliquid probare, modo improbare, non quod ipso iure nulla non fuerit libertas, quod apparebit manifesto, si vel creditor dicat, nullam ipso iure, vel patronus, quo casu patroni allegatio proderit, heredi manumissoris. Vt scilicet manumissione declarata ipso iure nulla interuentione patroni, ex eo non tantum patronus lucrum ferat, id est, portionem legitimam, sed etiam heres ipse, quod superest portioni legitimæ, *l. 9. §. pen. de lib. cau.* Et ita euenit sæpe in iure, vt quod quis per se non habet, habeat per alium, *l. cum hereditate, de acq. hered.* Per se heres manumissoris non potest dicere manumissionem ipso iure nullam, sed si alius eam dixerit nullam, puta patronus, ea res proderit heredi manumissoris, perinde ac si ipse heres iure licito manumissionem nullam dixisset. Et ita omnino res est explicanda, & pro certo tenendum est, quod posui initio, alienationem factam in fraudem creditorum indigere actione rescissoria, manumissionem non indigere, quod ab initio nulla fuerit datio libertatis ipso iure: addamus reuocari alienationem factam in fraudem patronorum per actionem Fabianam vel Caluisianam, nisi (quod semper excipiendum est) patronus alienationem ratam habuerit post mortem liberti, vel etiam eo viuo, *l. 2. hoc tit. l. non videtur, D. hoc tit.* At quæso quid distant inter se hæ duæ actiones quæ patronis dantur rescindendæ alienationis gratia, quam liberti fecerunt in eorum fraudem, Fabiana scilicet & Caluisiana? Et certissimum est Fabianam actionem competere testato liberto: Caluisianam intestato, suo cuique casui aptatam esse suam actionem propriam: vt testatus libertus si quid videretur fecisse, quo minus portio legitima ad patronum perueniret, id corrigeretur actione Fabiana. Itemque si intestatus, per actionem Caluisianam. Duo sunt edicta, duæ actiones comparatæ in eam causam, *l. 2. hoc tit. & l. 3. §. si intest. D. hoc tit.* Et omnino Græci solam hanc differentiam agnoscunt inter actionem Fabianam & Caluisianam, in *l. quod si in diem §. idem scrib. de pet. her.* Si libertus testatus decesserit per actionem Fabianam alienata reuocari: Si intestatus per Caluisianam, & adiiciunt vtramque esse in factum. Nam certum est, omnes actiones, quæ nomina acceperunt a prætoribus esse

in factum actiones, nimirum quia inde apparet eas fuisse proprio nomine destitutas. Quæ nomen non habent actiones dicuntur in factum, vel a Prætore, qui eas edidit, mutuantur. Male vulgo statuunt hanc esse differentiam tantum inter Fabianam & Caluisianam, quod illa soli detur patrono, Caluisiana non tantum patrono, sed etiam fraudato creditori, quod non possis comprobare vllo loco: Nam semper hæc & illa actio datur soli patrono, non creditoribus. Creditoribus enim quos debitor fraudauit alienando vel aliud quid agendo, in eorum fraudem actio datur, quæ dicitur Pauliana *in l. videamus 2. §. in Fab. de vsur.* Et *Theoph. in Inst. §. item si quis in fraudem, de act.* quæ & ipsa est actio in factum, & datur etiam ex eadem causa defraudato creditori de possessione rerum alienatarum interdictum fraudatorium, ex quo etiam nascitur actio in factum, de qua agit *l. ait prætor, quæ in fraudem credit. l. postulante, ad Senatusc. Trebell. l. pupilli, de solut. l. 1. C. Theod. de in integr. restitut.* Hinc quæritur, cur actio Pauliana non sufficiat creditori, cui debetur legitima portio in bonis liberti, cur opus fuerit patrono dare specialem actionem, Fabianam nempe, & Caluisianam? Hoc velim mihi explicari, quod tamen explicare possum hoc modo. Si dicam actionem Paulianam dari creditoribus, qui missi sunt in possessionem bonorum debitoris ex edicto, & quibus permissum est ea bona excutere & distrahere crediti sui seruandi causa, quod probat lex 1. *& penult. inf. de reuocand. iis quæ in fraud. credit. & D. §. item si quis in fraudē.* Verum patronus hoc ordine, id est, bonis possessis, excussis & distractis, non persequitur portionem legum datam in bonis liberti. Igitur creditor non est. Creditoris quidem appellatio latissime patet, vt ostendit *l. 10. 11. & 12. de verb. signif.* Sed quod notandum, nunquam aptatur creditoris nomen aliis, quam iis, quibus ex ea causa debetur, ex qua potest fieri missio in bonorum possessionem debitoris, cuius generis non est patronus, quia hoc remedio non persequitur legitimam portionem ipso iure sibi debitam. est igitur alio iure quam creditoris, aut certe creditoribus non est vllo modo annumerandus. Et licet dicatur ei deberi legitima portio, licet is libertus qui quid alienauit in fraudem patroni, dicatur debitor patroni, *d. l. quod si in diem §. idem scribit*, ipse tamen non est creditor, vt potuerit ei sufficere actio Pauliana. debendi aut debitoris verbum latius patet quam creditoris. Nam debitor generaliter dicitur, cum quo agi potest, & ita debendi verbum accipitur in definitione actionis. Creditor non est quicunque agere potest. Legitima portio debetur filio in bonis patris, & est debitum, (sic appellatur χρέος, in Nouella 1. & 18.) nec tamen dicitur filius creditor; Et adsummam: Si quid mihi debetur ex contractu vel ex delicto, qui contractus dicitur inuoluntarius, scilicet contractus malus, *l. si rerum, de re iudic.* Si, inquam, aliquid mihi debetur ex delicto, siue contractu, creditor sum, & sic contractus nomen generaliter accipimus. Si vero mihi quid debetur ex beneficio legis & munere, creditor non sum. Quod mihi debetur ex contractu, vt ait *l. 6. in fi. D. ad l. Cornel. de fals.* mihi merito debetur, id est, necessario & optimo iure. Quod mihi debetur ex beneficio & munificentia legis, non merito debetur, quia scilicet id non merito mihi, sed benigne & gratis concessum est, sicut si quid mihi priuatus donauerit, non merito dicam, sed benigne dedisse. Ex quibus efficitur, patronum non esse adnumerandum inter creditores. Et merito hac in re quam tractamus separatas actiones dari creditoribus & patronis, atque non posse diuersis personis adscribi vnam eandemque actionem, quæ diuerso iure viaque diuersa sua iura prosequitur, quæ sub easdem leges non cadit. Et ita manifesto in *d. l. 6. §. vlt.* separatur patronus a creditore in specie elegantissima. Finge; creditor testatoris adhibitus ad scribendum testamentum debitoris, sua manu adscribit sibi, quod debet testator, iure legati. Nam plerisque casibus iure mihi legatur, quod mihi debetur, vt ostendit lex *si creditori, de legat. 1.* Creditor igitur quoniam sibi adscripsit quod testator debet, reus est falsi ex Senatusconsulto Liboniano. Sed facile impetrabit a principe veniam falsi, si modo abstineat legato, & plerumque cui facit veniam falsi princeps, cum iubet abstinere ab eo, quod sibi temere adscripsit. Non poterit igitur quod sibi debetur ex causa legati petere. Sed an non poterit petere quod sibi debetur ex pristina causa, an ei denegabitur actio pecuniæ debitæ? Minime vero, ne merito debito careat, id est, optima lege. At contra si patronus sibi adscripserit portionem legitimam, & venia falsi impetrata, abstinere legato iussus sit, an tum poterit petere emolumentum legitimæ portionis ex causa bonorum possessionis contra tabulas? Minime: Caret ergo penitus portione legitima, si legatum elegerit. Denique non habebit bonorum possessionem contra tabulas, neque portionem legitimam, neque legatum, quia eo se abstinere iussus est, & tanquam non creditor carebit eo, quod non tam merito quam benigne debebatur. Sic sunt ponendæ ob oculos iuris rationes in hac re. Videamus si parens in emancipatione filij manumissor exstiterit (nam aliquando idem non mancipabat & manumittebat) ei vt patrono, si in testamento filii præteritus fuerit, datur bonorum possessio contra tabul. in portionem legitimam, vel si intestatus fuerit filius, ei tamquam patrono & manumissori datur bonorum possessio vnde legitimi, *l. si à mil. §. vlt. de milit. test. l. 1. §. vlt. si quis a parente.* Non tamen ei datur actio Fabiana vel quasi Fabiana seu Caluisiana, id est, neque directa neque vtilis, si quid filius in eius fraudem dolo malo alienauerit. Cur ita, cum sit manumissor, & patronus? igitur sic respondeo. Non omnem manumissionem libertinum facere. Libertini sunt qui ex iusta seruitute manumissi sunt, id est, qui a dominis manumissi sunt, non qui a parentibus. Sic igitur statuam primum, non omnem manumissionem libertinum facere; manumissio quæ fit a dominis libertinum facit. Æquum est igitur libertino homini non esse liberam rerum suarum administrationem in necem patroni, a quo meruit libertatem, cum in multis articulis pro seruo habeatur, qui & Stoicis, a quibus IC. nostri imbuti sunt, vt alias ostendi, est δοῦλος vel ἀνδράποδος, ὑποτάξει οὐκ ἐνθέσει, id est, non seruus iure mancipioque, sed obseruantia, cultu, beneficio, operibus, obsequiis, donis, & muneribus & portione legitima, quæ omnia patronis debentur. Iis igitur qui tot debent patronis, in fraudem patronorum non est vsquequaque suorum bonorum libera alienatio, aut si quam fecerint in fraudem patronorum, eius reuocatio concedenda est patronis, quod non tantum licuerit in patronum homini libertino, heri seruo, hodie libertino, quæ vox est de via collecta, heri seruus, hodie libertus. Manumissio autem parentis facta in emancipatione ea mente, vt filius exeat potestate parentis, libertum non facit, filii ingenui conditionem non mutat, & est iniquum ingenuo homini non esse liberam rerum suarum alienationem, etiamsi ea res patri & manumissori sit fraudi, *l. 2. si a parent. quis manumiss.* Et consequenter iniquum est, alienationem quam fecerit ingenuus, reuocari actione Fabiana vel Caluisiana, vel quauis alia actione ad exemplum illius. Nam & eadem ratione parens, qui manumisit filium, nec ex iureiurando filii, potest ei operas imponere, nec ab eo exigere, etiamsi iurauerit filius se eas daturum patri. Quia filius patri debet pietatem & obsequium non officium, & operas officiales, *l. pen. de obseq. parent. præst.* Quia indignum est, hominem ingenuum obstringi operis officialibus, vel ei in alienandis rebus suis vllam præscribi legem, vel quod ab ingenuo alienatum fuerit id rescindi & reuocari, quoniam id conuenit libertinis, non ingenuis. Ergo etiamsi pater manumissor sit filii, tamen Fabiana vel

Caluisiana & nulla omnino alia actione potest reuocare alienationem, quam fecit filius rerum suarum. Dico eadem ratione filio impuberi non dari actionem Fabianam aut Caluisianam vel vtilem, si parens ex bonis suis aliquid alienauerit dolo malo, vt portio legitima non perueniret ad filium. Quia licet patri homini libero alienare quæ sua sunt etiam in fraudem filij, consulto consilio, consulta opera, dolo malo, nec alienatio reuocari potest Fabiana, vel quasi, sed tantum est querela inofficiosi testamenti, inofficiosæ donationis aut dotis, non querela inofficiosæ venditionis ex constitutione Alexandri. Nam si pater vendat omnia sua, nec quicquam relinquat filio moriens, irreuocabilis est venditio. Verum posses obiicere, quod cœperam, dari filio impuberi adrogato actionem Caluisianam, si adrogator dolo malo aliquid alienauerit, quo minus quarta portio bonorum, quæ impuberi adrogato debetur ex constitutione D. Pii, qui primus permisit adrogationem impuberis, neque enim ante inuestis adrogari poterat, & eam permisit cum hac lege, vt impuberi adrogato ex bonis adrogatoris omnino debeatur quarta pars: quod si quid fecerit adrogator, quo minus quarta pars obueniret adrogato, si quid fecerit dolo malo, id reuocatur per actionem quasi Fabiauam *l. vlt. ff. si quid in fraud. pat.* Quam das actionem Fabianam filio adoptiuo, cur non das filio naturali aduersus patrem, qui dolo malo alienauit, vt fraudaret filium legitima portione debita, tum natura, tum legibus? Nihil est quod tam facile expediri possit. Et res est notatu dignissima. Primum hoc inuenio tantum datum impuberi adrogato non puberi. Deinde animaduerto patrem naturalem etiam dolo malo in fraudem filii firmo iure alienare bona sua, vel partem bonorum, non tantum, quod sit ingenuus, & hominem ingenuum deceat liberam rerum suarum alienationem habere, sed etiam, quod dolus malus patris naturalis neque viui, neque mortui, non possit a filio honeste coargui. Nam exploratissimum est, honorem deberi parenti cum viuo, tum mortuo, & vt viuum non potest arguere doli mali, neque etiam mortuum & per hoc reuocare alienationem quam ipse fecit quasi factam dolo malo, *l. apud §. aduersus, de doli except.* at mortuum patrem adoptiuum non debemus ea memoria colere, qua naturalem, vt nec possimus dolum eius arguere proposita actione Fabiana vel Caluisiana in id, quod pater adoptiuus in necem nostram alienauit bona sua, vt nos priuaret quarta Antoniana, cum nec viuo patri adoptiuo eundem honorem exhibeamus, nisi quamdiu manet adoptio, & tum iure potestatis potius, quam debiti honoris, cum tamen emancipatus patrem naturalem colere debeat, perinde, ac si in eius familia permansisset, *l. adoptiuum, de in ius voc.*



AD TITVLVM VI.

De obsequiis patronis præstandis.

Explicaturi sumus hodie *titul. 6. 7. & 8.* Tit. 6. qui est *de obsequiis patronis præstandis.* non eadem semper est ratio vel conditio patronorum & parentum, nam, vt dixi nudius tertius, patronis datur actio Fabiana & Caluisiana, non datur etiam parentibus manumissoribus, *l. 2. si quis a parent. manumiss. &c.* Et quæ patronis debentur officia, id est, operæ officiales, etiam parentibus non debentur, nec si filius iurauerit patri se eas præstiturum operas *l. pen. de obseq. par. præst. les fils ne doiuent aux peres des iurées,* id est, ne iuratas quidem, quas promisit operas officiales patri, eas edere cogitur, quia pietatem ei debet, non officiales coronas, vt Tertullianus vocat, quas liberti gestabant, etiam patronos persequentes in conuiuiis, vel aliis hilaritatibus publicis. At obsequia, de quibus agitur in hoc titulo, iure naturali æque debentur parentibus ac patronis. Officia siue operæ separantur ab obsequiis, *l. libertus qui operam D. de oper. lib. l. vlt. si ingenuus esse dic.* & inde tituli diuersi de operis & de obsequiis. Fateor aliquando officia appellari obsequia, vt in *l. 6. sup. de oper. lib.* Et vere dicere possum, officia esse obsequia operarum. Obsequia autem esse pietatis officia, honoris, reuerentiæ, verecundiæ, officia grati animi & beneuoli, quæ liberi parentibus, liberti patronis cuiuscunque sexus debent, etiam tacentibus, non petentibus obsequia, cum tamen officia non debeantur, nisi petentibus & indicentibus patronis, vt diximus in *tit. de oper. lib.* Ac præterea, vt constet magis differentia inter obsequia & officia, officiorum siue operarum ex edicto actio competit, *l. 2. de oper. libert.* Obsequiorum autem nulla petitio est, quæ sit edicto prætoris proposita, sed in libertum vel filium, qui contra obsequia debita fecit, est actio ingrati, de qua agitur in tit. seq. Item officia siue operæ non debentur patroni heredibus extraneis, *l. liberti, sup. de oper. lib.* Liberis patroni debentur non exheredatis, quia & liberi patroni sunt patroni, *l. cum patronum, de iure patron.* Obsequia autem non tantum debentur liberis patroni vel patronæ, sed etiam priuignis, *l. penult. hoc tit.* & heredibus extraneis, *l. pen. tit. seq.* Qua in re rursum distant patres a patronis: Nam patribus solis debentur obsequia, non cæteris liberis, id est, fratribus, non heredibus patris, vt sit hæc tertia differentia inter patres & patronos. In obsequiis autem quæ sint, exemplis demonstremus. In obsequiis hæc sunt, non facere iniuriam parenti, vel patrono, non facere conuicium, non ceruicem aduersus eos erigere, vt ait *l. 2. tit. seq.* Græce τετραχηλιᾶν, non agere cum iis actione famosa, id est, parcere pudori eorum, *l. 1. hoc tit.* quæ ducta est ex *l. 1. sup. si tut. non gess.* Et est de actione suspecti tutoris, quam constat esse famosam. Item non agere aduersus patrem vel patronum vlla actione, etiamsi ipso iure non sit famosa, si quam in se habeat atrocitatem verborum. Non agere igitur nisi leni mitique iudicio: non agere nisi modeste & verbis compositis ad omnem reuerentiam, in agendo non facere mentionem doli parentis vel patroni, non fraudis, quoniam atrocia sunt nomina, non vis, non audaciæ, vt ait *l. 4. hoc tit.* non posse obiici patrono vim & audaciam. Vtroque nomine, atrocitas significatur, crimen. audacia in iure est vis, *l. si quis in tantam, vnde vi. inf.* & illo loco Ciceronis pro Cæcinna: *si tantum in agris locisque desertis audacia potest,* id est, vis, de qua tota oratio est. Ad hæc nec vllo alio iudicio licere agere sine venia prætoris cum parente vel patrono, non temere, sine venia cum eo litigare, vt eleganter ait *l. 4. hoc tit.* Quis te fecit idoneum ad litigandum? In seruitute enim eras, non eras idoneus litigator, cum eo insolenter litigare indecens est, & contra obsequia pietatemque debitam parentibus, & patronis. In obsequiis item hæc sunt, non damnare parentes vel patronos, non exigere vltra facultates, non auare neque acerbe ab iis exigere quod debent, sed quatenus eorum facultates patiuntur & ferunt. Non desiderare ab iis iusiurandum calumniæ, ne videantur ii, quibus debemus omnem cultum, & reuerentiam, nobis esse suspecti calumniæ, qui etsi non indigeant bona existimatione nostra, eam tamen præstare & exhibere eis debemus. Ea igitur honeste iis denegare non possumus, quin committamus contra obsequia iis debita, iusiurandum de calumnia ab iis exigere nefas est, *l. licet, de obseq. parent. vel patr. præst.* Non etiam ab iis exigere iudicio sisti fideiussores locupletes, non fastidire quos offerunt & respuere, sed qualicunque fideiussore, quem nobis offerunt nos contentos esse oportet, *l. 1. in ius voc. vt eant, l. 2. §. prætor, qui satisd. cogantur.* Postremo etiam non postulare, quod notandum est, restitutionem in integrum aduersus ea, quæ parentes vel patroni nobiscum gesserunt, non reuocare & retractare, quoniam qui

qui petit restitutionem in integrum aduersus aliquem tacite ei fraudem obiicit, quam indignum est filium aut libertum obiicere parenti aut patrono. *l. vlt. qui & adm. quos restitut. in integ. pet. poss.* Et in summa obsequium, quod debetur parentibus & patronis, est pietas, honor, cultus omnis atque reuerentia, non quodcunque ministerium; non omnia præstanda sunt iis personis, sed, *vt ait l. 5. & 6.* consuetum obsequium, legitimum, quæ erant verba solemnia in iudiciis, non ministerium seruile aut vile. Breuiter igitur hæ personæ nobis sunt omni genere pietatis & obsequij obseruandæ & reuerendæ, non solum dum viuunt, sed etiam post mortem, id est, quod ait *l. liberto, de obseq. parent. vel patron.* Liberto & filio, inquit, semper persona patris & patroni honesta & sancta videri debet. Sancta sunt nomina patris & patroni. Colenda igitur religione multa. Quid est, quod ait semper? id est tam viui quam mortui, vt indicat *l. apud §. aduersus, de dol. except.* ex qua emendanda est inscriptio *d. l. liberto.* Igitur non possum post mortem arguere dolum aut vim parentis aut patroni. Nam nec cuiquam honeste post mortem maledicitur, non vellitur, vt ait ille, *barba mortuo Leoni.* Quæ fuit vna lex Solonis, vt ne defunctis quisquam impune maledicerct, multo magis patronis & parentibus. Quæ præcepta omnia summe notanda sunt, & sufficiunt nobis: nam & continent pleraque, quæ possem dilatare dicendo, & locupletare multis auctoribus, sed esset perlongum, & quam partem de moribus sibi vindicant studiosi iuris, eum aliena potius, quam sua prudentia fulcire.

AD TITVLVM VII.

De libertis & eorum liberis.



Hic tit. est etiam de obsequiis. Nam expositis obsequiis tit. 6. quæ debentur patronis, subiicitur in tit. 7. pœna, & vltio non præstitorum obsequiorum; Proponitur etiam hoc tit. actio ingrati & impietatis, (quæ primum locum habet in principes: est enim actio impietatis, siue vt Græci loquuntur, ἀσεβείας accusatio maiestatis,) in ingratum filium vel libertum, vel donatarium. Nec citra hos in quemquam est actio impietatis vel ingratitudinis. Proponitur, inquam, actio impietatis vel ingratitudinis, quæ patrono datur aduersus libertum, qui contra obsequia debita, vel minimum peccauit, qua actione libertus rescissa manumissione retrahitur in seruitutem, & exuitur libertate. Et est actio vetustissima recepta iure ciuili pop. Roma. & Atheniensium, & confirmata Hispalensis concilii 2. *can. 8.* in libertinas personas, & Toletani concilii, *4. can. 66. & conc. Tolet. 6. c. 10. & Nouell. Leonis 25.* Inde apud Ambrosium de beata vita, *ita,* inquit, *libertatem accepisti vt manumissoris tui meminisse debeas, vt patrono noueris legitimum obsequium esse deferendum, ne ab ingrato reuocetur libertas.* Eadem etiam actio ingrati datur patri in liberos emancipatos, rescissa emancipatione, sed non nisi ex magna & graui offensa *l. vnic. inf. de ingrat. liber.* Et similiter actio ingrati est in donatarium ad rescindendam donationem, non ex causa qualibet, non ex leui offensa, sed ex his causis quæ enumerantur in *l. vlt. inf. de reuoc. donat.* At in libertinos est actio ingrati etiam ex leui offensa & causa ex *l. 2. hoc tit.* Quia scilicet, coercendi sunt magis & continendi libertini homines, qui plerumque solent redire ad nequitiam ingenii seruilis, *l. penult. hoc tit.* Hinc Plautus in Persa: *Ita pars libertinorum est: nisi patrono qui aduersatus est, nec satis liber sibi videtur, nec satis frugi, nec satis honestus: Ni id efficit, ni ei maledixit, ni grato ingratus repertus est.* Et notandum ex *l. 1.* hanc actionem ingrati esse extraordinariam, nam eam actionem extraordinem præberi ei qui voluntate seruo suo libertatem gratuitam dedit, non qui debitam restituit. Quo in loco, velim deleatis verbum voluntate, & ita legatis, *actionem extraordinariam præberi ei, qui seruo suo libertatem gratuitam dederit, non qui debitam restituit:* veluti ex causa fideicommissi, cui non debentur obsequia, ergo ei non potest dari actio ingrati. Cur autem dicis hanc actionem esse extraordinariam? Quia scilicet legibus, quod est ius ordinarium, nunquam fuit prodita ingrati actio, aut si qua, veluti *ex l. Ælia Sentia,* vt in *l. sciendum, de verb. signific.* nunquam de ingratitudine actum est iure ordinario, sed extraordinario. Denique actio ingrati est extraordinaria, quia legibus nunquam fuit prodita, aut si quæ est prodita, nunquam fuit in vsu. Certe generalis actio ingrati in male meritos nunquam legibus edita fuit, cui etiam vix omnia fora sufficerent. Esset tamen non inutile in vniuersum introduci etiam actionem ingrati, cum ingratitudo inimicitiarum multarum est causa, quæ tacitæ & occultæ maiores fiunt & peiores quam si liceret eas palam excipere in foro atque iudiciis, vt disserit eleganter Themistius oratione 3. Celant odia occulta, nec manifesta faciunt in iudicio, non ab ingratis vindictam iure iudicioque expetunt quod tamen esset vtilius, & sane qua in regione multæ sunt lites inter ciues, vt in Gallia, quæ dicitur nutricula causidicorum, iudicia leniunt, & mitigant iras: tum etiam, quod qui adsuescunt impune ingrati esse aduersus quemcunque, paulatim etiam sensim sine sensu, quod abhorreo dicere, ingrati sunt aduersus Deum omnipotentem. Quæ est sententia Xenophontis, in adolescentia Cyri, lib. 1. Eum qui adsueuerit esse ingratus apud homines, paulatim erga Deum ipsum ingratum fieri. Non esset igitur inutile & inciuile omnibus patere ingrati actionem, causis euidentissime prolatis & probatis. Verum ad rem. inuenio in hoc titulo actionem ingrati in libertum dari non tantum patrono, sed etiam liberis patroni, qui & ipsi sunt patroni: & non tantum filiis, sed etiam extraneis heredibus, *l. pen. hoc tit.* quam male Accursius coangustat ad filios. Et rectius Placentinus accepit de omnibus heredibus, etiam extraneis, vt in libertos defuncti heredibus, si liberti eos offenderint, competat ingrati actio, qua eos libertos retrahant ad seruitutem. Quod tamen scio displicuisse Valentiniano Imperatori, Nouella de libertis & success. qui scilicet voluit filios patroni, vel heredes extraneos, si qua contumelia affecti essent a liberto defuncti, cum liberto experiri iure communi, qui eos remisit ad ius ordinarium, veluti ad actionem iniuriarum, quæ est ordinaria, nec voluit extraordinario iudicio, aliis quam patronis licere ex causa ingratitudinis reuocare libertum in seruitutem, sed hoc displicuit Iustiniano in *Nouell. 78.* ex qua plane restat etiam heredibus patroni competere actionem extraordinariam. Titulus est de libertis, & eorum liberis, vt exponamus hanc partem vltimam, *de liberis:* ad eam pertinet *l. 2. hoc tit.* vt scilicet liberto ingrato redacto in seruitutem, liberi postea ex eo suscepti patrem sequantur, quod ad conditionem seruilem attinet, *l. vlt. hoc tit.* Quod prima specie nouum & mirum videtur, vt non tantum libertini ex causa ingrati possint reuocari ad seruitutem, sed etiam filii libertinorum post mortem patris, si & ipsi ingrati exstiterint aduersus patronum paternum. Hoc ideo mirum est, quia filij libertinorum sunt ingenui, non libertini, sed tamen & hos teneri actione ingrati manifesto proditum est in *l. vlt. hoc tit. & Nouell. 22. & in l. 2. sup. de in ius vocando,* nec nouum videri debet. Nam inuenio etiam in *l. vlt. sup. de bonis libert.* id est, in const. Græca Iust. de iure patronat. filiis libertorum morientibus sine legitimis heredibus intestatis, quamuis sint ingenui, patronum paternum ab intestato eis succedere. nec alia ratio est, quam quod & ii suam ingenui-

tatem acceptam referre debeant patrono paterno. Igitur obsequium præstare debent, ratione ingenuitatis: quod si non præstiterint tenentur actione ingrati extraordinaria.

AD TITVLVM VIII.

De iure aureorum annulorum, & de natalibus restituendis.

IDeo subiicitur tit. 8. de iur. aureorum annulorum, & de natalibus restituendis, quoniam non debent obsequia, & consequenter non tenentur actione ingrati liberti, qui natalibus restituti sunt a principe, quoniam his natalibus restituuntur, in quibus omnes homines fuerunt, vt ait *l. 2. de natalib. restit.* nondum descripto iure naturali vel ciuili, nondum agnita seruitute, ac si nunquam seruitutem seruiissent. Denique ea natalium restitutio ius ingenuitatis restituit, & libertum omnimodo ingenuum facit, vt nec obsequia manumissori debeat, nec teneatur actione ingrati, *l. pen. de bonis libert. l. 10. §. sed & si ius, de in ius voc.* Qua de causa princeps nunquam restituit natalibus libertinum hominem inuito patrono, vel inuito patroni filio, ne ei faciat iniuriam. Restitutio enim natalium iuris patronatus plenissima est abolitio, *l. 2. l. pen. & vlt. de nat. restit.* Non oportet beneficium principis pertinere ad alterius iniuriam, *l. 4. inf. de emancip. liber.* Traianus apud Plin. *priuilegium in iniuriam priuatorum a me dari non oportet.* Idcirco in restitutione natalium exigitur consensus patroni. Verum alia conditione est is, cui princeps dedit ius gestandi annuli aurei, id est, quem equitem Romanum fecit. Nam hic non soluitur obsequiis debitis patrono, & si contra ea deliquerit, tenetur ingrati iudicio, quia non fit ingenuus. imaginem potius, quam statum ingenuitatis præstat, *l. 2. hoc tit.* quamdiu viuit libertus, qui ius annuli aurei impetrauit, vmbram tantum, non statum ingenuitatis habet, non est vere ingenuus. Atque ideo non soluitur obsequiis debitis verecundiæ patronatus, vt obseruatur in *l. 2. hoc tit.* Pessime vulgo in omnibus libris ita legitur, *aureorum vsus annulorum beneficio principali tributus libertinitatis quoad viuunt imaginem, non statum ingenuitatis præstat,* sed legend. *libertinis, l. 1. inf. ad leg. Viselliam.*

AD TITVLVM IX.

Qui admitti ad bonorum possessionem possint, & intra quod tempus.


Actenus diximus de successionibus libertinorum, & cæteris partibus iuris patronatus, & nunc dicturus est de successionibus ingenuorum, quod hæ vel iure prætorio obueniant, aut iure ciuili. incipit a iure prætorio, id est, a bonorum possessione: Prætorum enim est bonorum possessionem dare, iuris ciuilis legitimam hereditatem dare: prætor bonorum possessorem facit, non heredem, possessorem non dominum, sed quem facit heredem vel bonorum possessorem, in omnibus causis habetur pro domino, vel pro herede, *l. 2. de bonorum possess. l. prætor, de regul. iuris, l. cum emancipatus, in principio, de bonorum possess. contra tabulas.* Ac proinde effectu bonorum possessor similis est heredi, *l. vel similem, de alienat. iud. mutandi causa.* Bonorum possessio est similis hereditati in re ipsa, in iure est aliqua differentia. Imo multæ, & singulæ differentiæ inter ius prætorium & ciuile, quod attinet ad successionem suis locis declarabuntur. Et, vt definit Vlpianus, Bonorum possessio est ius persequendi & retinendi patrimonii siue rei, quæ cuiusque cum moritur

A fuit. Ius persequendi, id est, formula, auctoritas siue titulus, quo nanciscimur actiones hereditarias, & petitionem hereditatis, & interdictum quorum bonorum, & tanquam heredes omnia iura quæ heredibus competunt, *l. facta §. si in danda, & §. seq. ad Trebel.* Si inquit, petierit bonorum possessionem, & ita nactus sit actiones, quas quidem actiones Vlpianus *lib. reg.* ficticias appellat, quod in eis bonorum possessores fingantur esse heredes, & heredum iure censeantur: Frequentius dicuntur possessoriæ actiones, *l. 1. de possess. hereditatis, petit. l. ideoque, de Carbon. ed. l. pen. de bon. lib. d. l. cum emancipatus.* Et additur, *ius retinendi,* quo verbo proprie significatur possessio, hereditas, vt ait M. Tull. *in Top. non est, quæ possessione retenta est.* Quod proculdubio dicit ad differentiam bonorum possessionis. Bonorum possessio

B est hereditas possessione retenta, id est, ius obtinendæ & retinendæ hereditatis, quod indulget prætor postulantibus meliore conditione, quam lex faciat heredibus ius succedendi in vniuersum ius defuncti, & suscipiendi eius rei omne commodum & incommodum, in vicem locumque defuncti, ad quem etiam non minus accedit bonorum possessor quam heres, ac proinde in omnibus fingitur defuncti loco. Addit Vlp. *patrimonij,* quod est pecuniæ siue rei, vt in l. Falcidia, sam pecuniam, sasque res, non alia ratione, vt mittam, quæ leguntur in glossematibus, quam quod rei latior sit appellatio, quam patrimonii vel pecuniæ, *l. 5. & 23. de verb. sign.* Res est genus, pecunia species. Res pecunia, quæ dicebatur olim simul pecunia, & pecuaria res vno eo-

C demque sensu. Alia res est in pecunia, alia in nominibus, alia in iuribus. Ex iis satis credo, vos percipere, quid sit bonorum possessio, pergamus ad alia. Hic titulus duo pollicetur. Primum, qui admitti possunt ad bonorum possessionem. Secundum, intra quæ tempora admittantur. De primo primum videamus. Certissimum est ex testamento ad bonor. possess. secundum tabulas admitti heredes scriptos, & liberos præteritos ad bonor. possess. contra tabulas: ab intestato autem admitti ad bonor. possessionem, vnde liberi, vel vnde legitimi, vel vnde cognati, vel vnde vir & vxor. Et his capitibus proximiores ex agnatis vel cognatis, & ad extremum coniuges, & his omnibus deficientibus, ll. caducariis bona transire in fiscum. Hæc sunt expeditissima. quæ sunt

D difficiliora tractemus, & ea quidem solum, quæ in hoc titulo proponuntur, vt solemus semper fines eosdem præscribere, quos præscripserunt auctores. Disces *ex l. 1. hoc tit.* ad bonorum possessionem delatam filiofamilias, vel secundum tabulas, vel vnde legitimi, filiumfamil. admitti etiam ignorante patre, id est, recte a filiofamil. peti bonorum possessionem sibi delatam, etiam ignorante patre, & emolumentum bonorum possessionis deinde adquirere patri, si petitionem ratam habuerit, *l. 6. de acquir. hered. l. vlt. quis ord. in bon. poss. seruetur.* Qua in re differentia est inter ius prætorium & ciuile, & inter ius nouum & vetus. Iure prætorio ratihabitio patris sufficit in acquirenda possessione bonorum, vel ratihabitio cuiuscunque, cui absenti vel ignoranti fuerit petita dataque bonorum possessio, *l. 3. §. acquirere, de*

E *bonorum possess. l. seruo §. 1. ad Senatusc. Trebell. l. 7. & pen. rem rat. hab.* Quia prætor ratihabitionem comparat iussui & mandato, nec scrupulosius iussum quod præcedat exigit, & ratihabitione contentus est. Iure autem ciuili iussum patris præcedere oportet in adquirenda hereditate *l. si quis mihi bona §. iussum, ff. de adquir. hered.* Nec alia differentiæ ratio est inter ius ciuile & prætorium, quam quod ius prætorium benignius sit iure ciuili. ius prætorium est mite & moderatum. Ius ciuile asperum & directum. Rigor iuris nullus est in iure prætorio, sed est omnis in ciuili, & scrupulositas, diligentia, solemnitasque nimia. Quod si filiusfamil. ignorante patre, sibi delatam possessionem bonorum petierit, & non sequatur ratihabitio patris, (vt ostendam hac in re, quæ sit differentia

differentia inter ius vetus & nouum.,) iure veteri est inutilis bonorum possessionis petitio, quam postea ratam non habuerit pater, *l. vlt. §. pen. D. quis ordo in bonor. possess. seru.* Iure autem nouo est vtilis, & proficit filio pleno iure, vt nec eorum bonorum, quorum possessionem filiusfamilias accepit, vsusfructus pertineat ad patrem ex constitutione Iustiniani, in *l. vlt. §. 1. inf. de bon. quæ liber.* Additur in *l. 1. h. t.* bonorum possessionem delatam filiofamil. amitti, si omittatur, id est, si non petatur intra constituta tempora. Et vero tempora notanda sunt *ex l. vlt. quis ordo in bonor. possess. seruet.* cedere & currere ab eo die, quo filiusfamil. sciuerit sibi delatam bonor. poss. & certiorare patrem potuit. Igitur ex quo die patrem certiorare potuit, si non petat bonorum possessionem intra constituta tempora, vterque, scilicet pater & filius amittit commodum bonorum possessionis. Nam scientia filii atque negligentia patri ignoranti nocet, quia filius est principalis persona, cui defertur bonorum possessio, scientia principalis personæ ei nocet & cuilibet alii, *l. 2. de litig.* Contra scientia patris, in hac specie, ignoranti filio non nocet, cum filius sit principalis persona, cui successio delata est, *l. 3. quis ordo in bon. &c.* Quod summe notandum est. Vel etiam, si filius, ex die, quo potuit certiorare patrem ante tempora constituta, petat bonorum possessionem, nihil agit nisi etiam intra ea tempora pater eam petitionem fecerit ratam *d. l. vlt.* Et retro, si filius, antequam potuerit certiorare patrem, non petat bonorum possessionem, nihil amittit, vel si petat nihil acquirit iure veteri, ratum non habente patre. Iure autem nouo sibi adquirit, sicuti si ex quo die potuerit certiorare patrem, petat bonorum possessionem sibi delatam, iure veteri nihil adquirit ratum non habente patre: iure nouo sibi adquirit. Atque ita videmus quantum in specie *l. 1.* distet ius prætorium a ciuili, & ius vetus a nouo. Addamus de iis qui admitti ad bonorum possessionem possint, infantis nomine admitti bonorum possessionem, quæ infanti delata est, aut delata intelligitur ex *l. 3. huius tit.* & posse admitti bonorum possessionem infantis nomine, non tantum a tutore vel patre, sed etiam a quolibet. Nam nihil est, quod facilius impetretur a prætore, quam bonorum possessio, quæ plerunque titulum tantum & colorem adfert agere volenti, non rem. Non omnis bonorum possessio est cum re, id est frequentissime est tantum titulo tenus bonorum possessio, quod in hoc tractatu sæpissime demonstraui. Et ita quilibet recte petit bonorum possessionem absentis & ignorantis nomine, si modo iudex non ignoret quid agatur, si non ignoret absentem vel ignarum esse eum, cuius nomine petitur bonorum possessio, & nihilominus tamen eam dat petenti, *l. 7. de bon. poss.* Si igitur cum infans ipse sibi non possit petere bonorum possessionem, cum fari non possit, tamen tutor vel pater, vel quilibet eius nomine recte petet bonorum possessionem: & si moriatur infans postea, dicemus recte bonorum possessionem competere, vt ait *l. 3.* Quo verbo semper in iure significatur, recte transmitti in heredem infantis bonorum possessionem, vel compete actionem, & in hac causa rem esse vt moriente eo cuius nomine data est ea possessio, vel actio transferatur in heredem, & competat heredi eius, *l. 9. §. vlt. & l. 1. ff. de tut. & rat. distrah.* Et hæc etiam de infante confirmantur *l. 7. §. pen. de bonor. possess. l. 1. de bon. poss. infanti l. 2. §. sed si infanti, ad S.C. Tertyll. & l. si infanti, inf. de iure delib. & l. 2. inf. tit. 12.* Restat adhuc quod proditum est de pupillo, qui excessit infantiam. Pupillus maior infante admittitur ad bonorum possessionem petendam vel agnoscendam cum auctoritate tutoris, vel sine tutore auctoritate iudicis scientis, nec ignorantis eius ætatem, qui petit bonorum possessionem non adhibito tutore, & rursus vides quam facilis sit impetratio bonorum possessionis cum pupillo detur sine auctoritate tutoris sciente iudice. Tutor etiam recte admittitur ad bonorum possessionem petendam pupilli nomine, *l. 7. hoc tit.* Pater autem non admittitur ad petendam bonorum possessionem filii sui impuberis nomine, nisi ex consensu filii, qui maior est infante, *d. l. 1. §. vlt. de bon. possess. inf. compet. l. 13. qui heres, de acquir. hered.* Et hac in re rursus obseruanda est differentia inter bonorum possessionem, & hereditatem: inter ius prætorium & ciuile: nam vt dixi, tutor potest petere bonorum possessionem pupilli nomine, *l. 7. hoc tit.* non potest adire hereditatem nomine pupilli, *l. potuit, inf. de iure delib. l. seruo inuito §. si pupillo, ad SC. Trebell.* qui a aditio hereditatis est actus legitimus, & nullus actus legitimus peragitur per alium, cæterum bonorum possessionem licet admittere, & adquirere per alium, qui eam petierit nobis absentibus, sine consensu nostro, puta per tutorem, per amicum voluntarium. Et quod attinet ad tempus, intra quod admittenda est bonorum possessio, vel petenda, nemo est qui nesciat, edicto prætoris ad petendam bonorum possessionem, agnoscendam, admittendam constitutos dies centum vtiles, nisi iis quibus delata est bonorum possessio, morte alterius sint ex liberis vel parentibus. Iis enim datur largius tempus, nempe annus vtilis, qui constat 365. diebus vtilibus, quibus prætorem vel præsidem adire est. Gallice, *iours de plaiderie, l. 2 4. & 5. hoc tit.* Qua in re etiam est differentia inter ius ciuile & prætorium. Nam ius adeundæ hereditatis non circumscribitur tempore, sed est perpetuum, vt Græci notant in *l. 4. hoc tit.* Nisi ipse testator aditioni vel cretioni certum præscripserit tempus, vt solebat olim fieri, intra centum dies cernito, vel nisi iudex aditioni præstituerit certum tempus vrgentibus creditoribus, vel filio exheredato. Alioquin ius adeundæ hereditatis perpetuum est, petitio hereditatis perpetua est, id est, non tollitur nisi præscriptione triginta annorum *l. hereditatis, sup. de petit. her. l. pen. inf. in quibus casib. cess. præscrip. longi temp.* Dies autem vtiles, qui seruantur in bonor. possessione sunt, vt iam attigi, quando is, cui delata est bonorum possessio morte alterius, sibi delatam sciuerit, potueritque sibi bonorum possessionem admittere, & petere. Continui dies cedunt etiam ignoranti semper in iure *l. genero 8. D. de his qui notan. infam.* vtiles dies non cedunt ignoranti quandoquidem sunt dies, quibus scierit, poteritque, vt in cretionibus etiamsi addi solebat. In hac causa igitur dies petendæ bonorum possessionis non cedunt ignoranti mortem cognati sui, non cedunt ignoranti se heredem scriptum esse, vel ignoranti tenorem testamenti, ignoranti ius necessitudinis siue cognationis sibi cum defuncto fuisse. Denique non cedunt ignoranti factum, *l. 5. hoc tit.* Nam ignoranti ius cedunt tempora, etiam mulieri, vt puta, si sit soror defuncti, & putet in successione amitam defuncti fratris sorori præferri, atque ita sinat abire diem petendæ possessionis bonorum, tempore excluditur, *l. 6. hoc tit.* Et generaliter in lucro iuris ignorantia mulieri non prodest, maxime, si Iurisconsulti habuerit copiam, *l. 8. de iuris & facti ignor. l. vlt. sup. qui pet. tut.* Imo nec rustico temere profuerit in lucro iuris ignorantia, si Iurisconsultorum copiam habuerit. Scio quod Poeta ait Odyss. 9. ἀγελαν ὄ τε δίκας εὐ εἰδότα, ὄ τε θέμιςας. Sed tamen in lucro vix vlli vnquam subuenitur, qui contempserit Iurisconsultum, nec consuluerit de iure suo cum liceret. Et hic commodissime explicabitur *l. penult. hoc tit.* quæ nescio, an adhuc sit bene & liquido explicata. Primum, monebo in Basilicis & in κατὰ πόδας, duos adfero testes, non ita esse perscriptam *l. penult.* vt perscripta est vulgo. Illi sic se habent, si per rusticitatem vel ignorantiam, vel aliam quamlibet rationem, prætermissis illis verbis, aut sane nunquam cognitis, *facti vel absentiam*, ἐὰν ἀγροικίαν ἢ ἀγνόιαν ἢ οἱονδήποτε λογισμὸν, & ita ignorantiam accipio pro inscitia iuris. Nam ita vult *lex penult.* nullum excludi commodo bonorum possessionis sibi morte alterius

Cod.

delatæ ob id solum, quod eam bonorum possessionem intra tempora constituta solemniter a prætore non petierit, modo si eam agnouerit qualiter qualiter intra tempora. Ius tamen ita est, quod diu obtinuit, vt peti debeat bonorum possessio a præside vel a prætore, solemnibus verbis, & dari æque solemniter in iure vel de plano, nisi sit decretalis bonorum possessio, quæ tantum pro tribunali datur. Igitur iure veteri necessaria est petitio datioque bonorum possessionis solemnis conceptaue solemniter, & verbis, vt loquuntur formalibus, id est, typicis. Nunc si quis rusticus, vt vult *lex penult.* vel si quis alius iuris ignarus, vel qua alia ratione præpeditus, non ita solemniter petierit possessionem bonorum intra tempora, an ideo amittet commodum bonorum possessionem? Minime vero, si modo eam agnouerit, & admiserit postea. Omissio solemnitatis, omissio petitionis nihil nocet. Et hæc est sententia *leg. penult.* quæ est Constant. & refertur etiam in *l. penult.* §. *nos itaque, sup. de cur. fur.* Et idem Constantinus in *l. vlt. hoc tit.* addit, qualemcumque testationem sufficere ad adquirendam bonorum possessionem amplectendæ hereditatis causa factam apud præsidem vel magistratum municipalem, intra tempora constituta, & eam testationem cedere pro solemni petitione: In quo duo sunt noua, vt nihil obsit omissio petitionis amplectenti bonorum possess. Deinde vt testatio fieri possit apud Magistratum municipalem. Namque olim non potuit a magistratu municipali peti vel dari bonorum possessio, quoniam magistratus municipalis non habet ea, quæ sunt mixti impetii, *l. ea quæ, ad municipal.* & datio possessionis bonorum est mixti imperii, *l. imperium, de iurisd. om. iud.* Denique dare bonorum possessionem prætoriam, vel iurisdictionalem, non est magistratus municipalis. Ac præterea quod etiam nouum est, vt ita tria introducat noua *l. vlt.* præmatura testatio sequentis gradus cognati, id est, quæ fiat nondum prætentis diebus datis proximiori cognato, quæ fiat intra tempus datum proximiori cognato, eo postea proximiore cognato repudiante vel omittente bonor. possess. valet testatio quam fecit sequentis gradus cognatus præmature, perinde ac si suis esset vsus curriculis. Nam ita legendum est *in l. vlt.* præmatura testatio & agnitio bonorum possessionis, quæ fit intra fines diesue datos proximiori, perinde effectum habet ac si suis fuisset vsa curriculis. Quod non obtinuit olim. Nam intra dies quibus possum petere bonorum possessionem, non admittebatur sequens ad bonorum possessionem *l. si filius* §. *cum filius, de bon. lib.* Hoc igitur valde notandum, præmaturas agnitiones, vel adquisitiones admitti. Sunt hæ duæ *const. pen. & vlt. Constantini.* Sed post Constantinum plus est, quod adiecerunt Theodosius & Valentinianus Imperatores, vt etiam citra testationem illam possit admitti & adquiri bonorum possessio quocunque indicio, vt iam quæ introducitur in *l. vlt.* loco solemnis petitionis testatio non sit necessaria, cum sufficiat qualecunque indicium. Ita Theodosius & Honor. Impp. in *l. 1. C. Theod. de cretione, vel bon. poss.* ad bonorum possessionem sufficere qualecunque indicium; quod & Iustinian. probat *in* §. *vlt. de bon. poss.* & hoc iure vtimur, *c'est assez de faire quelque acte d'heritier.*

AD TITVLVM X.

Quando non petentium partes petentibus adcrescant.

SEquitur titulus 10. quando non petentium, &c. sub quo tantum est vna constitutio, ad cuius interpretationem hæc adnotare satis erit. Ex pluribus personis eiusdem iuris vel gradus, quibus bonorum possessio defertur, si qui intra id tempus quod dedit *tit. superiori,* A ad petendam bonorum possessionem, non eam petant, vel non admittant, *in hoc tit.* docet portiones eorum adcrescere iis, qui bonorum possessionem petierunt, vel admiserunt, *vt in specie constitutionis huius tit.* Si intestato defuncto plures sunt filii emancipati, quos lex ad hereditatem patris non vocat, prætor tamen iis pollicetur bonorum possessionem vnde liberi, vno ex eis bonorum possessionem non petente intra id tempus, quod finiuit titul. qui præcessit, cæteris qui petierunt adcrescit illius portio. Et hac in re consentit ius ciuile cum prætorio. Nam vt est in hereditate ius adcrescendi tam legitima quam testamentaria, *l. si ex pluribus, de suis & legit. hered. l. qui ex duabus* §. *vlt. de adquir. hered.* Ita etiam in bonorum possessione locum habet ius adcrescendi inter eos, qui eodem iure ad eandem successionem inuitantur prætoris beneficio, quod ostendit B hæc constitutio, *& l. 3.* §. *vlt. & l. 4. & 5. de bonor. poss. &* §. *cum igitur, Instit. de bonor. possess. l. 2.* §. *pro qua quisque parte, ff. de bonor. poss. secund. tab.* Et introductum quidem primum est ius adcrescendi in hereditate, non nouo quidem iure, sed antiquissimo iure ciuili, quod in ipsis initiis describendi iuris ciuilis, non minus fuit absurdum, quam hodie vnius hominis vnam hereditatem scindere, & partem amplecti & partem repudiare, qua ratione vtitur lex *vnica* §. *his ita definitis, inf. de cad. toll. l. 7. & 12.* §. *ex testamento, de bonis lib.* Absurdum est quod nusquam conuenit, & nusquam conuenisse verosimilius est: ac proinde antiquissimum esse hoc ius, vt coheredis portio vacans coheredi adcrescat, & vt eam, quam amplexus est, non possit habere, nisi C & deficientem partem amplectatur. Quo genere fit, vt qui semel adiit, licet non possit repudiare, tamen deficiente coherede, dum non vult amplecti partem coheredis deficientis, vel possit abstinere a toto, & idem ipsum respuere, quod est semel amplexus, *l. cum hereditate, de acquir. hered.* secundum id quod euenit sæpe, vt quod ego non possum, alius interueniens faciat, vt possim, & quam ire non possum viam patefaciat alius. Ab hereditate autem statim exemplum peruenit ad legatum, vt eleganter ait Paulus *lib. 12. Sent.* vt scilicet legatarius non possit scindere legatum, & legati sibi adscripti partem amplecti, partem repudiare, vel partem sibi adscriptam amplecti & adcrescentem repudiare. Et ita etiam ab hereditate exemplum peruenit ad bonor. possess. Stultum est quod dicunt originem adD crescendi manare ex l. Iulia & Papia, i. ex ll. Cad. quæ id potius agebant vt abolito iure adcrescendi in eius locum succederet ius caduci. Et quod ait *l. 5. de vulg. & pupil. subst. per leg.* adcrescere *l.* Iuliam scilicet & Papiam, ad quam pertinet *d. l. 5.* vt docet inscriptio, non hoc significat, auctoritate *l.* Iuliæ & Papiæ inductum ius adcrescendi inter coheredes, sed sine impedimento *l.* Iuliæ & Papiæ, quæ plus nimio fauet fisco, quandoque heredibus seruari ius adcrescendi, veluti liberis aut parentibus. Nam *l.* Iul. & Papia iis personis erubuit adimere ius adcrescendi, quod ademit cæteris augendi ærarii, causa. Et *d. l. 5.* loquitur tantum de liberis & parentibus, non de aliis heredibus, quibus per legem non licet vti antiquo iure adcrescendi. Posui speciem ad constitutionem huius tit. in filio emancipato, vt explicarem E hæc verba, quæ sunt in ea constitutione, *cessante legit. success. &c.* Quia liberi emancipati non sunt legitimi successores, §. *emancip. Instit. de hered. quæ ab intest. def. l. sed cum patrono* §. *1. de bon. possess.* Quia lex tantummodo nouit agnatos, & emancipatione tollitur agnatio. At prætor etiam nouit cognatos & emancipatione non tollitur cognatio. Ius naturale tolli non potest; cuius sunt cognationes. Ius ciuile cuius sunt agnationes, alio iure tollitur. Igitur constitutio huius tit. est de filiis non habentibus ius legitimum, puta capite deminutis siue emancipatis, quibus tamen prætor defert bonorum possessionem. Et non potest quod tentat multis verbis

verbis Accursius, poni species in matre, cui liberi succedunt, quia matri liberi sunt legitimi successores ex S.C. Orfit. licet cognati, non agnati sint. Quia heredes facit non tantum lex, sed etiam SC. & constitutio principis. Solus prætor is est qui non facit heredem, sed bonor. possessor. qui dominum non facit, sed possessorem tantum. Nam & eum quem iubet ex decreto secundo bona possidere debitoris, vel eius qui cautionem prætoriam cauere detrectat, non facit dominum sed possessorem tantum, vt vsucapione opus sit ei, qui possidere iussus est, ad dominium adquirendum, & quoties legitur, Prætorem facere dominum, id semper accipiendum est ita, vt dominus accipiatur in iis locis pro possessore, quod prætor soleat possessorem quem fecit, tueri pro domino, quamquam duplex sit dominium, imo multiplex, dominium proprietatis, dominium possessionis, dominium vsusfructus. Et quæso cur *in l. si procurat. de acq. rer. dom.* ait dominium, id est, proprietas, ne scilicet quis intelligeret possessionem. Ac prætere etiam posui speciem ad constitutionem *hoc tit.* in iis qui intra tempora constituta, non petunt vel admittunt bonorum posses. quoniam constitutio ait, *omittentibus:* Et omittere in iure est semper non petere intra tempus, siue beneficio prætoris finito tempore excludi bonorum possessione, commodo hereditatis finito tempore cretionis, aut tempore ad deliberandum & consultandum a iudice dato, *l. quod si minor §. Scæu. l. aux. de min. l. 1. §. vlt vt in poss. legat. nomine, &c.* Hæc est sincera interpretatio constitutionis huius tit. Sed expediendæ nobis sunt quæstiones ab Accursio propositæ in hanc constitutionem. Duæ sunt glossæ magnæ, priorem iam circumscripsi eo solum retento & admisso, vt species ad constitutionem ponatur in filiis non habentibus ius legitimum, veluti emancipatis. Nec infeliciter tractantur ea, quæ agitat de successione matris, quam constat esse legitimam. Primum quærit Accursius, an non petentium bonor. posses. partes adcrescant petentibus ipso iure, sine noua agnitione aut petitione bonorum possessionis. Et ita distinguit: aut eodem iure vocantur plures ad bonorum posses. aut diuerso. Pessima distinctio est. primum, quia nusquam inuenietis ius adcrescendi esse inter alios, quam inter eos, qui eodem iure innitantur, *l. siue §. duob. de iure patr.* non inter eos qui diuerso iure innituntur. Cur igitur distinctioni misces eos, inter quos non est adcrescendi ius, tractans de iure adcrescendi, an obueniat sine agnitione, vel petitione noua tacito iure & intellectu? Et omnino ita est; si plures eodem iure vocentur, vt si sint plures filii, quorum alii admittant bonorum possessionem, alii non admittant; iis qui admiserunt portio, quæ cæteris competeret, si admisissent bonorum poss. adcrescit ipso iure & tacito sensu, *l. seruus communis, de acquir. her. l. 2. §. si duo, de bon. pos. secund. tab.* & si obiiciatur *l. si ita scriptum §. 1. eod. tit.* non posses ad eum locum luculentius respondere, quam fecit idem Accursius, ad quem te remitto. Parum enim est & pene recitatu indignum, quod efficere conantur ex illo loco, vt non adcrescat ipso iure iis, quibus accrescit portio vacans. Si autem diuerso iure duo pluresve vocentur in bona alterius demortui, vt si sit heres scriptus testamento liberti, cui defertur bonorum possessio secundum tabulas, & patronus præteritus, cui defertur bonorum possessio contra tabulas, *l. 6. D. de bonor. poss.* in portionem legitimam, id est, in trientem, proculdubio est inter eos non posse versari ius adcrescendi. Sed non petente herede scripto bon. posses. secundum tabul. patronus, qui petiit iam bon. poss. contra tabul. in trientem, potest denuo nominatim eius quoque partis quam heres scriptus amplecti noluit, bonor. posses. petere, & per hoc habebit partem quam habuisset heres scriptus si petiisset bon. poss. non per ius adcrescendi, sed per beneficium prætoris, non iure adcrescendi, sed iure possessionis nouæ, qui & præmature petierat

A priorem bonorum possessionem, nimirum herede scripto deliberante. Nam bonorum possessio contra tabulas patrono præterito, cum re, cum effectu non datur, antequam heres scriptus exstiterit, id est, hereditatem adquisierit, *l. illud, in pr. de bon. poss. contra tab. l. 3. §. vt patronus, de bon. libert* Qua in re est differentia inter bonorum possessionem contra tabulas quæ patrono præterito datur, & bon. poss. contra tab. quæ filio præterito datur. Nam hæc datur contra lignum, contra ipsas tab. testamenti ligneas, vel alterius materiæ, *l. quod vulgo, de bon. poss. contr. tab.* Etiamsi nondum heres scriptus adierit hereditatem, aut se pro herede gesserit. Denique datur filio præterito contra lignum, non contra heredes: Nam etsi necdum heres scriptus heres exstiterit, datur. At quæ competit patrono præterito, cum re non
B datur, nisi contra heredes, qui adquisierint hereditatem. Igitur deliberante herede scripto, si patronus occupauerit postea bonorum posses. contra tab. cum nondum nullus exstaret heres testamentarius, petitio erit sine re, adeo vt postea herede scripto repudiante necesse sit, denuo patrono petere bonor. poss. totius assis, non concurrente herede scripto: Sed ita totum obtinet beneficio prætoris, vel bonor. poss. non iure adcrescendi: nam ius adcrescendi ipso iure procedit, nec auxilium desiderat nouum, quæ est sententia *l. sed cum patrono, de bon. poss.* Sine distinctione igitur concludamus, coheredibus vel bon. poss. ad exemplum heredum adcrescere ipso iure sine aditione vel petitione noua, quod fingantur ab initio ex asse heredes aut bonorum possesso-
C res esse. Idem Accursius postea, dum quærit an inuito adcrescat, non animaduertit, se id quod iam antea expediuerat, in dubium reuocare: Nam si ipso iure adcrescat, inuito igitur adcrescit, vt suus heres ipso iure existit sine aditione, *l. in suis, de suis & legit. hered. l. 7. de inoff. test. l. pen. §. den. de bon. lib.* Et inuitus igitur & ignorans heres existit *§. suis autem, de hered. quæ intest. defer.* Adeo vt etiam sui heredes existant furiosi & infantes & peregri nati, vt est legendum 4. *Sent. Pauli*, in collat. illa veteri *ll. popul. Iud. & ll. pop. Rom.* Sicut alias docui etiam, in *§. vlt. Inst. de hered. inst.* esse legendum, posse etiam ignotos heredes scribi, id est, quos nunquam vidimus, veluti peregri natos, vt veteres loquebantur, quod in Theoph. est ἐπὶ ξένης διάγοντας. Et ad eundem
D modum, si ipso iure adcrescit sine petitione noua bon. poss. & inuito igitur adcrescit. Denique qui illud, & hoc etiam dicit & præcipit. oportet semper explorare, quas proponimus questiones, & etiam atque etiam videre, quemadmodum simus eas expedituri, ne de eadem bis mutatis verbis inquiramus frustra. Et elegantissime Aristoteles tertio Metaphysic. non minus esse difficile proponere quæstionem aliquam, quam illam recte expedire & pertingere. Et multi sunt loci, in quibus dicitur inuitis adcrescere, quod nihil aliud est, quam ipso iure adcrescere, *l. vn. §. his ita definitis, de cad. coll. l. si quis heres institutus, l. qui ex duobus §. vlt. ff. de acquir. hered.* Quod in heredibus, & in aliis successoribus, qui similes sunt heredibus, est indistincte verum. Quia semper
E quod notandum est, vniuersi iuris successores, potestate iuris re coniuncti esse censentur, licet forte testator eos separauerit separata oratione, & aliis atque aliis adscriptis partibus, id est, non ideo minus singuli intelliguntur vocati in assem, vt scilicet non nisi concursu facerent portiones sibi adscriptas, quia vnius personæ, id est, defuncti, vniusque hereditatis vicem sustinent, vt eam non possint scindere, nisi absurde & inconuenienter. Et hac in re est differentia inter ius adcrescendi & ius substitutionis. Nam ius substitutionis non obuenit inuito. Ius adcrescendi obuenit inuito, & coheredi coheredis substituto. exsistente casu substitutionis portio deficiens coheredi obuenit magis iure adcrescendi quam substitutionis, licet substitutus sit in portionem coheredis, vt constat ex *l. pen. de ininst. rupt. & irrit.* Et

hinc fit vt portio coheredis coheredi substituto obueniat inuito, & sine aditione noua, *d. l. si quis heres institutus, & l. testam. inf. de impub. & aliis substit.* Certum est igitur inuito obuenire ius adcrescendi aut quasi accrescendi. Nec offendor *l. si minor, de acquir. heredit.* quæ ponit duos fuisse coheredes, & vnum ex iis fuisse minorem 25. annis, & vtrumque adiisse hereditatem pro sua parte, mox minorem, qui adierat pro sua parte se abstinuisse beneficio restitutionis in integrum. Vnde quæritur, an portio eius accrescat coheredi, vel obueniat inuito? Et lex ait non obuenire inuito ex constitutione Seueri. Ergo inquies ius adcrescendi non obuenire inuito? Sed dices non esse proprie ius adcrescendi. Nam certa definitio hæc est, portionem non adquisitam adcrescere adquisitæ, & portionem non petitam adcrescere petitæ: semel autem adquisita portio non acrescit B consorti, siue collegæ portioni adquisitæ, excepto vsufructu, *l. 1. §. interdum, de vsuf. adcresc. l. aquam §. vlt. quemadm. ser. amit.* At portionem suam iam semel minor adquisiuerat. Igitur non proprie ea defertur restituto in integrum minore substituto eius iure adcrescendi, quia adquisitione perimitur ius adcrescendi, & quicunque concurrit semel, etiamsi postea concurrere desinat, non ideo facit, vt portio eius obueniat inuito. Quæ est ratio Nouellæ primæ Iust. Si heres qui adiit non exsequatur voluntatem defuncti, portio eius adcrescit coheredi volenti, non inuito. Nec enim proprie adcrescit portio, quam coheres adquisiuerat iam, & quæ nunc ei eripitur ob contumaciam, inobedientiam. C Non offendor etiam *l. si solus §. vlt. de acq. hered.* Finge: seruus Titij heres scriptus est, ex parte pure, & ex parte sub conditione dato coherede in reliquam partem hereditatis: Idem seruus ex pura institutione adiit iussu domini, nec mutauit dominum. Et cum igitur esset in eiusdem domini potestate, exstitit conditio institutionis conditionalis. An portio illa conditionalis existente conditione obuenit ipso iure statim domino eius, qui iam adquisierat sibi commodum puræ institutionis? Minime, inquit, quia adeundum est etiam iussu domini ex conditionali institutione. Ergo non adcrescit inuito, non ipso iure, quia noua aditione opus est. Nihil est quod tam facile expediri possit. Non adcrescit inuito, fateor: sed non adcrescit etiam volenti sine noua aditione. Et ne huic definitioni *l. si solus,* videatur obstare *l. si quis heres institutus,* obseruandum, aliam proponi D speciem in *d. l. si quis heres,* nempe vnum eundemque fuisse institutum ex parte, & substitutum coheredi & exstitisse casum substitutionis: Et ideo d. l. ait portionem coheredis ei inuito adcrescere sine aditione noua. Quia scilicet vt ait l. substitutio illa est appendix substitutionis, id est, magis est accrementum, quam substitutio, quia & hac omissa substitut. portio coheredis ei obueniret iure adcrescendi. obueniet igitur inuito, & magis iure accrescendi quam substitutionis, vt etiam ait *l. penult. de iniust. rupt. & irrit.* At cum est substitutus ex parte pure, & ex parte sub conditione, conditionalis substitutio non est appendix puræ substitutionis. Et ideo noua aditione opus est. Quoniam omissa conditionali institutione, vt posui, ea pars, que relicta est sub con- E ditione, non ei obueniret & accresceret soli, sed vtrique heredi, vt non possit censeri appendicula esse puræ institut. Et postremo quærit Accurs. pro qua parte adcrescat, & respondet pro rata eius, quod eis competit, quod male probat ex *l. 1. infra de impub. & aliis substit.* quæ non loquitur de iure adcresc. Sed probare id posses ex *l. si ita 66. de hered. inst. & l. Mæuio, de leg. 2.* Nec te offendere debet quod constitutio *de cad. toll.* ait adcrescere pro virili portione. Nam & virilis portio significat ratam & rationalem siue æqualem, siue inæqualem, *l. 1. inf. vnde liberi, & §. vlt. Instit. de inoff. test.*

AD TITVLVM XI

De bonorum possessione secundum tabulas.



Docuit, qui admitti possint ad bonorũ poss. quæ prætoria vel honoraria hereditas dici potest: & intra quæ tempora: & non petentium partes quibus adcrescant, atque accedant. Quo præmisso, bonorum possessionis species omnes exequi parat. Et cum alia ex testamento competat, alia ab intestato, ab ea, quæ ex testamento competit initium sumit & facit. Ea vero aut est contra tabulas seu voluntatem testatoris, aut secundum voluntatem, *l. sed cum patrono §. 1. de bon. poss.* Et prius quidem in edicto prætoris proponitur ea, quæ est contra voluntatem testatoris, id est, bon. posses. contra tabulas, *l. 2. in princip. de bon. poss. secund. tab.* Quare etiam in libris nostris sæpe beneficium bon. poss. contra tabulas appellatur primum edictum aut prima pars edicti, *l. 4. l. scriptus, de Carbon. edic. l. 2. l. filius 42. §. cum filius, de bon. liber.* Et hic etiam ordo seruatur in titulo ff. Prior enim est tit. de bon. poss. contra tab. Ille qui est de bon. poss. secundum tabulas, secundum ordinem edicti perpetui. In titulo huius libri hic ordo perturbatur. Prior enim est titulus de bon. pos. secundum tabulas. At bonorum possessio secundum tabulas datur heredibus scriptis tab. testamenti, etiamsi iniustum sit testamentum vel nullum iure ciuili, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, modo sint supremæ tabulæ testamenti, & obsignatæ non minus quam septem testium signis, & is, cuius bonor. poss. datur, vtroque tempore mortis & testamenti, testamenti factionem habuerit. Sed si postea testamen. in iudicio appareat, cum de hereditate ambigitur, esse iniustum, vel nullum, vel ruptum, vel irritum, vel falsum, bonor. possessio, quam petere occupauit heres scriptus, sine re constituitur & sine effectu, & ad eum perueniet ea res, ad quem meliori iure pertinere videbitur. Vt is cui data est actio non semper rem euincit & aufert: Ita nec is cui data est bonor. poss. vtrumque est ius persequendi: sed modo cum re, modo sine re. Tria potissimum exigit prætor, qui daturus est bon. pos. secundum tab. vt sint supremæ tabulæ testamenti, sicut dixi in *l. 1. §. 1. de bon. poss. secund. tab.* vt obsignatæ sint non minus quam 7. testium signis, *l. cum tab. eod. l. 2. hoc t.* Et vetus hoc fuit edictum prætoris, & translatitium est, vt ait Marc. Tull. in prætura vrbana: Si de hereditate ambigitur, inquit prætor, & tabulæ testam. obsignatæ minus multis signis, quam lege oporteat, ad me proferentur, secundum tab. testamenti bon. pos. non dabo. Exigit ergo prætor omnimodo signa 7. testium, quia scilicet hæc est solemnitas iuris prætorii. Numerum testium introduxit ius ciuile, signa prætorium. Subscriptiones constitutum ius, siue constitutiones Principum, vt Institutiones docent. Non exigit prætor, quæ sunt ex constitutionibus vel ex iure ciuili, solemnia: satis habet si agnoscat non minus quam 7. testium signa, quæ ipse introduxit, & adhiberi in testamentis voluit. Et tertium exigit prætor, vt testator vtroque tempore testamenti factionem habuerit, testamenti faciendi tempore & mortis, *l. 1. §. exigit, de bon. poss. secund. tab.* Quod ita est accipiendum vt testamentum quod quis non iure fecit non valeat, etiamsi postea testamenti factionem habere cœperit. testamentum, inquam, quod quis non iure perfecit, quod non haberet testamenti factionem, non valeat, etiamsi postea testamenti factionem habere cœperit, vt si filiusfam. aut pupillus testamentum fecerit, & paterfamil. factus aut pubes vita decesserit, *l. si filiusfam. qui testam. fac. possint.* Contra vt testam. quod quis iure perfecit, cum haberet testamen. factionem valeat, etiamsi postea testamenti factionem habere desierit, vt si postea ei interdictum sit bonis, ob vitium prodigalitatis, ob dissolutionem

morum. Nec ideo intercidit teſtament. quod fecit ante interdictionem. Idemque eſt ſi quis poſt teſtamentum, quod iure fecit, factus ſit mutus aut ſurdus aut furioſus, *l. 6. l. is qui lege, Qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. ſi quis autem de bon. poſſ. ſec. tab. l. 7. de iure codicill.* Idemque eſt ex Nou. 5. Iuſtin. ſi quis poſt teſtament. factus ſit monachus. Nam quod poſt monachiſmum teſtamentum fecerit, ipſo iure non valet. Quod vero monachiſmo antiquius habuerit teſtamentum, hoc valebit. Non idem erit, ſi poſt teſtamentum factum capite deminutus eſt, id eſt, ſi factus ſit ſeruus vel peregrinus, vel alieni iuris, alienæ familiæ: Nam hoc exigitur omnino, vt vtroque tempore teſtamenti & mortis teſtator fuerit ſui iuris, & ciuis Romanus, §. *non tantum, Inſtit. Quibus modis teſtam. infirm.* Igitur ſi teſtator deportatus ſit poſt factum teſtamentum, ſi redactus ſit ad peregrinitatem, vel ſi adrogatus ſit, deportatione, peregrinitate, adrogatione, omni iure ciuili & prætorio irritum fit teſtamentum, optima ratione, quia deportatus & adrogatus omnia ſua bona amittit & transfert in fiſcum, vel adrogatorem. Et ita eſt accipiendum, quod ait *d. §. exigit*, prætorem exigere vt teſtator vtroque tempore habuerit teſtamēti factionem. Nec enim hoc eſt per omnia verum, nec tenendum præciſè, deſtrictè, aut præfractè, ſed adhibendæ ſunt ſuperiores diſtinctiones. Illa igitur tria potiſſimum, quæ dixi prætorem exigere vt petenti det bonorum poſſeſſionem ſecundum tabul. ſi concurrant, prætor a quo petitur bonorum poſſeſſio non ſpectat, an ſit iniuſtum teſtam. id eſt, an defuerint in eo ſolemnia iuris ciuilis, non ſpectat an iure ciuili nullum ſit teſtam. id eſt, an filius ſuus in eo ſit præteritus, non ſpectat an ruptum ſit agnatione poſtumi, *l. poſtumus, de iniuſt. rupt. & irr.* Non ſpectat etiam admodum an teſtamentum irritum factum ſit medio tempore per capitis deminutionem inter teſtamentum & mortem, *l. 1. §. ſed etſi quis vtroque, de bon. poſſ. ſec. tabul. l. conficiuntur §. ſi poſt, de iure codicill.* Interdum etiam non ſpectat an ſit falſum teſtamentum, non excutit an ſit verum teſtamentum, aut ſi prima ſpecie videatur non eſſe verum, non ideo minus petenti heredi ſcripto largitur bon. poſſeſſ. ſec. tabul. l. 1. *inf. de his qui ſibi adſcrib. in teſt.* in cuius ſpecie prætor heredi ſcripto & reo falſi compertiſſimo prætor dat bonorum poſſeſſ. ſecundum tabul. nempe filio emancipato herede ſcripto, qui ſibi adſcripſerat hereditatem dictante patre, atque ita inciderat in crimen falſi ex Senatuſconſulto Liboniano. Huic enim prætor dat bon. poſſeſſ. ſecundum tabulas, ſi nemo alius in ea re, illo potior futurus ſit. Quæ eſt breuis explicatio *d. l. 1.* Plus dico: Etiamſi qua alia ratione quis dicat teſtamentum eſſe falſum, nec dum probet eſſe falſum, vel etiamſi probet, nec dum pronuntiatum ſit, eſſe falſum, ſine controuerſia interim petenti heredi ſcripto prætor dabit bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas. Nam ſiue heres ſcriptus accuſetur falſi, nec dū damnetur, ſiue alius quilibet, ſicut heres ſcript. poteſt interim adire heredit. ſi modo ei liqueat de innocentia ſua, vel innocētia eius qui reus poſtulatur: ita etiam interim poteſt bonorū poſſeſſionem admittere ſecundum tabulas, *l. cum falſum, l. Pannonius §. rei, de adq. vel omitt. hered.* Et non eſt verum quod Accurſius notat in *l. 1. huius tit.* hac in re differentiam eſſe inter ius ciuile & prætorium, inter bonorum poſſeſſionem & hereditatem, vt alio teſtamentum dicente falſum, heres ſcriptus poſſit adire hereditatem, non admittere bonorum poſſeſſionem. Et merito etiam Bart. eam Accurſii differentiam abdicauit, quoniam prætor ſemper (vt ſatis licet intelligere ex iis, quæ ante dicta ſunt,) ſatis habet, dum ab eo petitur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ſi teſtamentum non fuerit ruptum mutatione, id eſt, ſi ſit ſupremum teſtamentum, & ſi non perſeuerauerit eſſe irritum vſque ad mortem teſtatoris, id eſt, ſi moriens teſtator fuerit ſuæ poteſtatis & ciuis Romanus: Et quod eſt tertium, ſi teſtamentum non careat ſolemnibus iuris prætorii, id eſt, ſi obſignatum ſit ſeptem teſtium ſignis, *l. 2. hoc tit. l. poſtumus, de ini. rupt. & §. non tamen, Inſtit. quibus modis teſtam. infir.* Et eleganter Vlpianus *lib. regul. tit. quemadmodum teſtam. rump.* Si, inquit, teſtamentum 7. teſtium ſignis ſignatum ſit, licet iure ciuili ruptum, aut irritum ſit: tamen prætor heredibus ſcriptis bonor. poſſeſſ. dat ſecundum tabulas, ſi teſtator fuerit ſuæ poteſtatis & ciuis Romanus cum moreretur fuit, quæ poſſeſſio cum re habetur, ſi nemo alius iure heres ſit. Ergo ea tria ſi concurrant, ſufficit. Nec quidquam obſtat quod teſtamentum eſſe dicitur falſum, ſicut nec ea res obſtat aditioni hereditatis. Et plane hac in re conſentit ius ciuile cum iure prætorio. De falſo teſtamento eſt *l. 1. hoc tit.* ſpecies hæc eſt: Quidam falſum teſtamentum dixit contendens de hereditate cum herede ſcripto & teſtamentum falſum pronuntiatum eſt, heres ſcriptus, qui petierat iam bon. poſſeſſ. ſecundū tabulas & obtinuerat rem, appellauit. pendente appellatione nondum eſt certum, an defunctus inteſtatus deceſſerit, quoniam pendente iudicio appellationis adhuc viget & præpollet cauſa teſtamenti: ideoque vt lex ſtatuit pendente eo iudicio non defertur bonorum poſſeſſ. ab inteſtato, quoniam incertum eſt an ſit inteſtatus. Et ita demum bonorum poſſeſſ. ab inteſtato competit, ſi neque bon. poſſ. ſecundum tabulas neque contra tabulas admiſſa, & agnita ſit, *l. 1. §. 1. ſi tab. teſtam. nullæ exſtab.* Nec obſtat quidquam quod prior iudex teſtamentum falſum eſſe pronuntiauit. Nam eam pronuntiationem appellatio exſtinxit. Ne dicas appellationem ſuſpendere, ſed exſtinguere iudicatum, *l. 1. §. vlt. ad Turpil. l. furti §. 1. de his qui not. infam.* Quod adeo verum eſt, vt ſi damnatus furti appellauerit, & deinde iniuſtam appellationem videri pronuntiatum ſit, non fiat retro infamis ex die prioris ſententiæ, ſed hodie ex die poſterioris ſententiæ, quæ priorem confirmauit, vel potius conſeruauit. Nam ne etiam vnquam dicamus iudicem, ad quem appellatum eſt, confirmare priorem ſententiam: Nam ſi confirmaret, vis eius retro traheretur, atqui non retrotrahitur, cum ex hoc die demum infamis fiat. Sed dicamus conſeruari priorē ſententiā, non confirmari, vt in *l. vlt. §. vlt. Quod cum eo, &c.* Et hæc quidem omnia ſunt de teſtamento, id eſt, de tabulis teſtamenti. Quid ſi teſtamentum non ſit ſcriptum, an dabitur bonorum poſſeſſio ſecundum nuncupationem, & voluntatem defuncti non ſcriptam, ſed nuncupatam ſeptem teſtibus præſentibus. Ius prætorium non nouit teſtamentum non ſcriptum. Ius ciuile nouit teſtamentum non ſcriptum, modo præſentes fuerint 7. teſtes, *l. 2. hoc tit. §. vlt. Inſt. de teſt. ordin.* Igitur ſecundum teſtamentum non ſcriptum, id eſt, ſecundum nuncupationem ex edicto non competit vel non defertur bonorum poſſeſſio. Cæterum ex æquo & bono datur vtilis bonorum poſſeſſio ſecundum nuncupationem. Vt actio alia eſt directa, alia vtilis: Ita bonorum poſſeſſio alia eſt directa, alia vtilis. vtramque eſt ius perſequendi, modo directum, modo vtile. Et ita vtilem poſſeſſionem bonorum dari ſecundum nuncupationem a prætore, *l. 2. hoc tit. & l. ſi ita ſcriptum §. vlt. D. hoc tit. & l. vlt. inf. de codic. & l. 2. inf. tit. 13. huius lib.* Quæ quidem erit decretalis bonorum poſſeſſio, quæ dabitur interpoſito decreto a prætore pro tribunali, non edictalis. Nam ſecundum voluntatem defuncti ex edicto non datur bonorum poſſeſſio, niſi extent tabulæ iure directo: vt omnes actiones vtiles ſunt decretales, ita & bonorum poſſeſſiones vtiles. Nec omittam quod in *l. 2. hoc tit.* Græci exigunt ſeptem teſtes vel quinque. Cur quinque? & eadem quæſtio fieri poteſt ad *l. 1. C. Theod. de teſtam.* An quod in vrbe exigantur ſeptem teſtes, ruri ſufficiant quinque? vt eſt proditum in *l. vlt. inf. de teſtam.* An vero quod hodie ex Nouella Leonis 42. etiam in vrbe ſufficiant quinque teſtes, & ruri tres?

AD TITVLVM XII.

De bonorum poſſeßione contra tabulas quam prætor liberis pollicetur.

BOnorum poſſeſſio contra tabulas, de qua agitur in hoc tit. 12. datur liberis naturalibus ſuis vel emancipatis, nõ etiã in adoptionem datis, quia in aliena familia ſunt, emancipati etſi non ſint in familia patris, tamen non ſunt in aliena familia, ſed ſuæ propriæ familiæ & poteſtatis ſunt. Item datur bonorum poſſeſſio contra tabulas poſtumis natis, qui ſui futuri erant: Datur liberis adoptiuis non emancipatis: Datur, inquam, iis omnibus liberis, ſi præteriti ſint & omiſſi teſtamento parentis virilis ſexus & per virilem ſexum cognatione iuncti. Hæc omnia exiguntur reſcindendi eius teſtamenti cauſa. Bonorum poſſeſſio contra tabulas reſcindit iudicium parentis, reſcindit teſtamentum, *l. 1. in princ. de legat. præſtand. l. vt liberis, inf. de collation.* Impugnat igitur teſtamentum patris, quia & præteritio iniuria eſt filii *l. quidam, inf. de fideicommiſſ.* Et ne hoc etiam omittam, liberi præteriti dicuntur, qui ſilentio prætermiſſi ſunt a patre, atque neglecti in teſtamento, id eſt, nec heredes inſtituti neque nominatim exheredati, §. *eadem, Inſtit. de her. quæ ab inteſtato def. l. 2. h. tit.* vt apud Feſtum Senatores præteriti dicuntur, qui neglecti ſunt a cenſoribus, quod erat ignominioſum, & vt ante dixi, etiam per præteritionem filius a patre afficitur ignominia, *d. l. quidam.* Et exheredatio & præteritio ignominia eſt. Quamobrem exheredato ſubuenitur per querelam inofficioſi teſtamenti, ſi probet ſe immerito exheredatum, vel confidat ſe probare poſſe iudici. Præterito autem ſubuenitur per bonorum poſſeſſ. contra tabulas, quæ etiam dicitur actio præteriti in *Nou. 1. Valentiniani de teſtam.* non male. Nam bonorum poſſeſſio definitur ius perſequendi, ſicut actio, & bonorum poſſeſſionis datio nihil aliud eſt, quam actionum hereditariarum datio. Et ita etiam Paulus *in Sent. relatis in coll. illa veteri ll. Iudaicar. & Roman.* qui ſui heredes ſunt, inquit, ipſo iure etiam ignorantes heredes conſtituuntur, vt furioſi, infantes & peregri nati, quibus bonorum poſſeſſio propter prætoriam actionem non erat neceſſarium. Qui ſermo latinus eſt elegantiſſimus. Vt apud Marcum Tull. *eam rem præſidio non futurum.* Recte igitur dixeris vel bonor. poſſ. contra tabulas, vel actionem præteriti, vel bonor. poſſeſſionis contra tabulas prætoriam actionem, qua emendatur nota præteritionis reſciſſo iudicio paterno, liberis quidem emancipatis præteritis, quia ad eos non pertinet legitima hereditas, cum non ſint agnati patri, ſed cognati tantum, quia ceſſat legitima ſucceſſio, neceſſaria eſt bonorum poſſeſſio contra tabulas, *l. 2. §. 1. de bonor. poſſeſſ. ſec. tab.* Suis non eſt neceſsaria, *vt Paul. dixit*, id eſt, iis, qui manſerunt in poteſtate & familia parentis: qui eo moriente in poteſtate eius fuerunt, *l. 7. de inoffic. teſtam.* Cur ſuis non eſt neceſsaria? Quia ſcilicet ipſo iure ſtatim, vel vt Græci exprimunt, ἀπευθεῖαν, nullum eſt teſtamentum, in quo ſuus filius eſt præteritus, §. *1. Inſtit. de exhered. lib.* Et ipſo iure rumpitur in quo poſtumus præteritus eſt. Si naſcatur, rumpitur id ipſo iure agnatione poſtumi præteriti *l. 2. h. tit.* Ergo non eſt neceſſe, id reſcindi per bonorum poſſeſſionem contra tabul. quod ipſo iure reſciſſum eſt. Sed tamen quia ſi teſtamentum, in quo filius ſuus eſt præteritus, ſignatum ſit non minus quam ſeptem teſtium ciuium Romanorum ſignis, prætor petente herede ſcripto poteſt dare bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vt oſtendi nudiuſtertius, ideo vt filius ſuus præteritus obuiam eat heredi ſcripto, non inutile erit eum

A agnoſcere bon. poſſeſſorem contra tabul. atque ita præuenire heredem ſcriptum, quoniam hac agnita heres ſcriptus tanquam præuentus non poteſt admitti ad bonor. poſſeſſionem ſecundum tabulas, quæ eſt ſententia *l. 2. hoc tit. & l. quod vulgo, D. hoc tit.* Imo aliquando vtilius eſt, filium ſuum præteritum teſtamento patris admittere bonor. poſſeſſ. contra tabul. quam dicere nullum ipſo iure, vt in hac ſpecie quæ tractatur *in l. 14. de lib. & poſt.* Si filius ſuus præteritus ſit a primo gradu, id eſt, ab inſtitutione, & exheredatus a ſecundo gradu, id eſt, a ſubſtitutione vulgari, quia præteritio non infirmat ipſo iure totum teſtamentum, ſed tantum eum gradum, a quo filius eſt præteritus, vt in hac ſpecie, ipſo iure nullus eſt primus gradus inſtitutionis: ſecundus valet, & incipit teſtamentum a ſecundo gradu, id eſt, a
B ſubſtitutione, & ſubſtitutus venit, non vt ſubſtitutus, ſed vt inſtitutus, quia ei priori defertur hereditas, primo gradu habito pro nullo, *l. 3. §. vlt. l. 14. §. quod vulgo, de lib. & poſt.* Igitur ſi in ea ſpecie filius ſuus præteritus dicat, primum gradum nullum eſse ipſo iure, a quo ſolo eſt præteritus, ſibi locum non facit, ſed potius ſubſtituto, id eſt, declarat teſtamentum incipere a ſubſtitutione, a qua ipſe fuit rite exheredatus, non præteritus. Sed ſi velit aduerſus ſubſtitutum inſtituere querelam inofficioſi teſtamenti, in eius arbitrio eſt, tanquam non videatur pater iuſtam cauſam habuiſſe exheredandi filiũ, iuſtas cauſas irarum non habuiſse: ſed in eadem ſpecie ſi filius ſuus, qui, vt dixi, a primo gradu, hoc eſt, qui ab inſtituto eſt præteritus, a ſubſtituto exheredatus agnoſcat bonorum poſseſſionem contra tab. & inſtitu-
C tionem & ſubſtitutionem vulgarem infirmabit, & omnem ſcripturam teſtamenti, atque ita repellet ſubſtitutum, vt in *l. non putauit §. ſi primo, de bon. poſſ. contr. tab.* Atque ita hoc caſu vtilior eſt bonor. poſseſſ. petitio contra tab. quam dictio nullius teſtam. Ex his ergo ita concludamus, hac in re differentiam eſſe inter filium emancipatum & filium ſuum. Nam in emancipato, vt dixi, neceſsaria eſt bonorum poſseſſ. contra tab. In ſuo non eſt neceſsaria, & non inutilis tamen, & aliquando vtilior quam dictio nullius teſtamenti. Addamus etiam aliam differentiam inter emancipatum & ſuum. Emancipatus non omnino infirmat teſtam. ſi petat bonorum poſseſſionem contra tabulas, quandoquidem præſtat legata ex teſtamento patris quibuſdam perſonis exceptis edicto prætoris, *l. is qui in poteſtate, de leg. præſt.* vt
D liberis & parentibus, & vxori, vel nurui dotis nomine legata, *l. 1. hoc tit.* quæ eſt accipienda de liberis emancipatis. Conſeruantur etiam ex æquo & bono ſecundæ tabulæ ſi quæ ſint, id eſt, tabulæ pupillares, teſtamentum quod pupillo fecit pater, & legata relicta eis tabulis quibuſcunque perſonis, id eſt, omne teſtamentum pupillare, & primum duntaxat reſcinditur, *l. ex duobus §. vlt. & l. ſeq. de vulg. & pupil. ſubſtitut.* Suus autem præteritus etiamſi petat bonorum poſseſſio. contra tabulas, ſi malit vti iure prætorio, quam ciuili, nullis perſonis præſtat legata & infirmat omne teſtament. & tabulas primas & ſecundas. Certe legata nulli præſtat, quia & ſine bonorum poſseſſione ſuo iure omnimodo habiturus erat hereditatem optima lege ſine vllo onere
E legati, aut fideicommiſſi, aut libertatis. Et hoc oſtenditur in *l. illud, de bonor. poſſeſſ. contr. tab. & l. pen. §. legata, eod. tit. & l. is qui in poteſtate, de legat. præſt.* Hæ ſunt ſummæ differentiæ hac in re inter emancipatos & ſuos. Et hæc ſola ſunt, quæ dici poſſunt ad duas conſtitutiones huius tituli.

AD

AD TITVLVM XIII.

De bonorum possessione contra tabulas liberti, quæ patronis liberisque eorum datur.



CVr subiicitur hic titulus? An quod non satis explicata sit pars illa de successʃ. libertorum initio libri? Cur ad eam rem regreditur, qui post successiones libertinorum cœpit iam aliquot titulis tractare *de successionibus ingenuorum*? Dico subiici hunc titulum non vt tractet de successione libertinorum, de quibus dixit potissimum in tit. 4. *sup.* in constitutione græca, sed vt vel ex diuersitate tit. tacite ostendat, differentiam esse magnam & latam inter bonorum possessionem contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, & bon. poss. contra tabulas, quæ datur patronis præteritis & extraneis heredibus scriptis, vel liberis patronorum præteritis & extraneis heredibus scriptis, vt ait titulus, qui & ipsi sunt patroni, *l. cum patrono, de iur. patron.* Et hæ nimirum sunt differentiæ inter hãc & illam bonorum possessionem, quod bonorum possessio contra tabulas, quæ datur liberis præteritis, sit contra lignum, vt vulgo dicebant IC. vox erat de foro collecta, bonorum possess. contra tabulas quæ liberis præteritis competit esse contra lignum, id est, contra testamentum, etiamsi heres scriptus nondum adierit hereditatem, vel non petierit bonorum possess. secundum tabulas. Denique non esse contra heredem scriptum, sed contra lignum, *l. illud, l. quod vulgo, de bonor. poss. contr. tab.* At bonorum possessio quæ datur patrono præterito contra tabulas liberti, non est contra lignum, sed contra heredem scriptum, id est, non aliter competit patrono quam si ex testamento heres extiterit aliquis, cum quo litigare possit de bonis liberti, *d. l. illud & l. 3. §. vt patron. & §. si patronus, de bon. lib.* Similiter querela inofficiosi testamenti datur exheredatis contra heredem scriptum, non contra lignum: Nec enim ante datur quam heres ex testam. aliquis extiterit, quia querela hæc competit exheredato: & exheredatus non intelligitur, id est, exheredatio nullas vires habet, vt queri de ea præmature possit, antequam aliquis extiterit heres ex testamento, cum quo de hereditate contendat: Nam adita hereditate ex testamento, exheredatio vires suas aperit, & extat nota siue ignominia in persona exheredati, quam eluit per querelam inofficiosi testamenti, dicens se immerito exheredatum esse. Et ita licet petitio hereditatis regulariter non detur contra verum heredem, sed contra eum, qui pro herede possidet, id est, contra falsum heredem, vel contra eum, qui pro possessore possidet, id est, contra prædonem, tamen agente patrono præterito ex causa bon. poss. contra tabul. liberti, petitio hereditatis ei datur contra verum heredem. & similiter filio exheredato querela inofficiosi testamenti, petitio hereditatis ei datur aduersus verum heredem. His duobus casibus contra regulas iuris, petitio hereditatis datur in verum heredem, quos notat, *l. per seruum, de petit. her.* Et vt eluceat magis ratio prioris differentiæ, inter bon. poss. contra tab. patris, & bon. poss. contra tab. liberti, quarum illa datur contra lignum, hæc contra heredem. Proponenda est alia differentia inter hanc & illam bon. poss. Bonorum possess. contra tabulas patris datur in assem, id est, in totum. Bonorum poss. contra tabul. liberti ex edicto datur patrono tantum in legitimam debitam verecundiæ patronali. Iure veteri in semissem, iure nouo in trientem. Denique datur vt hereditatem liberti patronus partiatur cum herede scripto, non vt ei auferat assem, eumque penitus excludat. Prius igitur heredem

A esse oportet ex testamento cum quo partiatur patronus, alioquin incertum erit, vtrum patronus persequi partem debeat bon. poss. liberti, an assem: quia omittente herede scripto nec adeunte vel admittente bonor. possessionem secundum tabulas, patronus vindicat assem, vt legitimus heres, *l. cum patrono, de bonor. possess. l. si libertus præterito, de bon. liber.* Vicinitas igitur horum titulorum nos admonuit de iis differentiis, nec alia ratione defendi potest. Sunt autem etiam in hoc titulo duæ constitutiones. Prima docet patrono præterito dari bonorum possessionem contra tabulas in partem, etiãsi non gratuitam libertatem præstiterit, sed debitam restituerit, vt si ex causa fideicommissi seruum manumiserit, *l. 1. hoc tit.* quod confirmat etiam lex 3. §. 1. *de suis & legit. hered. & l. qui ex causa, de bon. lib.* Nam & qui ex

B causa fideicommissi coactus manumisit, habet etiam alia iura patronatus, quia liberto est tutor legitimus, *l. 13. de tut. & curat. dat.* & in ius eo liberto vocari non potest sine venia, *l. 9. de in ius voc.* Non habet tamen cætera iura patronatus, non habet actionem ingrati, vt docui in *l. 1. sup. tit. 7.* Non potest etiam donum, munus, operas imponere liberto, quem ex causa fideicommissi manumisit, vel impositas non potest exigere, *l. 7. §. rescriptum, l. si quis hac lege §. 1. & l. Campanus, de operis libert.* Ac præterea etiam libertus si iustam causam excusationis habeat, inuitus non cogitur suscipere tutelam filiorum patroni, qui eum ex causa fideicommissi manumisit, qui tamen cogeretur, si manumisisset eum sponte sua, *l. nequaquam, de excus. tut.* Et pleraque etiam alia qui manumisit ex causa fideicommissi iura non habet, quæ

C tamen habent qui donarunt, non soluerunt libertatem. Denique quædam ei tantum iura patronatus seruantur, & inter cætera, vt non possit impune a liberto iniuria affici per præteritionem. Altera constitutio, (in quam, quæcunque scripsit Accursius sunt somnia) vult bon. poss. contra tabul. liberti non dari patrono præterito, qui post mortem liberti elegit donum, munus, operas impositas liberto, vt ea heres extraneus testamento scriptus patrono exhiberet instar defuncti: Nam ex edicto prætoris, vt indicat *l. sicut, de iure patron.* electio datur patrono præterito, vt vel amplectatur bonorum possessionem contra tabulas in portionem legitimam, vel sit

D contentus donis, muneribus, operis, quæ præstare ei solebat defunctus libertus. Et hæc si elegerit non potest mutare factum, non potest variare, & transgredi ad bonorum possess. contra tabulas. Hæc est sententia *l. 2.* quæ in omnibus libris male adscribitur Anastasio: Est enim Theod. Imp. vt constat ex *l. vlt. C. Th. de codicill.* ex qua sumpta est. Ex quo apparet etiam omnino esse coniungendam *l. vlt. inf. de eod.* quæ est eiusdem Theod. & variationem etiam non admittit in eo, qui ex codicillis maluit amplecti bona, cum ea posset amplecti ex testamento & plenior *l. vlt. C. Th.* exemplo leg. secundæ vtitur, vt quemadmodum qui elegit operas, non potest venire ad bonorum possessionem contra tabulas: ita qui elegit codicillos, non potest transire ad testamentum, nec subinde variare. Vnde etiam subscriptio est emendanda, & legendum est Victore, non Viatore.

E

AD TITVLVM XIV.

Vnde liberi.



TItulus decimus quartus *vnde liberi*, sic explicandus est: Pars edicti vnde liberi ad successionem parentum ab intestato vocantur. Liberos dicit omnes descendentes, filium, filiam, nepotem, neptem, pronepotem, proneptem & deinceps. Parentes omnes ascendentes, patrem, matrem, auum, auiam &c. & expositis quidem bonorum possessionibus, quæ ex testa-

mento competunt, ab hoc titulo incipit proponere eas quæ ab inteſtato deferuntur. Ac quemadmodum ex teſtamento prima edicti parte liberis præteritis ſuis vel emancipatis prætor pollicetur bonorum poſſeſſ. contra tabulas, ita ab inteſtato prima parte primoque capite liberis, ſuis vel emancipatis prætor promittit bonorum poſſeſſ. vnde liberi. Et rectiſſime in *l.* 1. §. *recte, ſi tab. teſtam. null. exſtab.* prætorem a liberis initium facere in ſucceſſionibus ab inteſtato, vt ſicut contra tabulas ipſis primo loco defert, ita ab inteſtato eos priore loco vocet. Et ſimiliter in *l.* 2. *hoc tit.* tam ex teſtamento quam ab inteſtato. Et ex teſtamento per bon. poſſ. contra tab. ab inteſtato per bonor. poſseſſ. vnde liberi. Siquidem ſuus heres de quo agitur in *l.* 2. velit bonor. poſſeſſionis actione prætoria vti ex teſtamento, vel ab inteſtato, filio aut nepote ſuo aut herede exiſtente, neminem ab inteſtato hæredem exiſtere poſſe. Quæ lex ſecunda ſcripta eſt tota ſecundum ius ciuile, vt ſuo herede exiſtente, nemo alius heres exiſtere poſſit, *l. pen.* §. *vlt. vnde legit.* Nam iure prætorio eodem iure ſunt ſui liberi & non ſui, ſui & emancipati, & etiam ij qui nunquam in poteſtate parentis fuerunt, *l.* 5. *ſi tab. teſt. null. exſtab.* Nam & emancipatos liberos & eos, qui nunquam fuerunt in familia parentis, prætor vocat inter ſuos. Secundum ius ciuile igitur dicimus, priorem & potiorem cauſam heredum ſuorum eſſe. Secundum ius prætorium, potiorem & priorem cauſam liberorum. Eſt etiam ſecundum ius ciuile ſcripta omnino *l.* 2. ℣. *de vſucap. pro her.* quæ dicit, exiſtentibus ſuis heredibus nihil ab alio pro herede vſucapi poſſe. Et nihil aliud eſt præterea in ea lege, quæ ſatis difficilis eſt explicatu. Nihil, inquit, pro herede ab alio vſucapi poſſe ſuis heredibus exiſtentibus. Exiſtunt autem ſubito, etiam inuiti & ignorantes, quod eſt *apparent*, ſiue vt Græci ſemper vertunt, ἀναφαίνονται, vt ait *l. vlt.* §. *ſi vero perpetuo, ſup. de curat. fur.* quibus etiam exiſtentia ſui heredis dicitur ἀνάφανσις, quæ eſt adquirendæ hereditatis ſpecies. Igitur, vt ait *d. l.* 2. ſi vel exiſtant ſui heredes, impediunt alios quoſcunque, ne quid ex ea hereditate pro herede vſucapere poſſint, licet abſtinuerint ſe hereditate. Exiſtere ſatis eſt, nec neceſſe eſt, vt attingant vel teneant bona, vel ſe iis immiſceant. Nam & ſui heredes, qui abſtinent ſe beneficio prætoris vel principis, heredes manent, *l.* 6. §. *pen. de bon libert. l. cum quaſi* §. *ſed & ſi ſuis, de fideicommiſſ. libert.* Heredes manent nomine & iure, non re, quatenus re vltro ſe abſtinent heredes, ſunt ſine re, quæ res tamen, id eſt, nomen heredis excludit ceteros omnes, ne heredes eſſe poſſint, & conſequenter, ne quid pro herede vſucapere poſſint. Igitur ſuis exſiſtentibus nec immiſcentibus ſe, agnati legitimo & ciuili iure venire non poſſunt, iure prætorio venire poſſunt ad bonorum poſſeſſionem. Quia prætor eum qui ſe abſtinuit, non habet pro herede. igitur ſecundum ius ciuile ſic dicamus, vel exſiſtentibus ſuis heredibus nihil pro herede vſucapi poteſt. Secundum ius prætorium hoc modo: etiam ſuis exiſtentibus heredibus procedit vſucapio pro bonor. poſſeſſore, Et hæc pertinent ad *l.* 2. *huius tit.* L. 1. eſt facillima. Ex ea notandum eſt, ſi plures ſint liberi emancipati qui ſimul admittantur ad bonorum poſſeſſionem vnde liberi, eos inter ſe diuidere hereditatem ſiue bona, vt lex ait, pro rata portione, quod M. Catoni eſt pro ratione, i. ἀναλογία. Analogia autem hæc eſt, vt viriles & æquales partes ferant, non inæquales qui veniunt ab inteſtato, quibus nullus adſcripſit partes. Et obſeruandum eſt etiam in hac lege, bonorum poſſeſſores appellari heredes acciſe, id eſt, veluti heredes, & l. 1. loqui ſecundum ius prætorium, aliter quam loquatur lex 2. loquitur enim de liberis emancipatis, quibus ſcilicet maxime eſt neceſſaria bonorum poſſeſſio vnde liberi, propterea quod ius ciuile eos non nouit, nec eis opitulatur quicquam, & ita *l.* 3. *hoc tit.* maxime emancipatis inquit. Suis autem non eſt neceſſaria poſſeſſio bonorum vnde liberi

l. 7. *de inoffic. teſtam.* Cum nec aditio nec cretio hereditatis ſuis ſit neceſſaria, quia ipſo iure heredes exiſtunt derepente, *l. in ſuis, de ſuis & legitim. l. in ſuis, de liber. & poſt.* Exiſtentia illa facit heredem etiam inuitum & ignorantem, adeo vt ad mortem parentis videantur ſui heredes continuare dominium quod habuerunt viuo parente, vt nec ſi pupilli ſint ſui heredes, neceſſaria ſit eis tutoris auctoritas: ſi furioſi, non ſit neceſſarius eis curator, ſi ſoluendo ſit hereditas, quæ iure ſui ad eos pertinet *l.* 8. *de acquir. hered.* Reſtat igitur vt exponamus hanc partem edicti vnde liberi, qua ab inteſtato bonorum poſſeſſio defertur, quæ neceſſaria eſt maxime emancipatis, vel non ſuis. neceſſaria non eſt ſuis. Et reſtat modo tantum, vt exponamus ſpeciem *leg.* 3. quæ eſt

B vexata a multis, & reſperſa multo puluere. Omnis difficultas conſiſtit in ponenda ſpecie, quod etiam accidit fere in ll. omnibus. vt aptas & conuenientes ſpecies ponere neſciamus, & ſæpenumero vehementer laboremus. Et ſtudioſis velim hanc eſſe præcipuam curam, & hanc habere diligentiam, vt ſe exerceant in bene & recte apponendis ſpeciebus, quandoquidem & ſe parat quiſque ad forum, in quo ridiculus eſt, qui neſcit bene enarrare facta, quæ in iudicium deducuntur. Vt intelligamus ſpeciem l 3. ſciendum eſt, aut quoniam id ſcire arbitror omnes, memoria repetendum, ſuos eſſe liberos, qui ſunt in poteſtate morientis, & qui primum gradum obtinent delatæ hereditatis tempore, id eſt, quos nemo præcedit gradu eo tempore quo defertur

C hereditas, vel a morte parentis, vel apertis tab. ſecundum ius vetus & nouum. Nam hanc partem exigimus omnimodo in definitione heredis ſui. Nec enim ſatis eſt ſi dicas ſuum heredem eſſe filium vel nepotem, qui eſt in poteſtate morientis, niſi adiicias, qui primum gradum tenet delatæ hereditatis tempore ex *l. ſcripto, vnde lib.* Et notandum in ſuis heredibus non eſſe ſucceſſionem, & hoc eſſe tenendum regulariter, *l.* 1. §. *ſciendum, de ſuis & legit. heredib.* Quid hoc eſt, in ſuis heredibus non eſſe ſucceſſionem? Finge filius ſuus exſtitit heres patri, & poſtea abſtinuit ſe, an nepoti ex eo deferetur hereditas aui vt ſuo heredi, an nepos ſuccedet ſuo patri, qui ſe abſtinuit bonis aui: Minime: quia in ſuo herede non eſt ſucceſſio, quia ſuo heredi non ſuccedit ſequens gradus. Nepoti igitur ex eo non defertur

D hereditas aui, quaſi ſuo heredi, quia pater eum præceſſit delatæ hereditatis tempore, qui & poſt abſtentionem ſui heredis nomen & ius retinet. Ergo nepos venire non poteſt iure ſui ad bona aui, quoniam ei obſtat pater, licet abſtinuerit ſe: ei obſtat nudum heredis nomen, & quod nepos tempore delatæ hereditatis non obtinuerit proximum gradum. Verum veniet nepos auxilio prætoris petita bonorum poſſeſſione vnde liberi, quæ defertur etiam iis qui ſui heredes parentis non ſunt. Veniet igitur non vt ſuus, ſed vt nepos, non ciuili iure, ſed prætorio. Diuerſa hæc ſunt venire vt ſuum, & venire vt nepotem, *l. ſi quis filio* §. *non fuiſſe, de iniu. rupt. & irr. &c.* Hoc cognito nullus erit labor in ponenda ſpecie *leg.* 3. Species hæc eſt: Ego & pater meus ſimul

E ſumus in aui poteſtate. auus prior moritur inteſtatus, ego recido in poteſtatem patris mei, & pater meus auo ipſo iure heres exiſtit vt ſuus: mox etiam moritur pater meus, ego ei ſuus heres ſum, & in hereditate eius inuenio hereditatem aui, & vtramque ſi volo complector. Quid tamen ſi velim diuidere hereditates & ſeparare paterna bona & auita? Quid ſi me abſtineam a bonis paternis, aui autem bona retinere malo, an audiendus ſim? aut vt mihi ſatisfiat, qua via id conſequi poſſum? Diſtinguendum eſt: aut miſcuit ſe pater bonis aui mei, aut non: mixtio & abſtentio ſunt ex iure prætorio. Si miſcuit ſe bonis aui, dum me abſtineo bonis patris, & aui bonis abſtineo, quæ patri adquiſita ſunt, non tantum iure ciuili, quod ipſo iure heres extiterit auo, ſed etiam prætorio, quod miſcuerit ſe bonis aui, vt

plane coaluerint & confusa sint vtriusque bona, & vt cum iam vna sit hereditas, non liceat mihi eam scindere, & pro parte amplecti & pro parte repudiare & illo casu cum miscuit se bonis aui, quia iure prætorio gessit se pro herede, ego nullo remedio consequi possum, vt mihi eam hereditatem liceat separare & ex vna facere duas. Sed si pater meus non miscuit se bonis aui, ad quem casum referenda est lex tertia, & nolim esse heres patris, malim esse aui, venire etiam non possum iure ciuili ad hereditatem aui, quasi suus heres, licet in potestate aui morientis tempore fuerim, quia delatæ hereditatis tempore pater me præcessit, & in suis heredibus non est successio. Et cum iure ciuili adquisita sit patri meo hereditas aui, iure ἀναφάνσεως seu existentiæ statim a morte aui, & hoc casu dum me abstineo heredi-
B tate paterna, & auita similiter me abstineo. Verum quia eo casu iure prætorio patri non est adquisita hereditas aui, propterea quod non miscuit se, sed vt ponendum est, ab auo confestim & ipse vita functus est: ideo prætor concedit separationem bonorum, & me ad bona aui admittit per bonorũ possessionem vnde liberi, licet auo suus heres non fuerim. Denique me ad bona aui admittit qui spreui bona patris, vt nepotem, nõ vt suum heredem. Quod ita euidentius procedit in nepote emancipato ab auo, quod lex significat in illo loco, *maxime emancipatus*, vt scilicet is non possit neglectis bonis paternis venire ad bona aui, nisi per bonorum possessionem vnde liberi. Quia emancipatus iure ciuili nullam speciem succedendi, vel nullum colorem habet. Hoc est, quod ait lex. Et vt titulus indicat, est omnino
C accipienda de bonorum possessione vnde liberi, non vt tentant quidam, vnde legitimi. Qui etiam male tentant introducere bonorum possessionem, vnde parentes, quæ nulla fuit vnquam, cum parentes ex sequenti parte, vnde legitimi, vocentur. Ergo secundum titulum hæc lex est de bon. poss. vnde liberi. dubitari tamen potest, cur ea lex posita sit in *C. Theod. sub titulo de bonis maternis & materni generis l. 5.* Ex quo apparet multo ampliorem fuisse constitutionem hanc, quæ est Constantini Aug. ad Leontium Comitem Orientis, & minimam partem eius constitutionis eam esse, quam exposuimus, reliquam, quæ est amplior, totam esse de bonis materni generis. Qua in re notandum est, separata fuisse constitutionibus materna bona a bonis materni generis. Nam ex constitutione Constantini, cum omnia
D bona materna patri per filiũfamilias adquirerentur plenissimo iure, ex eà constit. Constantini bona materni generis non adquiruntur, nisi vsusfructus iure, proprietas residet apud filiumfa. Quod non idem obtinuit in bonis materni generis ante *l. 2. inf. de bon. mat. gener.* Ius ciuile crescit paulatim, vt ait *l. fideicommissa, §. si rem, de leg. 3.* Primum constitutum est, ne bona materna acquirerentur patri proprietatis iure. Deinde etiam ne bona materni generis, puta profecta ab auo vel proauo materno *l. 2.* Tum fuit constitutum, vt etiam lucra nuptialia non adquirerentur per filiumfamilias patri iure proprietatis, deinde lucra sponsalitia, vel munera: Et ad extremum, ne aduentitia vlla bona, quod a Iustiniano constitutum est, qui quasi soritem facit hac in re: Non adquiruntur patri bona materna, non bona materni ge-
E neris, non lucra nuptialia, non munera sponsalitia. Nec adquiruntur ergo aduentitia vlla bona. reliqua pars loquitur non de bonis maternis, sed de bonis profectis ab auo materno, quæ tempore eius Constitutionis pleno iure adquirebantur patri per filiumfamil. Et ideo, *vt ait lex*, si quid auus maternus iure institutionis vel legati vel fideicommissi filio familias reliquerit, id patri adquiritur, si filius adierit iussu patris, vel si legatum aut fideicommissum solutum sit, vel si, antequam pater moreretur, dies legati aut fideicommissi cesserit, eius legati commodum pertinet ad heredes patris. Et addebatur, quod si dies legati cesserit postquam filius sui

A iuris effectus est, vel si adierit hereditatem aui materni, postquam sui iuris effectus sit, vt tum sibi omne id adquirat. Quæ postrema pars ex illa constitutione est etiam relata in *l. 15. inf. de iure delib.* quæ est coniungenda cum *l. vlt.* Vtriusque eadem esse debet inscriptio & subscriptio. Quod est in tit. seq. non est longi subsellii.



AD TITVLVM XIV.

Vnde legitimi & vnde cognati.

Secunda pars edicti ab intestato vocat legitimos. Inde tit. *vnde legitimi & vnde cognati.* Secunda, inquam, pars edicti vocat legitimos, vt agnatos, & patronos, & qui vocantur ex Senatusconsulto Tertulliano & Orfitiano, vel quo alio Senatusconf. vel qui vocantur ex constitutionibus. Nam ii omnes sunt heredes legitimi. SC. tum est simile legi, & per omnia. quos igitur SC. vocat, heredes legitimi sunt. Constitutio Principis per omnia est legi similis. Edictum prætoris non est legi per omnia simile: & ideo prætor heredem non facit. Datur hæc bonorum possessio legitimis legum tuendarum causa vt ait lex *sed cum patrono §. pen. de bonor. possess.* Igitur non est necessaria, quia patet aditus ad hereditatem iure ciuili. Et non esse necessariam bonorum possessionem vnde legitimi, etiam proditum est in *l. 3. inf. de Senatusc. Orfit. & l. 1. Cod. Theodos. de leg. her.* Et addamus tantum liberos, qui ab intestato vocantur ex prima parte si sui sint, omissa prima patre bonorum possessionem occupare posse ex secunda parte, vnde etiam legitimi vocantur *l. 2. in princ. vnde legitimi, l. prima §. sed vidend. de success. edict.* Quoniam qui sunt sui, sunt etiam legitimi & agnati, retro qui non sunt sui, non sunt etiam agnati vel legitimi, vt in *l. de bonis §. 1. de Carb. edic. l. scripto, vnde liberi, l. 6. sup. si quis omis. caus. test.* Liberi non sui omissa prima parte non admittuntur ad secundam partem, quia non sunt legitimi. Tertia pars edicti vocat cognatos, id est, coniunctos per matrem. Et hæc bonorum possessio vnde cognati est necessaria, quia cognati iure ciuili deficiuntur. Necessariam esse ostendit *l. 2. & vlt. hoc tit.* id est, non alia via peruenire possunt ab intestato ad bona cognatorum, quam si petant bonorum possess. vnde cognati. Et hic rursus notandum est legitimos, qui omiserunt successionem ex secunda parte, puta agnatos, deinde posse eam occupare ex tertia parte, vnde cognati vocantur, quia qui sunt agnati & cognati sunt, *l. 5. vnde legitimi, l. 1. §. si qua prægnans, vnde cognati, l. 1. §. sed videndum, de success. edic.* Vt plane ita concludere liceat, has tres partes edicti vnde liberi, vnde legitimi, & vnde cognati, ita inter se vinctas esse, vt qui potest venire ex prima, possit etiam venire ex secunda, & qui possit ex secunda, possit ex tertia, sed non retro, vt qui possit venire ex tertia, possit ex secunda, & qui ex secunda, possit ex prima. Et omnes quidem constitutiones huius tituli sunt de bonorum possess. vnde cognati, qua succeditur consobrinis, qui cognati sunt, non agnati, id est sororum filii, *l. 1. h. t.* vel auo materno, *l. 3.* vel propiori sobrino, id est, nato ex sobrina, *l. 2.* qui omnes sunt cognati, nõ agnati, id est, coniuncti non per patrem, sed per matrem. Vna est lex tantum, pen. nempe, quæ possit aptari legitimis, dum ait, necessariam esse agnitionem hereditatis vel bonorum possessionem vnde legitimi, vt quis obtineat rem: nam quod bona teneat, hoc non præbet idoneum argumentum adquisitæ hereditatis. possunt plerique adquirere hereditatem vel bonorum possessionem, etiamsi non teneant bona, sola voluntate animi, solo indicio voluntatis, at contra licet obtineant bona, non ideo statim videntur adquisisse, vel admisisse bon. possess. *l. si sorori, inf. de in-*

re deliber. vt cum vna sit tantum lex in hoc titulo de hac A bon. possess. titulus hic ita datus sit, vnde legitimi, & vnde cognati, vt notarentur tantũ hæ duæ partes edicti.

AD TITVLVM XVI.

De successorio edicto.

SEquitur, vt exponamus *tit.* 16. *de successor. edicto*. Prima pars edicti ab intestato vocat liberos suos, & non suos. Secunda pars vocat legitimos, tertia cognatos, quod heri exposuimus. Quarta autem pars edicti, quæ in hoc titulo dicitur edictum successorium, dat successionem inter liberos & inter cognatos, id est, in iure liberorum, & in iure cognato- B rum, vt scilicet liberi vel cognati, qui primum gradum obtinent, si omittant aut repudient successionem, eam transmittant ad sequentem gradum. Successio est transmissio ad sequentem gradum, quæ ex hoc edicto competit, & à Græcis dicitur proprie ἐπανάβασις. In iure autem suorum, aut in iure legitimorum non est successio, non est locus huic edicto, nisi in iure legitimorum ex noua Constit. Iust. in *l.* 4. *sup. de bonis libert.* Hæc sunt rata & fixa, quæ latius explicabo datis positionibus quatuor. Prima hæc sit. Deficiente eo, qui suus heres repertus est, delatæ hereditatis tempore, veluti filio, in ius sui non succedit nepos ex eo, hoc est, in suis non est successio, non successorium edictum. Secunda, deficiente filio, siue suo, siue emancipato in iure bonorum possess. vnde liberi, quæ ei deferebatur, succedit nepos ex eo, C hoc est, in liberis est successio, seu valet edictum successorium. Tertia, deficiente fratre consanguineo, id est, agnato, qui defuncto ab intestato proximior agnatus repertus est tempore delatæ hereditatis, in iure legitimo, in iure agnatico, vel in iure bonorum possessionis vnde legitimi, non succedit filius natus ex eo, id est, in legitimis non est successio, non valet successorium edictum. Quarta, deficiente fratre agnato, siue cognato, in iure bonorum possessionis vnde cognati, quæ etiam agnato deferebatur, propterea quod qui agnatus est & cognatus est, succedit filius natus ex eo, id est, in cognatis est successio, seu valet vis edicti successorii. Et hæc postrema positio confirmari potest etiam posita specie *l.* 1. *h. t.* Species hæc est: Mortuus est patruus sine liberis, relicta tantum filia fratris, quæ ei est agnata, hæc non pe- D tiit bon. possess. vnde legitimi, patruo intestato mortuo, nec bonor. possessionem vnde cognati, quæ etiam ei deferebatur, & mortua est. Filius eius mulieris succedit in iure bon. possess. vnde cognati patruo suo magno. Nam qui matri est patruus, filio est patruus magnus, & qui matri agnatus, filio eius cognatus nõ agnatus est. Et nihil vetat idem cognationis nomen tribui agnato & cognato. Sic enim fit, vt patruus aliis sit agnatus, aliis cognatus, & filius aliis sit agnatus, aliis cognatus. Ideo autem in specie *legis* 1. *h. tit.* mortuo patruo filia fratris non petiit bon. possess. vnde legitimi, vel vnde cognati, quia ei impedimento fuit furor, & alienatio mentis, qua corripiebatur, & ex edicto non defertur bonor. possess. nisi viuo & sano homini. Dico viuo, vt excludam postumũ, nondum natum: dico sanum, id est, sanæ mentis, vt ex- E cludam furiosum, vt petere non possit ex edicto. Furioso enim nulla ex parte defertur bonorum possessio. Ex decreto tamen curatori furiosi datur bonorum possessio, sed præstita cautione bona reddendi sequentis gradus cognato, si ille in furore moriatur, vt obtinuit olim ante Iustinianum in *l. heres furiosi, de petit. hered. l. vlt.* §. *sin autem ex alia, sup. de curator. fur.* Vt in hac specie, filia fratris in furore mortua, etiamsi curator eius agnouerit decretalem possessionem bonorum vnde legitimi, vel vnde cognati, necesse sit bona reddi sequentis gradus cognato, id est, nepoti fratris eius, de cuius bonis agitur, & admitti eum ex successorio edicto ad bon. possess. vnde cognati. Et ita fit, vt in cognatis vel in iure possess. bon. vnde cognati sit successio. Idemque euenit in specie *l.* 2. *hoc tit.* quæ talis est: Duo sumus fratres, qui nullum agnatum habemus, qui nobis intestatis defunctis, iure legitimo succedat, & cognatum non habemus proximiorem auunculo magno, id est, fratre auiæ nostræ, qui est in quarto gradu. Is post mortem nostram adiit hereditatem, velut ex testamento nostro, quod erat falsum, quia intestati mortui sumus. Quare adeundo nihil agit. Mox etiam obiit idem auunculus magnus, qui cognatus est, non agnatus, non petita bon. possess. vnde cognati, quam vtique petere potuisset, etiam post aditionem veluti ex testamento factam. Nam qui adiit hereditatem ex testamento falso, quod putat esse verum, non videtur repudiare successionem ab intestato, quam nescit sibi deferri, *l.* 8. *legitimam, de petit. hered. l. mater, de inoffic. test.* Quinimo is, qui scit ius suum, quod sibi competit, vere id non amittit, sed si eligat aliud ius, quod falso arbitratur sibi competere, vt patronus præteritus, qui scit sibi competere bon. poss. contra tabul. liberti, si falso putet libertum sibi legasse aliquid, vel sibi portionem hereditatis reliquisse, cũ nihil reliquisset, id legatum eamue portionem acceperit & admiserit, non ideo amittit bõ. poss. contra tabul. Electio ei erranti aut ignoranti, vel (vt dicam explicatius) falso existimanti alio iure peruenire ad bona liberti, nihil nocet, *l. Paulus* 46. *de bon. libert.* Cui legi dum Accursius opponit *l.* 3. *in princip. si quid in fraudem patroni.* & dum respondet, in ea lege patronum ius ciuile ignorasse, & ideo ei non subueniri, si adierit hereditatem liberti, vt redeat ad bon. poss. contra tabulas quæ cõpetit non tantum patrono præterito, sed etiã heredi instituto ex modica parte, errore labitur. Nã in specie *d. l.* 3. patronus ius non ignorauit, sed ignorauit tantum libertum alienasse in fraudem suam, sed non existimauit falso se heredem institutum: fuerat enim heres ex modica parte institutus a liberto, atque ita adiit hereditatem, non ductus falsa opinione institutionis, & aditio ei nocet, vt nec possit postea transgredi ad bonorum possess. contra tabulas, vel ad actionem Fabianam, vel Caluisianam, qui contentus fuit institutione. Sed redeamus ad rem. Posui speciem *l.* 2. nondum posui quæstionem, quæ ex ea specie ducitur. Deferebatur successio auunculo magno, is adiit hereditatem ex testamento falso, ac proinde nihil egit ac non petiit bonor. possess. vnde cognati. Deficit igitur auunculus magnus. Vnde quæritur eo deficiente in iure bon. possess. vnde cognati, an succedat quinti gradus cognatus, ipse enim erat quarto gradu. Et ait *l.* 2. succedere ex edicto successorio. Duæ tantum sunt ll. sub hoc titulo, & vtraque igitur docet in cognatis, vel in iure possessionis bonorum vnde cognati esse successionẽ ex edicto successorio. Quod est, vt Græci dicunt eleganter, non περὶ διακατοχῆς, sed περὶ διαδοχῆς, id est, de successione siue transmissione in sequentem cognatum. Quod dixi in suis heredibus non esse successionem, id heri satis exposui. Rursus, quod dixi in legitimis etiam non esse successionẽ, id etiam Paulus scribit 4. *sent. tit.* 8. in legitima inquit, hereditate non est successio. Et ideo fratre decedente, antequam adeat vel repudiet hereditatem, filius fratris admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur. Et ita *Vlpianus lib. regul. tit. de legit. heredibus.* Si proximior agnatus inquit, non adierit, ad insequentem gradum ex lege hereditas non transmittitur, quia in legitimis heredibus non est succesio. Ac similiter Caius *in Institut.* lex 12. tabul. inquit, dat hereditatem agnatis iis, qui tunc cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt, nec in eo iure succesio est. Ideoque si proximus heres omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris competit. Et ita scribit Theophilus in §. *sunt autem, Instit. de bon. possess.* Et Accursius recte in *l.*

in

infi. de leg. 3. in successione liberti mortui sine liberis patrono omittente bonorum possess. vnde legitimi, filius non vocatur ex ea parte, sed ex altera parte, vnde liberi patroni vel patronæ. Denique secundum ius vetus, quod obtinuit vsque ad Iustinianum, in legitimis heredibus non erat successorium edictum, sed in liberis tantum, qui iure liberorum veniunt, vel in cognatis. Hodie tamen ex Græca cōstitutione Iustiniani in *l. 4. sup. de bon. libert.* cuius sententia etiam refertur in §. *placebat, Instit. de legit. agnat. succes.* etiam in legitimis heredibus est successio, id est, in iure bonorum possess. vnde legitimi, vel in iure adeundæ legitimæ hereditatis. Et vtitur hac ratione, quia & olim in legitimis tutelis erat successio, id est, proximo agnato, cui deferebatur pupilli legitima tutela, capite deminuto, qui erat post eum, id est, sequentis gradus agnatus succedebat in tutelæ administratione, & succedit etiam hodie, *l. 3. §. pen. de legit. tut.* Quæ ratio quia valuit in onere tutelæ, par est vt etiam valeat in lucro hereditatis, ex constitutione Iustiniani. Igitur non tantum in legitimis tutelis, sed etiam in legitimis hereditatibus est successio, porrigitur edictum successorium etiam ad legitimos heredes. Non dicam etiam porrigi ad suos heredes, quia nusquam inuenio in suis esse successionem, & religiosissimos iuris nos esse oportet. Et est etiam, cur in hac re separentur sui heredes a legitimis: Nam sui heredes existunt statim, nec desinunt esse abstentione. Non possunt igitur non obstare sequentib. gradib. & adferre impedimentum. legitimi non existūt, sed fiunt aditione hereditatis. Si igitur non adierint, quibus deferebatur prioribus hereditas, non male dicitur hodie eos non obstare sequentibus gradibus, licet subtili iure obstent, eo quod proximiores fuerint delatæ hereditatis tempore. Et hoc quidem genere, vt animaduertistis, gradus cognationis succedit gradui eodem iure, vt puta, secundus gradus liberorum succedit primo gradui eodem iure per bon. poss. vnde liberi: secundus gradus cognationis succedit primo. Et ex constitutione Iustiniani secundus gradus agnationis succedit primo gradui, si defecerit primus omissione, aut repudiatione. Et de hoc genere success. est h. tit. vel hæc pars edicti, quæ successoria dicitur. est aliud genus successionis, de quo h. tit. non est, quo gradus intestati successionis succedit gradui diuerso iure, vt primo gradui vnde liberi succedit secundus vnde legitimi, & secundo tertius, vnde cognati, quod fit non tantum in pluribus & diuersis personis, puta non petentibus liberis, vt succedant legitimi, non petentibus legitimis vt succedant cognati, sed etiam in vna eademque persona, vt qui omisit bon. possessionem vnde liberi, idem postea eam occupet, quæ dicitur vnde legitimi. qui omisit vnde legitimi, vt sequentem occupet, quæ dicitur vnde cognati, *l. 2. in prin. vnde legit. l. 1. §. sed videndum, de success. edic.* Igitur hoc secundo genere successionis, de quo est edictum successorium, idem sibi ipsi non succedit, *l. vlt. ff. eod.* quoniam absurdum est, qua ex parte omisi poss. bon. ex eadem ipsa parte rursus me bonorum possess. amplecti. Gradus ergo bifariam accipiuntur. Primum, pro gradibus cognationis, & de horum successione est hic titulus: & pro gradibus intestati successionis, sic enim vocatur in *l. 1. quis ordo in bon. poss. seru. & l. 1. si tab. test. nullæ exst.* Quæ etiam dicuntur partes, capita & ordines. Et de horum graduum successione quæ perpetua est, & valet in omnibus, est titulus in *ff. quis ord. in bon. poss. seruetur.* Duæ igitur sunt successiones, & vnaquæque suum titulum habet, & hic de ea tantum est, qua gradus cognationis succedit gradui eodem iure.

AD TITVLVM XVII.

De Carboniano edicto.

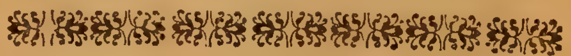
POst successorium edictum, quo inter bonorum possessores datur successio, proponitur aliud edictum, quod Carbonianum dicitur, quod tamen in ordinatione edicti perpetui non sequebatur successorium edictum, sed edictum bon. possess. contra tabul. promissum liberis præteritis, vt indicat *l. 4. ff. h. tit.* Nam Carbonianum edictum maxime pertinet ad bonorum possessionem contra tabulas, & ad liberos ætate paruos præteritos testamento patris, quibus fit controuersia status & bonorum paternorum. Igitur si puero infanti, vel nondum puberi præterito testamento patris, is qui ad eam hereditatem venire præoptat, ei faciat controuersiam hereditatis paternæ, eam suam vocans, simul atque status, id est, si eum neget esse ex liberis defuncti, prætor ex edicto Carboniano causa cognita, interim ei dat bon. possess. contra tabul. perinde ac si ei nulla fieret controuersia status & bonorum paternorum, & vtramque controuersiam plerunque differt in tempus pubertatis, ne puer antequam se tueri posit, periclitetur de statu suo, & de bonis paternis. periculum est ne minùs idoneè defendatur, ideóque interim quasi præsumitur esse filius, & veluti ex iusta præsumptione datur ei Carbon. poss. contra tabul. *l. 3. §. pen. ff. h. tit. l. pen. in fin. ne vis ei fiat, qui in bon. poss. missus est.* Atque ita quamdiu est ætate paruus pro filio habetur, aut pro filio eum tuetur prætor, neque ei controuersiam vllam fieri patitur, iubet litem omnem interquiescere, tam scilicet eam, quæ est de statu pueri, quam eam, quæ est de bonis paternis, & interim facit puerum possessorem, ita vt se posit alere ex bonis paternis, id est, quæ contendit esse paterna, & ad se iure legitimo redire & pertinere, aut iure honorario. Quid hoc est, alit se ex bonis defuncti, qui fortasse post pubertatem iudicabitur non esse filius aut liber, alit se interim ex bonis alienis? Sic est ex edicto Carboniano, quia maior cura adhiberi debet, ne filius fame pereat, quam ne minor hereditas ad aduersarium perueniat, si forte appareat non esse filius, atque ita interdum videbitur altus ex alienis bonis. Interim, si habuerit iustam causam, & probabilem existimandi, se esse filium defuncti, si nihil ipse vel mater eius, vel tutor egerit per calumniam, etiamsi post pubertatem iudicetur non esse filius, aduersario tamen non competit sumptuum repetitio, quod notandum in *l. 1. §. interesse, si mul. vent. nom. in poss. mit.* Et obseruandum est Carbonianum bonorum possess. non tantum dari petitori, vel non possessori, sed etiam possessori, vel vt persequatur possessionem, vel vt retineat, *l. 3. §. parui, & §. seq. ff. h. tit.* quod dici potest de omni bonorum possessione, vt scilicet detur possessori, & non possessori. Nam in definitione bon. possess. ius persequendi & retinendi nihil aliud est, quam possessori & non possessori dari bon. poss. eius, quod cuiusque cum moreretur fuerit. Nec omittendum hanc bon. poss. Carbon. esse extraordinariam, non ordinariam, id est, decretalem esse, hoc est, dari causa cognita, non edictalem, in *l. 3. §. pen. eod. tit.* Vnde exsistunt & manant multæ differentiæ. Nam edictalis bon. possessio datur etiam de plano, in via publica, in transitu, in processu. Decretalis non datur, nisi pro tribunali. Omnis enim causæ cognitio tribunal desiderat, omne decretum, *l. 3. §. pen. de bon. poss.* Edictalis datur etiam die feriato, datur quocunque die, decretalis tantum die sessionis, quo sedet prætor pro tribunali, *l. 2. §. dies, quis ord. &c.* Ac postremo edictalis possess. quæ ipso iure defertur ex edicto potest repudiari, quia defertur quidem statim ex edicto, sed non adquiritur, antequam agnita sit, ergo in arbitrio est eius

cui defertur, eam repudiare vel agnoscere. Decretalis A autem repudiari non potest, quia non ante defertur, quam decreta sit, & cum decreta est, sera est repudiatio, quia cui decreta est, ei & adquisita est, & quod adquisitum est, non potest repudiari: quia delata tantum repudiantur, non adquisita, *l. 1. §. decretalis, de succes. edic.* Ergo ne dicamus bon. poss. Carbonianam, tametsi proficiscatur ex edicto Carboniano esse edictalem, sed decretalem. Nam certe non defertur etiam ex edicto Carboniano, sed hoc tantum edicto Carboniano comprehensum est, vt impuberi causa cognita, id est, ex decreto detur bon. poss. cui sit controuersia status, & bonorum paternorum, dilata vtraque controuersia & status & bonorum paternorum ad pubertatem. Videtur Cn. Carbo eius bon. poss. instituendæ, & eius edicti auctor B fuisse, quem legimus apud Valerium lib. 5. c. 3. Pompeii pueritiæ, & bonorum patris eius, de quibus controuersiam patiebatur, admodum impubes, fuisse acerrimum defensorem & protectorem, interposito decreto in causa bon. patris Pompeii & status Pompeii, dilataque ea causa a Cn. Carbone, cum præturam gereret, in tempus, quoad Pompeius in suam tutelam peruenisset. Nam cũ dicatur decretum Carbonianum in *l. 2. de vent. inspic.* verisimile est decretum illud Carbonis deinde transiisse in edictum, id est, in ius commune, vt quod valere is decreuisset in causa Pompeii admodum pueri, valeret in omnibus pueris. Etiam illud non est omittendum, vt res omnis omnibus modis intelligatur, bonorum possessionẽ Carbonianam non impedire ordinariam bon. possessionem. hoc probat *l. 3. §. vlt. l. 4. l. de bonis §. 1. l. impubes, ff. h. tit. l. 1. §. sed etsi ex Carboniano, si tab. testam. nullæ exstab.* Quid hoc est? Carbonianam bon. poss. C non impedire ordinariam, id est, edictalem bon. poss. Res ita se habet: mortuo parente relicto postumo, vel infante vel impubere filio, primo loco ei defertur ordinaria bon. possess. contra tabulas, si sit præteritus, vel si sit institutus inutiliter, vel exheredatus inutiliter. Nam definitio præteriti hæc est, qui neque heres institutus, vel exheres scriptus est, aut inutiliter heres, aut exheres scriptus est, *l. 1. §. idem ait, & §. seq. ff. h. tit.* Vel etiam ab intestato impuberi primo loco defertur ordinaria, & edictalis bonorum possessio vnde liberi: Nam edictum Carbonianum licet proprie sit coarctatum ad bon. possessionem contra tabulas & liberos præteritos, tamen etiam postea porrectum est edictum Carbonian. ad bonor. possess. ab intestato. Imo & ad bon. posses. secundum tabulas, si quis institutus sit vt filius, vt si institutus D sit postumus, qui ex vxore nascetur, & negetur esse filius, simulac ei fiat controuersia bon. paternorum, interim ei dabitur Carbon. possessio secundum tabulas, vel ad exemplum edicti Carb. bon. poss. secundum tab. *l. 1. §. Pomponius, l. 3. in prin. ff. h. tit.* Qua ex re Interpretes Græci dicunt, hanc bonorum possessionem esse τῶν πρός τι, non esse propriam quandam bon. posses. sicut de peculio est, τῶν πρός τι, propria actio ex empto, ex locato, conducto, &c. Sic bon. poss. Carbon. contra tabul. vel secundum tab. vel vnde liberi, vel vnde legitimi. Nam cui patet ea, quæ est vnde liberi, patet & ea, quæ est vnde legitimi & vnde cognati. Hæc tria capita concatenata sunt, vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati. Primo igitur loco defertur ordinaria & edictalis E bon. possessio contra tabulas, vel secundum tabul. vel vnde liberi: deinde eidem impuberi sequenti parte dabitur bonorum possessio Carboniana, & ex eodem iure, videlicet, si post acceptam bonorum posses. ordinariam ei fiat controuersia status, & bonorum paternorum. Accepit igitur primum impubes ordinariam & edictalem, post fit ei controuersia status, & bon. paternorum, tum accipiet Carbonianam, quæ dabitur causa cognita, dilata vtraque controuersia ad pubertatem. Et necesse est dari hoc casu bonorum possess. Carbonianam: quia vbi negatur esse filius, cui vt filio data est bono. possessio iure ordinario, sane statim ea bonor. possessio corruit, & sine re constituitur. Denique controuersia status moratur, aut inhibet effectum ordinariæ bonorum possess. Igitur vt sustineatur interim impubes, & ne quid in re eius innouetur, statim facta & peracta controuersia status, & bonorum paternorum, non exspectata pubertate, necesse est, vt denuo postulet sibi dari bonorum possessionem Carbonianam, vt scilicet nihilominus possideat bona, & vt alatur ex bonis interim, & vt exerceat actiones hereditarias, & vt res hereditarias persequatur, vt debita exigat, vt etiam ei conferatur, si forte frater emancipatus concurrat. Hi sunt effectus Carbonian. poss. bon. vel etiam, si statim post mortem patris filio fiat controuersia duplex: Nam vna ex eis si fieret, non esset locus huic edicto, si inquam ei fiat controuersia, & prius petierit bonorum possess. Carbonianam, non inutiliter etiam postea petet bonorum possessionem ordinariam & edictalem, vt scilicet repellat heredem scriptum a possessione bonorum secundum tabulas, vel heredem legitimum bonorum a possessione vnde legitimi, quem non repelleret, si agnosceret solam bonorum poss. Carbon. *l. si impubes §. vlt. & l. scriptus, ff. eod.* Non repelleret, inquam, heredem scriptum, vel legitimum, si admitteret tantum bonorum possessionem Carbo. quia est temporaria bon. possess. id est, pupillaris, vt ita dixerim, bonorum possessio, quæ datur pupillis tantum & finitur pubertate *l. 2. §. sed etsi quis cum status, ad S. C. Tertull. l. 3. §. puberi, de Carbon. edic.* Nec igitur Carboniana perpetuum ius tribuit, ius quidem plenum tribuit, sed ad pubertatem tantum fauore paruæ ætatis, non igitur perpetuum. Ex quo intelligitur, quod initio dixi, quam sit verum bonorum possessionẽ Carbonianam non impedire ordinariam. Nam & ei, qui amplexus est ordinariam, necessaria est Carboniana, & ei qui amplexus est Carbonianam, non inutilis est ordinaria. Et quod dixi Carbonianam bonorum possessionem esse pupillarem, id est pupillo tantum dari non puberi, id est verissimum & compertissimum. Id tamen quis posset fortiter impugnare *l. 1. sup. de alimentis pupillo præstand.* quæ dicit, partes tutoris esse vel interueniente vel cogente præside, ne mora pupillis fiat in alimentorum præstatione: etiam, inquit, si de statu pupilli vel adulti, & bonis eius controuersia pendeat, (quæ verba, videntur respicere ad edictum Carbonianum, & complectuntur non tantum pupillum, sed etiam adultum) non debemus propterea tamen arbitrari eodem iure esse hac in re pupillum & adultum, Nam pupillo, cui vtraque sit controuersia, status & bonorum, datur quidem Carboniana, & iure eius alitur ex bonis, in quorum possessionem mittitur potestate edicti Carboniani siue decreti potius. At adulto non datur Carbo. bon. possessio, licet ei fiat hæc & illa controuersia. Sed pendente illa controuersia curare debet tutor vt ex bonis, quæ alio iure possidet, quam Carboniano decreto, ea tueatur atque exhibeat. Et ita est accipienda *l. 1. sup. de aliment. pup. præst.* Et postremo, vt propius accedam ad interpretationem vtriusque legis, quæ tantum sunt duæ in *h. t.* Sciendum est impuberem, cui data est Carboniana, solum possessorem bon. constitui, interim ablata etiam possessione aduersario, si is forte possessor fuerit hereditatis, quod interim præsumatur esse filius & calumniosè negatur, esse filius is quem solum possessorem constituit, si satisdederit, se bona restituturum aduersario, si iudicatũ fuerit, eum filium non esse, si lis secundum aduersarium fuerit data, vel si non satisdare potuerit aduersarius cum erit in possessione eorundem bonorum. Possessio aduersario cedet pro satisdat. cõmunis poss. cum pupillo, *l. de bonis §. qui pupillo, ff. h. t.* Ac præterea, vt ostenditur in specie *leg. 1. hoc tit.* Carboniano edicto locus est, non tantum si quis negetur esse ex liberis defuncti, (quæ est quæstio de statu familiæ) sed etiam multo magis,

magis, ſi dicatur eſſe ſeruus ex ancilla editus. (quæ quæſtio eſt de ſtatu capitis longe grauior) Edictum quidem Carbonianum loquitur de eo, cui ſit controuerſia, an ſit inter liberos. Sed ex ſententia Iuliani comprobata reſcripto Diui Pii, edictum etiam trahitur ad controuerſiam, quæ impuberi fit, an ſit liber. Et ſpecies *l.* 1. hæc eſt: Frater poſſidet bona defuncti fratris, & impuberem filium eius iuſtum non eſſe filium, id eſt, ex ancilla natum & editum eſſe dicit, ac proinde hereditatem defuncti ad eum non pertinere, ſed eius heredem ſe eſſe legitimum: contra filius impubes aut tutor eius nomine contendit, iure hereditatem ad ſe pertinere, iure prætorio, iureque legitimo, & petit hereditatem a patruo, qui eam poſſidet pro herede. Quæritur an admittatur ad petitionem ſiue poſſeſſionem hereditatis: Et ſtatim initio lex ait, eum non poſſe petere hereditatem, id eſt, edictalem poſſeſſionem, aut ſi eam petit, præmature petit, *(deuant le temps)* antequam agnouerit bon. poſseſſionem Carbonianam Quod vtique verum eſt, licet agnouerit bonorum poſseſſionem ordinariam vnde liberi. Quia vbi mouetur controuerſia ſtatus bonor. poſseſſio ordinaria ſine effectu eſt, id eſt, rem non perducit ad effectum, non conſtituit poſſeſsorem eum, qui eam accepit, non aufert poſſeſſionem aduerſario, qui ei facit controuerſiam ſtatus, & bonorum paternorum. Vires igitur cum nullæ ſint ordinariæ, neceſſaria eſt Carboniana bon. poſseſſio, vt interim is fruatur bonis, qui dicit eſse paterna, & iure ad ſe rediiſſe, cui locus eſt non tantum, ſi fiat controuerſia, an ſit inter liberos, ſicut ſcriptum eſt edicto Carboniano. ſed etiam, ſi dicatur eſse ſeruus, vt in ſpecie, *leg. prima*, & editus ex ancilla, ſi & ipſe & mater eius dicantur non eſse liberi ex ſententia Iuliani comprobata, vt dixi, reſcripto Diui Pii. Et additur ratio in *l. 1. §. ſed etſi quis, ff. h. tit.* ad Iulianum & diuum Pium. Nam, inquit, magis conſulendum eſt eis, quibus maius periculum intenditur: & maius eſt periculum, ſi quis cadat libertate, quam ſi familia cadat, quam rationem videtur duxiſſe ex Herodis oratione, περὶ πολιτείς, in qua ita eſt, οἷς κίνδυνος οἰκειότατος γίνεται, τούτοις ἀναγκαῖον ἐστι μάλιστα μέλειν: *eos maxime nobis curæ, & in commendatione prima eſſe debere, quibus maius periculum intenditur.* Noſtri multa ſumpſere ex veteribus Philoſophis. Ergo accepta, vt diximus, Carboniana bon. poſseſſione, nec præmature petita hereditate, iure ciuili D prætor. quaſi iuſta præſumptione ſumpta pro filio impubere, & dilata omni controuerſia ad pubertatem ſolum eum impuberem interim bonorum eorum poſſeſſorem facit atque inſtituat, ſi modo ſatiſdederit, vt lex 1. ait *de bonis reſtituendis aduerſario.* ſi poſt pubertatem ſecundum aduerſarium pronuntiatum fuerit, vel ſi non ſatiſdederit, vel noluerit aut non potuerit, pati debet aduerſarium ſecum in poſseſſione eorundem bonorum eſſe, ſatiſdationis vice. Hæc eſt ſententia *l.* 1. cui obiicitur *l. 1. ſup. de ord. iud.* vt oſtendatur ex ea, etiam non petita bon. poſſ. Carboniana, vel admiſsa filium impuberem poſſe petere hered. directo iudicio ciuili, directa petitione hereditatis. Nam *l. 1. ſup. de ord. iud.* ait, rupto teſtamento agnatione poſtumi, poſtumum poſse petere hereditatem apud præſidem, etiamſi fiat ei controuerſia ſtatus & bonorum paternorum. E Nam etſi præſes prouinciæ principaliter non poſſit cognoſcere de ſtatu, quod illa lex omnium optime probat, & quia cognitio de ſtatu tantum data fuit proconſuli, vt intelligere eſt ex epiſtola Plinii ad Traianum de aſsertione ingenuorum. Proconſulis maior eſt dignitas quam præſidis. Nam proconſul ſpectabilis dicitur, præſes clariſſimus tantum, quæ eſt infima dignitas. Præſidi non eſt cognitio de ſtatu, niſi datum ſit ei ſpecialiter ius prætorium vel proconſulare, id eſt, niſi miſſus ſit in prouinciam cum iure proconſulari & prætorio titulo præſidis. Quamuis igitur alias præſes non poſſit de ſtatu cognoſcere principaliter, tamen quoties quæ-

Cod.

ſtio ſtatus incurrit in petitionem hereditatis, eam diſcutere poteſt & diſceptare, *l. 3. ſup. de iudic.* quia non eſt pronuntiaturus de ſtatu, ſed de hereditate tantum. Et interim tamen cauſam ſtatus excutiet & examinabit, alioquin non poſſit dirimere cauſam hereditatis. Hoc ait *l. 1. ſup. de ord. iud.* In cuius ſpecie impuberi recens nato fiebat controuerſia ſtatus & bon. paternorum, & tamen non dicitur eſse præmatura petitio hereditatis, nec dicitur neceſſaria eſse Carboniana bon. poſs. Quid ſtatuemus? Facillimum eſt hoc expedire, vt mittam diuerſas opiniones, quod non eſt mei moris inſequi: Diſtinguendum eſt ita: aut tutor magis arbitratur e re pupilli eſse, quæſtionem vtramque differri in tempus pu- B bertatis, & tunc neceſsaria eſt Carboniana poſſ. & petitio præmatura hereditatis eſt, & præmaturitatis ratione etiam nulla, quod notandum: aut tutor arbitratur vtilius eſse directa petitione hereditatis agere iure ciuili, & omnem quæſtionem hodie dirimi, quo caſu ſane ceſſat Carboniana bonorum poſſeſſio, ſi nolit differri: Nam & inducta eſt differendæ quæſtionis cauſa, & probat aperte hanc diſtinctionem, *l. 3. §. miſſum, de Carbon. edic.* Poſtremum notandum eſt ex *l. 2. h. t.* Huic edicto Carboniano derogare edictum de ventre inſpiciendo. Nam vt breuiter expediam, ſi vxore a defuncto relicta prægnante protinus ea ſecundum formam edicti de cuſtodiendo partu non denuntiauerit proximioribus cognatis defuncti, ſe eſſe ex eo prægnantem, & vt mitterent legitimas perſonas, puta mulieres aliquot, vel quinque bonæ exiſtimationis ad ventrem inſpicien- C dum, & ad partum obſeruandum & cuſtodiendum, ſi mulier hoc omiſerit, ſi edictum de partu cuſtodiendo neglexerit, & præcepta eius edicti, poſtea edito partu, ſi ei fiat controuerſia ſtatus & bonorum paternorum, erit confeſtim dirimenda, nec quidquam erit dandum ætati paruulæ & beneficio edicti Carboniani. Et hoc eſt quod dixi, edicto Carboniano derogare edictum de cuſtodiendo partu, ſi ei obtemperatum non ſit, quandoquidem non præſumitur eſse filius, quod non ſint obſeruata præcepta legum in cuſtodiendo & ſeruando partu. nec induci poteſt hoc caſu illa fauorabilis præſumptio edicti Carboniani. Etiam adiicit *l. 2. hoc tit.* neceſſe eſse, vt certum ſit, indubitatum eſſe matrimonium, & vt certum ſit legitimam hereditatem pertine- D re ad filium impuberem, de quo agitur. Quæ omnia prætor, antequam decernat Carbonianam, debet ſummatim examinare. Nam ſi certum ſit, non eſse matrimonium, vel eum filium legitimum heredem non fore, puta quod ſit rite exheredatus, proculdubio ceſſat Carbonianum edictum, *l. cum ſine, ff. eod. tit.*



AD TITVLVM XVIII.

Vnde vir & vxor.

Poſt edictum ſucceſsorium quo datur ſucceſſio inter eos, qui ex parte vnde cognati, vel vnde liberi, vel etiam ſecundum Iuſtinianum ex parte vnde legitimi vocantur, & poſt edictum Carbonianum, quod etiam omnibus iis edicti partibus aptari conſtat, merito ſubiicitur ea pars edicti, qua poſt cognatos prætor virum & vxorem vocat ad coniugis inteſtati hereditatem. Cur merito? nempe quia ad hanc partem vnde vir & vxor bonorum poſseſſio defertur, neque ſucceſsorium, neque Carbonianum edictum aptari poteſt. Nam & plures in eo ordine non ſunt perſonæ, quam vir & vxor, vt poſſit alii alia ſuccedere ex edicto ſucceſsorio, & ex eis nemo eſt pupillus, vt poſsit eſse locus edicto Carboniano, quod pertinet tantum ad pupillos. Ergo data parte vnde liberi & vnde legitimi & vnde cognati, recte iis aptauit continuo edictum ſucceſsorium, & edictum Carbonia-

num, & nunc proponit partem vnde vir & vxor, ad quam illa duo nihil pertinere possunt, & huic quidem parti vnde vir & vxor vocantur, locus est, si sit iustum matrimonium, quod est notandum in *l. 1. h. t. ff.* Itemque secundum ius vetus, si vxor non fuerit in manu viri. Hæc enim non succedit viro, nisi post cognatos ex hac parte edicti petita bonorum possessione: quæ autem fuit in manu viri, ea viro succedit ex l. 12. *tab.* vt suus heres, quia viro est filiæ loco, & vicissim vir ei est patris loco, vt sit inter eos legitima successio ex l. 12. tabularũ, & possit etiam ea vxor suo marito succedere ab intestato, vt sua heres cum filiis communibus, qui in potestate mariti morientis fuerunt. Eodem modo hæc, quæ conuenit in manum viri, id est, per coemptionem & conuentionem in manum, nuptias cum eo contraxit, atque adeo in manu est eius & potestate vt filiaf. ea, inquam, filiis suis ex iusto matrimonio susceptis succedit vt consanguinea .i. si quasi soror, & filii sunt loco fratrum, loco consanguineorum. Nam in iure semper atque in aliis auctoribus consanguinei dicuntur tantum fratres & sorores, non cæteri cognati; consanguinitas est tantum fraternitas, non agnatio quælibet. Consanguinitas est species agnationis, non generale nomen, & qui dicit arborẽ cõsanguinitatis duo peccat. Nam graduũ dispositio similitudinem nullam habet cum arbore, sed cum scala potius, vel gradibus. Neque consanguinitas vnquam significat cognationem, sed fraternitatem tãtum. Quæ est igitur in manu viri veluti consanguinea, ea filiis suis est veluti consanguinea. Et vicissim sunt filii consanguinei, & ab intestato inuicem sibi succedunt ex l. 12. tab. Ex SC. autem Tertulliano ea tantum mater succedit filio cessante l. 12. tab. quæ non fuit in manu patris, vt eleganter notat Vlpianus lib. *Regul. tit. de leg. her.* Et retro vice mutata ex SC. Orfitiano, cessante lege nimirum 12. tab. filius ab intestato ei matri succedit quæ non fuit in manu patris. Neque enim ei, quæ fuit in manu patris, opus fuit SC. Ergo secundum ius vetus adiecit viro & vxori post cognatos necessarium esse, vt inuicem sibi succedant ex hac parte bon. possess. si modo mulier conuenerit in manum viri, id est, si per conuentionem in manum coierint nuptias, quo genere vxor marito est suus heres. Sunt enim heredes sui alii naturales vt liberi, quos in potestate habemus, alii non naturales vt adoptiui, vel vxor quæ in manu est viri, vel nurus quæ in manu est filii, quem in potestate habemus. Quæ omnia deprompta sunt ex iure veteri. Sed pergamus ad alia. Etiam notandum est, ita demum huic parti locum esse, si defuncto vel defunctæ coniugi deficiant parentes & liberi & cognati omnes, vt in *l. vlt. ff. quor. bon. l. 9. de legat.* 3. Hæc bon. poss. vltimum edicti locum occupat .i. non nisi deficientibus superiorib. gradib. defertur atque competit. Et *vt ait l.* 1. deficiente successione legitima & naturali. Vocat successionem legitimam agnatorum, & successionem naturalem cognatorũ. Tunc igitur deficiente omni cognatione virum & vxorem sibi inuicem succedere in solidum fisco excluso pro iure antiquo, inquit, lex. 1. Non vocatur fiscus nisi post coniuges ex l. Iulia caducaria, *l. quidam* §. *quoties de leg.* 1. Quod autem ait l. vnica, virum & vxorem deficiente omni cognatione sibi inuicem succedere in solidum pro iure antiquo, non est ita scriptum vt Thalelæus voluit tantum ad differentiam legis Papiæ decimariæ, quoniam ea l. pertinebat ad causam testati, non intestati de qua tractatur *l. 2. ff. de infir. pœn. cælib.* Vbi loquitur de illis decimis, quæ solæ ex testamento poterant coniugi relinqui. Nec enim inter se coniuges ex *l. Pap.* habebant ex testamento solidi capacitatem. Sed constitutio huius tituli ius antiquum dicit ad differentiam siue ἀντιδιαστολὴν cuiusdam nouæ constitutionis Theodosii & Valentiniani, quæ non cum liberis defuncti mariti intestati, sed cum parentibus etiam & propinquis defuncti mariti intestati vocabat etiam vxorem in certam partem. Et iis demum deficientibus in solidum secundum ius antiquum. Cuius constitutionis nouæ Theodosii & Valentiniani fit mentio in *l. vlt. C. Theod. tit. de leg. her.* & cuius etiam portio quædam est in hoc tit. nimirum illa, vt deficiente omni cognatione vir vxori, & vxor viro succedat in solidum ab intestato pro iure antiquo & iure nouo vt cum parentibus & cognatis defuncti mariti vxor succedat non in solidum, sed in portionem certam. Sed iidem Imperatores non diu in ea sententia perseuerauerunt: Imo in *d. l. vlt.* derogant ei constitutioni suæ nouæ restituto iure antiquo, vt scil. mulier viro nulla ex parte succedat, nisi deficiente omni cognatione, & in nullam partem veniant bo. marit existentibus parentibus aut propinquis, & omnino vt sequamur ius antiquum hac in parte, quo liquido apparet in constitutione h. tit. ius antiquum dici, quod fuit ante illam constitutionem nouam Theodosii & Valentiniani, vt vxor cum propinquis mariti succedat in certam partem, quod etiam ius antiquum restitutum est ab iisdem Imperatotibus recantata sua noua constitutione. Hodie ex Nouell. Iustin. etiam vxor vocatur in certam partem bon. mariti cum filiis suis, si maritus locuples fuerit, mulier autem inops & indotata, quod facile est discere ex Nou. 53. *ca. vlt. & 74. ca. vlt. & 117. ca. 5.* quarum summa quædam breuis huius tituli constitutio ab Irnerio subiecta est. Nunc transeamus ad tit. 19. de repud. bonorum possessione.

AD TITVLVM XIX.

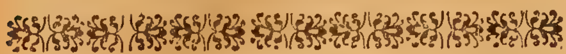
De repudianda bonorum possessione.

Hic titulus respicit ad edictum successorium, quo repudiandæ vel petendæ bonor. poss. certa tempora præscripta sunt. Nempe liberis & parentibus annus, cæteris centum dies ad deliberandum, vtrum expediat eis petere bon. poss. an repudiare, videlicet vt primis repudiantibus vel omittentibus sequentes ex edicto succedant. Et de repudiatione notandum hoc est, siue repudietur hereditas siue bonor. possessio intra constituta tempora successorio edicto, non valere repudiationem bonorum nisi fiat solemniter in iure, vt confessio neminem obligat, neminem iudicato siue damnato similem facit, nisi quæ fit in iure, id est, ad sellam prætoris. Repudiatio igitur bonor. poss. fieri debet solemniter in iure, id est, ad tribunal prætoris, *l. suus, & l. sicut, ff. de repud. hered.* Et hoc distat a recusatione hereditatis bon. possessio. Nam hereditas recusatur quocunque loco, quocunque modo, quouis indicio voluntatis, *l. recus. ad SC. Treb. l. recusari. de acquir. hered.* Et *Paulus* 4. *sent. tit. de repud. her.* Repudiatio, vt dixi, non fit qualitercunque, non valet nisi quæ solemniter facta est, id est, in iure. Qui autem ita semel repudiauit, perdidit omne ius suum, & cœpit confestim sequenti ex edicto successorio deferri bon. poss. etiamsi nondum exierint tempora intra quæ poterat is, qui repudiauit, petere bon. poss. *l. 1. §. qui semel, de success. edic. l. 1. §. plane si tempora, si tab. test am. null. exstab.* Ergo non licet reuerti ad hereditatem vel bona quæ solemniter in iure repudiauimus, nisi minori beneficio restitutionis in integrum, vel etiam maiori ex magna causa iusti erroris, quæ omnia notissima sunt. Nunc sciendum est vnam fuisse constitutionem Impp. Maximiani & Diocletiani scriptã ad Theodosianum quendam, quæ in hoc Codice discissa est & dispartita in quinque partes, quas tu si coadunaueris, inuenies aliam aliis magnã lucẽ adferre, hæ sunt, *l. 1. h. t. l. suus, ff. de repud. her. l. 4. sup. de post. l. si filiusfam. sup. de petit. hered. & l. transacto nullo, sup. de transact.* Quæ quinque partes efficiebant vnam constitutionem, omnium earum legum vna eademque est inscriptio & subscriptio.

Hoc

Hoc autem in ea constitutione Impp. docebant, differentiam esse inter filium suum & emancipatum in hoc, quod emancipato prætorio iure datur bonorũ possessio contra tabul. suo autem præterito ipso iure nullum & iniustum testamentum est. Item quod filius emancipatus si peterit bon. possessionem, & nondum acceperit, non intelligitur eam adquisiisse vel agnouisse ob id solũ, quod petierit eam, nisi & data & accepta fuerit, vt sit ei integrum post petitionem bon. poss. eam repudiare, quia nondum ei adquisita est. sed si filius suus dicat testamentum ipso iure nullum, si dicat iniustum, hoc ipso statim videtur agnouisse hereditatem & adquisiisse sibi, vt iam non possit eam repudiare. Finge igitur, & hæc est species *l. 1. hoc tit.* Filius emancipatus petiit bon. possess. prætor ei nondum dedit. non vt petitur quælibet possess. & datur confestim, quia plerunq; obstat aduersarius ne detur, & longa sæpe est lis ea de re apud prætorem, danda ne sit bon. poss. nec ne, *l. qui ex liberis* §. *ex testamento. de bon. poss. secund. tabul.* Post petitam bon. possessionem a filio emancipato inter moras iudicii, dum certaretur inter filium emancipatum & aduersariũ de danda bon. poss. ipse, qui eam petierat, nescio qua ratione ductus eam repudiauit in iure, quo in loco litigabat, repudiatio valet, nec potest is ad eam quæstionem reuerti, non potest resilire a repudiatione, & reuerti ad bon. possessionem quam semel rite repudiauit. Neque vero vt repudiatio facta in iure valeat, necesse est repudianti quemquam adesse aduocatum siue patronũ, quia & sine patrono facta in iure repudiatio valet. Et ideo vt definit lex 1. filius emancipatus, qui rite repudiauit bonor. possess. quam petierat, antequam daretur, non potest ad eam reuerti, eamque petere, hoc prætextu, quod ei repudianti causæ patronus nullus fuerit, *l. 1. & l. 4. sup. de postul.* quæ est constitutio eadem. hoc in emancipato: Si suus in iure dixerit testamentum nullum, quod in eo sit silentio præteritus, & mox non donandi animo, sed transigendi cum aduersario in iure profiteatur, se eam hereditatem non petiturum, ea res neque vt transactio valet, neque vt repudiatio, quia filius suus dicendo testamentum nullum, atque instituendo litem de bonis paternis, hoc ipso videtur adquisiisse & agnouisse hereditatem paternam. Sera igitur repudiatio est, quia quod adquisitum est, non potest repudiari, *l. 1.* §. *edictalis, de success. edic. l. Titia* §. *Lucia, de leg. 2.* Non valet etiam ea professio filii sui, qui cum dixisset patris testamentum nullum ipso iure, postea dixit se hereditatem non petiturum, non valet inquam, vt transactio, quia nihil ei datum est, nihil ei promissum est, nihil etiam ipse retinuit ex bonis paternis. Et transactio nulla fit gratuito. Transactio nulla est si nihil retineatur vel detur, vel promittatur, *l. 1. de transact.* Et hoc est proditum ex eadem constitutione in *d. l. suus*, & in *d. l. transactio nullo, sup. de transact.* Atque ita coniunguntur illæ ll. quatuor, quæ etiam ductæ sunt ex vna eademque lege. Et coniungenda tantum restat *l. si filiusfam. de petit. her.* quæ superioribus coaptabitur conuenientissime, si dicamus, in *l. si filiusfam.* alium modum proponi agnoscendæ hereditatis patris. Agnoscit hereditatem patris, vt diximus, qui testamentum patris dicit ipso iure nullum, vt iam non possit repudiare hereditatem paternam. Item ex *d. l. si filiusfamil.* agnouisse videtur hereditatem patris, qui longo tempore eam possedit, & non tantum hereditatem patris, sed & quamlibet hereditatem filiusfam. videtur adquisiuisse & agnouisse, si eam diu possederit, & per eum videtur etiam hereditas adquisita patri. Qui modus adquirendæ hereditatis est valde nouus, vt credatur admisisse hereditatem, & adquisiisse patri filiusfam. sibi delatam, qui eam longo tempore possedit. Et confirmat etiam hæc *d. l. qui in aliena* §. *1. de adquir. hered.* Additur in *l. 2. & vlt. hoc tit.* filio delatam bonorum possessionem patri in fraudem filii repudiare non licere, Non potest, inquit, pater filio delatam hereditatem repudiare in fraudem filii. Quod si accipias de filio emancipato, est certissimum. Si item id accipias de filiofamil. & de bonis castrensibus, quæ patri nullo iure adquiruntur, etiam est certissimum, patrem nihil posse in fraudem filii, ad quem pertinet emolumentum hereditatis, vel bonor. posses. Nec possis quod in bonis castrensibus, idem statuere in bonis maternis: Nam falsum est, quod sæpe tentauit Accurs. etiam ante Constantinum hoc ius fuisse, ne bona materna per filiumfa. adquirerentur patri proprietatis iure, sed vsusfructus tantum: Nam certo certius est, ante Constantinum, id est, ante *l. 1. de bon. matern.* bona materna pleno iure, vt quæcunque alia bona aduentitia adquiri patri. ex *d. l. qui in aliena* circa prin. in eo loco, *sed etsi legitima* & *l. 1.* §. *qui operas ad Tertull. & l. 3.* §. *verbum, de don. int. vir. & vx.* Hi loci ostendunt bona materna, quæ obuenerunt filiofam. plenissimo iure adquiri patri. Sed hodie ex constitutione Constant. non adquiritur nisi vsusfructus, & possessionis iure, non proprietatis. Ergo siue hanc *l. 2.* accipias de filio emancipato, siue de filiofamil. & bonis castrensibus, quæ ei deferuntur, nec possunt adquiri patri, nullus est labor. Sed quid si hanc legem accipias de bonis delatis filiofam. quæ pleno iure adquiruntur patri? An verum est etiam patrem in fraudem filii, vt ait lex, non posse bon. poss. repudiare? sic arbitror: Nam semper in interpretandis legibus is casus assumendus, qui est difficilior, & qui plus habet dubitationis, *l. quod Labeo, de Carbon. edic.* Et ratio dubitandi magna est, si filiof. deferatur bon. poss. cuius emolumentũ iure potestatis mox sit peruenturum ad patrem, si admittatur & agnoscat, quia vnusquisque potest repudiare suam bon. poss. Et pater repudiando illam delatam filio, videtur repudiare suam, cum emolumentum omne bon. poss. ad eum redeat. Igitur videtur eam iure repudiare, nec in ea re fieri fraudem filio, apud quem ne momento quidem, si ea res agnoscatur, permansura est. At nihilominus dicam verum esse quod ait lex, in filiofam. & in bonis quæ adquiruntur patri, vt eorum bon. poss. delatam filiof. non possit repudiare pater in fraudem filii, quia scil. quamuis omne emolumentum adquiratur patri, si filiusfa. iussu patris agnoscat bon. poss. vel si agnitam a filio pater ratam habeat, vt in *l. 1. sup. qui admitti*, tamen interest filii, ne eam temere repudiet pater ipso inuito, vt forte filiof. patref. facto morte patris, vel capitis deminutione vel emancipatione, vt inquam ei patrif. facto postea quandoque sit integra & incolumis agnitio bon. poss. Hæc ratio efficit ne repudiatio patris, quæ fit sine voluntate filii, possit filio esse fraudi, & ideo quod delatum est filiof. vt non possit repudiare pater sine consensu filii, siue sit bon. possessio, siue hereditas, siue legatum, vel fideicommissum, in *l. renitente inf. de iure delib. l. ex repudiatione, inf. de fideicommiss.* Et hoc distat maxime pater a domino: Nam bonorum possessionem delatam seruo vel legatum seruo delatum dominus requdiare potest inuito seruo, *leg. 1.* §. *per seruum, ff. de success. edicto, l. legatum 7. de leg. 1.* Et ratio differentiæ, quia seruus pro nullo habetur, & iure ciuili, & prætorio, vt non sit spectanda illius voluntas. Qua ratione vtitur IC. in *l. 1. de iure delib.* dum ait, seruo heredi instituto ab extraneo, tempus ad deliberandum præstitui a domino, non explorata voluntate serui: quia, inquit, seruus pro nullo habetur apud Prætorem. Et longe alia est ratio liberi hominis, puta filiifamil. & serui. Concludamus igitur: sicut pater non potest bonorum possessionem delatam filiofamil. agnoscere, vel hereditatem adire sine voluntate filii, nisi sit infans, *l. 1.* §. *1. de bonor. poss. ff. infanti competente, leg. seruus* §. *impubes, de bonor. poss. l. is qui heres* §. *vlt. de adquir. hered. l. 4. & l. si infanti, ff. de iure delib.* ita etiam vt non possit repudiare sine volũtate filii, ne fiat filiof. iniuria, qui mox fiet paterfami-

lias, & cui volenti integrum erit, contra quam senserit pater, eam bonorum possessionem amplecti. Eadem igitur ratio sit & agnitionis & repudiationis.



AD TITVLVM XX.

De Collationibus.

HIc titulus terminat & claudit tractatum de bonor. poss. Et proprie respicit ad bonor. poss. contra tab. quæ datur potissimum liberis emancipatis præteritis, ex edicto Prætoris etiam existentibus suis, si modo, vt edicto Prætoris comprehensum est, emancipati parati sint suis heredibus, id est, fratribus, qui in potestate patris manserunt, heredibus institutis, vel etiam præteritis, bona propria, quæ moriente patre communia habuerunt, in commune conferre, vel satisdare se ea collaturos, vel eo minus carere ex bonis patris. Nam vt eleganter Vlp. ait in Inst. æquissimum putauit Prætor neque emancipatos liberos bonis paternis carere, per hoc, quia non sunt in potestate, neque propria bona habeant præcipua, cum partem sint ablaturi suis heredibus. Ergo ratio inducendæ collationis vna hæc est: quia emancipatus iniuria quodammodo afficiat fratres, id est, suos heredes, dum eis partem bonorum paternorum aufert beneficio prætoris, qui in omnia defuncti bona vocabantur soli, iure ciuili exclusis emancipatis, vt in *l. 1. in prin. & §. pater, & §. toties, de collation. bon. & l. 3. de collat. dotis.* Quamobrem si quo casu forte liberi emancipati suis iniuriam non faciant, si nihil eis auferant, nihil abradant, sed adiiciant potius, eo sane casu collationis munere non funguntur, vt in hac specie quæ proponitur in *l. pen. §. videamus, de bon. poss. contra tab.* Si duo sint fratres, vnus emancipatus, alter suus, & emancipatus sit præteritus, suus institutus ex quadrante, extraneus ex dodrante: & emancipatus, qui præteritus est petat. bon. poss. contra tabul. atque ita viam aperiat edicto de bon. poss. contra tabul. vel causæ intestati commisso illo edicto, ita fiet, vt beneficio emancipati *par son moyen*, habeat filius suus heres institutus, quod per se non haberet, videlicet vt possit simul cum fratre emancipato admittere bonor. possess. contra tab. ac si heres institutus non fuisset, qua via feret semissem, qui ex institutione tantum tulisset quadrantem: Nam excluso extraneo herede instituto in dodrantem veluti ab intestato, duo semisses fient hereditatis paternæ, & singuli singulos capient, nec emancipatus quicquam conferet fratri suo. Quia concursus seu interuentus emãcipati commodum attulit suo heredi non incommodum, id est, auxit portionem sui heredis. Idem procedit & in hac specie, quæ etiam proponitur in *d. l. §. videamus.* Filius emancipatus præteritus est, filius suus exheredatus, extraneus scriptus heres. Irrita est exheredatio, si forte is qui heres scriptus est, non adeat. Quia destituto testamento nihil eorum, quæ in eo scripta sunt, valent. Et destituitur non adeunte scripto. Finge: Heres scriptus, metu emancipati præteriti cui non ignorat competere bon. possessionem contra tab. ad eas rescindendas repudiauit hereditatem, atque ita beneficio quodammodo atque interuentu filii emancipati præteriti irritum factum est testamentum, irrita facta est exheredatio filii sui. Et suus quidem ipso iure venit ab intestato ad bona patris. Emancipatus iure bonor. possessionis contra tabulas. Qua via inter se duo fratres hereditatem diuidunt ex æquis portionibus, & aufert sibi quisque atque vindicat semissem bonorum defuncti patris. Nec emancipatus quicquam confert suo, quia æquum non est, vt quicquam conferat ei, cui commodum adfert, non incommodum. Nam si non interuenisset emancipatus, vires suas habuisset exheredatio, herede scripto adeunte hereditate. Ergo pensandi tantum incommodi causa, quod emancipatus adfert suo, dum ei concurrit in amplectendis defuncti patris bonis, introductum est onus collationis, vt scil. id subiret, qui incommodum adferret alteri. Est & alia ratio inducendæ collationis inter suos & emancipatos, quia filius emancipatus, qui appetit bona paterna, & vult in ea concurrere cum fratribus, qui sunt in familia patris, ius filiifamil. vult habere, id est, ac si filiumfamil. se admitti vult in bona patris, cum eo qui vere filiusfamil. & suus heres. Filii autem familias quæ sunt, patris sunt. Igitur qui vult venire tanquam filiusfamilias, ea quæ sua sunt in commune redigere debet, ita vt omnes fratres sint consortes, tam in bonis paternis, quam in bonis propriis; vt qui se adæquat cum suo, nihil etiam sibi proprium & præcipuum esse ducat, excepto peculio castrensi vel quasi, quod ex constitutionibus constat, omnes liberos retinere præcipuum, nec vnquam conferri fauore militiæ, siue sint liberi emancipati, siue sui, *l. 1. §. neque ff. eod.* Hæc est ratio inducendæ collationis, quam dixi proprie pertinere secundum edicti verba ad bon. poss. contr. tab. id est, quotiens existentibus suis heredibus emancipati veniunt ad bona patris, quod sint præteriti iure bon. poss. contr. tab. Sed notandum est etiam aptari hunc titulum ad bonorum possessionem vnde liberi, & ad querelam inofficiosi testamenti, vt in *l. 4. 9. & l. 4. vt libertis, h. tit.* Et generaliter vbicunque liberi emancipati veniunt ad bona patris ab intestato concurrentibus fratribus, qui in potestate remanserunt, siue veniant ex parte vnde liberi, siue rescisso testamento per bon. possess. contr. tab. siue rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationi locus est. Collatio igitur fit inter fratres suos & emancipatos ab intestato. & est collatio, commixtio siue confusio propriorum bonorum cum paternis, quæ fit inter fratres ab intestato, vt ea omnia inter se partiantur ex æquo. Hæc est definitio collationis. Vnde quæritur, an si liberi emancipati veniant ad bona patris ex testamento, non ab intestato, vt si sint heredes scripti ex parte adiectis coheredib. fratrib. qui in potestate manserunt, an propria bona fratrib. coheredibus suis in cõmune conferre debeant, quæ est quæstio *l. 1. & l. 7. h. tit.* quæ simul explicabuntur. Et eo quidem iure quod perpetuo obtinuit ante Nouel. Iustin. inter fratres a patre testamento scriptos heredes non datur collatio, vt *l. 1. & 7. & omnibus ll. ff. & Cod.* Et approbante etiam Iustin. *in l. vlt. sup. communia vtriusque iud. & l. vnica, §. quo a nobis recepto, sup. de rei vx. act.* Videamus quę sit ratio, non oportet Iurisconsultum ἀμάρτυρα λαλεῖν ϗ ἄλογα. Cur ex testamento fratres qui veniũt ad bona paterna non conferunt propria? Ratio admodũ perspicua est, quia non vocantur, aut non veniunt ex testamento vt liberi, sed vt quilibet, vt extranei qualescunque habentes testamenti factionem, *l. 1. §. Pompon. de Carbon. edic.* Filio herede scripto nihil agis, si obiicias eum non esse filium, quoniam etiamsi non sit filius, tamen si sit scriptus testamento heres esse potest, id est, venit non vt filius, sed vt extraneus quilibet, venit extero iure, vt ait *l. 10. h. t.* id est, extranei iure. Et æqualitas illa & communio, quam collatio constituit, eis tantum congruit qui succedunt in bona demortui liberorum iure, & qui simul vocantur iure fraternitatis. Quod ipsum per se nomen, vt est in panegyrico Flauiensiũ, *nihil est aliud quam æqualitas & communio, vt in l. verum, pro socio.* Et ita etiam si quid per legatum aut fideicom. reliquit pater filio emancipato, id capit extero iure vt ait *l. 10.* i. e. vt extraneus. Ac proinde illo nomine non obligatur collationi, quia in id quod legatum est, non venit vt frater vel vt filius defuncti, sed vt quilibet heres & ita in *l. 16. h. t.* Si filius emancipatus cui pater aliquid legauit, vel vt ait, cui aliquid reliquit, vltra relictum (quo nomine significatur legatum vel fideicom.) si vltra relictum velit etiam venire ad successionẽ patris intestati,

& auferre partem fratri, qui mansit in familia, atque ita plus habere quam ei reliquit pater, collatione fungi debet. Hoc ideo dicit, quoniam si relicto sit contentus, nullum sustineret onus collationis. Ergo verum est eum, qui quid meretur ex iudicio defuncti, vel institutione vel legato, vel fideicom. etiamsi partem bonorum paternorum ferat, non pati onus collationis. Denique ex testam. collationem non esse, aut collationi eum non obligari, qui capit ex testam. bonor. paternorum partem. Nec quidquam obstat l. qua offenditur Accursius in *l. 7. hoc tit.* nimirum *l. 2. de coll. dot.* quæ dicit, filiam datam in adoptionem a patre naturali & heredem institutam ab eodem, debere conferre bona propria & dotem sicut emancipatam. Et si pater eius adoptiuus adhuc viuat, debet etiam ea conferre. Ergo instituta heres confert. Sed (nolo esse longior) verissimum est perspicue, quod notauit Azo, ita ponendam esse speciem ad dict. *l. 2.* vt omnia congruant, cum non possint literis omnia exprimi, quæ ad vnam speciem spectant. Pleraque nobis subintelligenda atque supplenda relinquuntur, ita vt non sit temere ex eadem lege generaliter statuendum, heredem institutum vel institutam conferre bona propria, sed quibus receptum est heredem institutum etiam pati onus collationis, & sunt ne casus aliqui quibus heres institutus illud onus sustineat? Sic sane, vt puta, si heredi instituto alius filius præteritus committat edictum de bonorum possess. contra tabulas, id est, si hanc faciat viam & sibi & fratri instituto, si velit, perueniendi ad bona defuncti patris. Quo casu si instituto filio additi fuerint coheredes ex eodem testamento, & forte institutus sit ex modica parte commisso edicto vel beneficio præteriti, simul veniet, licet institutus sit ad bonorum possess. contra tabulas ratione portionis adcrescentis, id est, quod ea via plus capiat quam ei dederit scriptura testamenti, subiicitur muneri collationis. Et ita etiam in eadem persona, id est, in filia data in adoptionem, hæc proponitur, *l. 1. §. is quoque, de coll. bon. l. non putauit §. in adoptionem, de bonor. poss. cont. tab.* Et secundum hoc rectissime in *l. 1. hoc tit.* vt filius emancipatus nihil conferat fratribus suis, exigitur, vt non tantum sit testamento scriptus, sed etiam ex testamento successionem obtineat adita hereditate vel agnita bon. poss. secundum tabulas: nam si filius emancipatus testamento patris heres scriptus alio iure veniat ad bona patris, quam testamento, & eo iure plus nanciscatur, quam ei adscripserit pater, vt puta alio filio præterito rescindente testamentum per bonorum possessionem contra tabulas vel alio filio exheredato rescindente per querelam inofficiosi testamenti, & intestatum patrem faciente omnimodo, atque ita viam aperiente etiam fratri instituto, ad obtinendam maiorem portionem in bonis paternis: Sane æquum est, vt collationem admittamus, imo necessariam esse dicamus, *l. 1. §. toties, de coll. bon l. 3. de collat. dot.* Non est omittenda exceptio quæ additur in hac *l. 1. & 7.* vt ex testamento non detur collatio inter liberos, nisi pater nominatim cauerit filium emancipatum conferre etiam a se donata, vel filiam emancipatam, vel etiam filiamfam. conferre dotem a se datam ex voluntate defuncti. Collationi non est locus inter eos, qui veniunt ex causa testamenti, non aliter. Hodie autem ex Nouella Iustiniani de triente & semisse liberi, qui ex testamento veniunt ad bonorum possess. patris, licet non cauerit testator specialiter, vt propria bona conferrent, debent ea omnia quæ habent in commune conferre, nisi nominatim vetuerit testator ne ea conferrent. Vetus hæc est regula: Ex testamento non esse collationem, nisi testator velit esse. Noua hæc est regula: Ex testamento esse collationem, nisi testator esse noluerit: Vt plane hodie nihil intersit inter causam testati & intestati. Nam siue ex hac, siue ex illa parte veniant liberi, sustinent munus collationis, nisi noluerit pater esse collationem. Et obseruandum maxime ex *l. ex parte §. intestato, famil. ercisc.* sufficere tacitam voluntatem defuncti. Si pater ab intestato voluerit non esse collationem inter fratres, non erit collatio. Sufficit voluntatis indicium, vt in specie h. §. Si pater inter viuos vel etiam codicillis factis ab intestato inter liberos emancipatos, & eos quos habet in potestate, diuiserit omnia bona sua, & nihil indiuisum reliquerit, videtur exclusisse munus collationis. Vt in hac specie ob voluntatem defuncti, ab intestato non est collatio inter liberos: ita hodie dicemus in eadem specie ex testamento non fore collationem inter liberos. Nondum satis est: Nam quæres, cur regulam iuris veteris, quæ nitebatur optima ratione, vt ante docui, mutauerit Iustinianus? Non caruit sua ratione: Iure veteri ex testamento erat collatio, si id cauisset testator. Quod si non cauit per obliuionem, inquit Iustin. sæpe in testamentis & in aliis negotiis iudices spectant, quid per obliuionem factum non sit, *l. 1. §. 1. de liber. legat. l. Seia D. de inst. vel inst. leg. l. Arist. quæ res pignori oblig. poss.* Si per obliuionem, inquam, pater non cauit collationem fieri inter fratres venientes ex testamento, an non dices tamen esse æquum, vt fiat collatio, vel ex tacita voluntate defuncti? Iustinianus autem præsumit semper pe... obliuionem excidisse patri, & hoc colore, quasi per obliuionem non cauerit, inducit generaliter, etiamsi de collatione nihil dixerit pater, ex testamento collationem esse. Et hæc est ratio Nouellæ. Sed ne quis opinetur, liberos suos omnia, quæ habent propria conferre, singula, vel strictim recensere operæpretium est, quæ in collationem veniunt. Et primum quidem loquamur de liberis emancipatis. Liberi emancipati conferunt bona profectitia, id est, donata a patre, id est, quæ sunt ex re patris, quæ habuerunt tempore mortis patris, non quæ alienauerunt (nam emancipato pater donat rectissime) siue dolo malo, siue ea, pater eis donauerit post emancipationem, siue in ipsa emancipatione: Nam & plerunque solebat pater in emancipatione ipsa aliquid donare filio, quo fretus poneret fundamenta familiæ suæ, *l. vt liberis, in fine hoc tit. l. 2. & vlt. inf. de emancipat. liber. & Nouella Leonis 25.* Spartianus in Adriano: *Filiam*, inquit, *dato patrimonio emancipatam.* Vix fiebat emancipatio patrimonio nullo dato, alioquin abdicatio esset potius, quam emancipatio. Conferunt autem tam ea, quæ in ipsa emancipatione eis largitus est pater, quam quæ post emancipationem. liberi emancipati conferunt etiam bona aduentitia iure veteri in totum, quæ aliunde quæsiuerunt post emancipationem: Iure nouo ex constitutione Iustiniani conferunt tantum vsumfructum eorum bonorum, qui solus pertineret ad patrem, si in potestate eius mansisset, *l. vlt. inf. de bon. quæ lib. l. vlt. hoc tit.* In qua etiam Iustinianus ait, se hoc introduxisse fauore liberorum, id est, singulari studio ductum erga liberos, detraxisse patri quod competebat iure potestatis, & dedisse liberis, relicto patri vsufructu solo, dum viueret. Denique profectitiorum bonorum liberi emancipati plenam proprietatem conferunt, aduentitiorum autem vsumfructum duntaxat eorum quæ scilicet adquisierunt ante mortem patris. Nam adquisita post mortem patris nunquam conferunt. Ea scilicet tantum conferunt, quæ habuerunt tempore mortis patris non quæ habere cœperunt post mortem patris, *l. 13. & 15. hoc tit. & Nou. 75.* Et hoc est quod ait *l. 12. hoc tit.* non conferri castrense peculium, nec relictum, quod verbum est morientium, cedere viuentium, *l. vlt. comm. prædior.* Non conferri, inquam, castrense peculium, nec relictum, quod pater filio emancipato veluti præcipui titulo reliquit, quia scilicet filius post mortem patris id adquirit. Nunc de suis dicamus. Sui, qui in potestate manserunt nihil conferre possunt, quia nihil habent proprium quod conferant. Possunt habere castrense peculium proprium aut quasi castrense, sed vt iam ante dixi, constitutiones, neque ab emancipato, neque a suo ea peculia conferri

volunt, sed retineri præcipuo iure & fauore militiæ. A Possunt etiam sui habere peculium paganum profectitium vel aduentitium, sed id etiam eis non est proprium patrimonium, sed quasi patrimonium. Igitur id iure etiam non conferunt. Conferunt tantum bona propria sua, non nostra. Peculium filiif. non est proprium eius patrimonium, sed quasi patrimonium tamdiu quandiu pater viuit, *l. hinc quæritur l. 40. de pecul. l. si 10. ff. de statu lib.* Et quatenus id peculium dicitur esse quasi patrimonium, id etiam non male dices quasi conferri, non sine illo affixo conferri abscise. Quia mortuo patre ea pecūlia pagana magis veniunt in communionem vt bona paterna, quam collatitia bona, quia peculium finitur morte patris, *l. 1. quando de pecul.* Et eadem ratione dicam, donationem a patre collatam in filiumfamil. non conferri. Qua de re possent dici multa quæ ego attin- B gam strictim & dilatabo & explicabo in *l. si ex donatione, & l. si ex liberis.* Sed interim sic statuo, donationem a patre factam filiofam. mortuo patre non conferri, quia inutilis est donatio, quia quod ita donatum est filiofam. non est eius proprium. Et adeo inutilis est donatio, vt secundum ius vetus, etiam non confirmetur morte patris, *l. 2. §. 1. pro don.* Morte, inquam, patris sola non confirmatur, & silentio: & ideo ea donatio venit in communionem & in iudicium familiæ erciscundæ, vt paternum aliquid, non vt collatitium, quod in communionem redigat filiusfamil. cui donatio facta est. Ergo proprie non confertur. Attamen certum est, iudicio extremo patris confirmari donationem filiofam. factam, si quæ donauit viuus filiofamil. caueat se ex testamento C apud filiumfamil. permanere velle, quo genere, id quod donatum est filiofamil. capitur non vt donatio, sed vt legatum siue relictum, vt, si quis diligenter animaduertat, ostendit lex *donationem, sup. de donat. inter virum & vxor.* quod si capitur vt legatum, vel etiam quod negari non potest, ex iudicio patris vltimo, ergo non confertur: quia post mortem patris adquiritur; & ea tantum in collationem veniunt, quæ liberi adquisierunt ante mortem patris. Verum notandum est hodie ex constitutione Iustiniani, id est, ex dicta *l. donationem,* donationem factam filiof. morte patris sola confirmari, imo & retrotrahi siue reduci ad id tempus quo facta est. Quo posito sequitur necessario eam donationem debere conferri, quasi rem ante mortem patris quæsitam, D quia confirmatio illa donationis, quæ fit morte patris, retro recurrit. Dies donationis non descendit ad diem mortis patris. Sed dies mortis patris adscendit & recurrit ad diem factæ donationis. Et generaliter, quod valde nouum est, sublatis controuersiis IC. in *d. l. donationem,* definit, vt deinceps omnis confirmatio & omnis ratihabitio retrotrahatur. Quæ sententia est magni ponderis & dirimit innumeras quæstiones. Non constabat olim inter Sabinianos & Proculianos, an semper ratihabitio retrotraheretur, quod statim deprehendes ex *l 1. §. sed etsi quis, de vi & vi arm.* Et inde non constabat inter IC. seruus qui censu manumissus esset, vtrum intelligeretur esse liber ex eo die, quo lustrum conditum est. Nam vt scitis, dum census agebatur ciuium Roma- E norum, ei censui censendo erat præstitutum quinquennium, quod lustrum dicebatur, & in extremo quinquennij moris erat condi lustrum, quod fiebat solemni sacrificio facto, & lustratis ciuibus Romanis. Lustrum igitur conditum est finis censui censendo, & lustrum conditum confirmat ea omnia, quæ retro acta sunt in censu. Inde, vt ex fragmentis Vlpiani didicimus, inter prudentes erat dissensio: Is seruus qui voluntate domini professus fuisset se esse ciuem Roman. & nomen suum inter censum dicasset, vtrum ex eo die quo census esset inter ciues Romanos intelligeretur esse ciuis Romanus, vtrum ex eo die, quo lustrum conditum esset, vt eleganter scribit idem auctor. Alij dicebant censum descendere ad diem lustri conditi, non lustrum recurrere ad diem census. Alij dicebant lustrum recurrere, & retrotrahi ad diem, quo is seruus inter ciues Rom. census esset, & ex eo die eum liberum factum videri, quasi retroacto lustro. Et hanc controuersiam quam notat Vlpianus, eandem notauerat M. Cicero 1. *de Oratore.* Sed locus nondum purgatus fuit a quoquam, quem veteres membranæ conseruarunt integrum. Verba hæc sunt: *Quid de libertate, quo iudicium nullum grauius esse potest? nonne ex iure ciuili potest esse contentio cum quæritur is, qui domini voluntate census sit, continuone an post lustrum conditum sit liber.* Vulgo male *si quæratur, &c.* nota illis verbis quæ restitui, quam ante notaui controuersiam quæ fuit inter prudentes, vtrum lustrum conditum retrotraheretur, an census recurreret vsque ad lustrum, vtrum manumissus ex eo die liber esset quo census esset, an quo lustrum conditum esset. Et cum omnis confirmatio hodie retrotrahatur, & vt idem auctor ait, omnia, quæ censu acta sunt, lustro confirmentur: & dicamus etiam eam confirmationem retrotrahi. Postremum est, vt adnotemus, filiumfam. siue suum heredem, vel etiam filiamfamil. conferre dotem datam a patre. Pater filiæfamil. donat inutiliter, dotem dat vtiliter, & quamuis filia sit in eius potestate, dos tamen est filiæ non quasi proprium patrimonium, sed vere proprium patrimonium filiæ, nec vllo modo censetur ex bonis paternis, abscessit penitus bonis patris, vt non possit filia habere castrense vel quasi castrense peculium, sed possit habere proprium patrimonium, nempe dotem. Igitur dotem profectitiam debet conferre, quasi proprium patrimonium. An & aduentitiam debet conferre? distinguendum est, sed hoc explicabitur in *l. 4. huius tit.* Et eadem ratione filiusfamil. confert donationem propter nuptias, quoniam est veluti dos mariti. Igitur proprium patrimonium filiifam. si proprium patrimonium, non quasi patrimonium conferri debet. Rectissime enim in libris nostris ea quæ donantur propter nuptias vocantur ἀντίφερνα, id est, contrariæ dotes. vt pro sua parte mulier dotem dat marito: ita vicissim pro sua parte dotis loco vir dat vxori donationem propter nuptias: vtraque ergo dos est & vtraque subiicitur collationi.

Ad legem I. II. III. IV. & V.

L. 1. Emancipatos liberos testamento heredes scriptos, & ex eo successionem obtinentes, a patre donata fratribus conferre non oportere, si pater, vt hoc fiat, supremis iudiciis non cauit, manifesti iuris est.

L. 2. Si pater intestatus decesserit relictis duobus filiis, & cuius nomine dotem promiserat: portiones hereditatis æquæ sunt, & dos nihilominus ita conferenda est, vt proportionibus fratres eius a necessitate præstandæ eius dotis liberentur.

L. 3. Pactum dotali instrumento comprehensum, vt contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus qui in potestate manserunt, conferre debet.

L. 4. Filiæ dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant, nec dubium est profectitiam seu aduentitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

L. 5. Dotis quidem portio perseuerante matrimonio tibi non competebat. Quamuis enim ea intestato patre defuncto, fratri conferre debueras: non tamen eo nomine aduersus maritum tibi actio potuit esse: cum eo minus in partem tibi delatæ successionis patris auferre potueris.

HEri exposui generalia præcepta de collationibus, & ea quæ specialiter constituuntur in *l. 1. & 7.* satis accommodate

accommodare in ipso limine, vt admoneremur collationis munus non sustinere eos liberos, qui ex testamento veniunt, nisi hoc ipsum pater nominatim in testamento significasset, quod hodie immutatum est, vt inde intelligeremus hunc titulum pertinere tantum ad successionem intestati. Denique cur datur ea de re lex prima? Ne scilicet ex testamento fiat collatio, vt intelligas, titulum tantum pertinere ad successionem intestati: sed hodie pertinet ad vtramque. Nunc venio ad legem 2. 3. 4. & 5. quæ omnes sunt de collatione dotis, & possunt vna hora comprehendi. Ac poterit etiam obiter adiungi interpretatio *l. 9.* Ex *l. 2.* intelligimus filiam dotem profectitiam in medium conferre fratribus quibuscum succedit patri communi ab intestato. Et notandum non solum dotem a patre datam filiæ nomine, sed etiam promissam nec datam, post mortem patris filiam in medium conferre, quod æquissimum sit eam de suo in solidum dotatam esse, vt ait *l. 1. §. pen. de col. dot.* Et conferendo dotem fratribus eius nomine promissam a patre defuncto, hoc consequentur fratres, vt ipsa sibi in solidum eam dotem constituat de suo, id est, de sua parte, non de parte fratrum coheredum. Et iis conuenienter d. lex 1. §. 1. etsi promissa tantum dos sit, eius collationem fieri. Quæres, quomodo possit conferri dos, quæ promissa tantum? Conferet filia dotem promissam suo nomine a patre liberando fratres obligatione præstandæ dotis pro rata partium ex quibus sunt heredes, vt si duo sint fratres pro besse, liberando vnumquemque pro triente, vtrumque pro besse? Et quæres rursus quomodo soror possit liberare fratres, qui non sibi, sed marito obligati sunt, quatenus pater marito dotem promisit daturum non filiæ, ex qua stipulatione heredes eius tenentur pro portionibus hereditariis. Qui igitur fieri potest, vt filia cui non sunt obligati fratres dotis nomine, eos liberet & absoluat? Hoc fiet si suscipiat soror in se totam obligationem dotis, qua ipsa tantum obligatur pro triente ex persona defuncti patris, cui heres extitit vna cum duobus fratribus, & præterea si caueat defensum iri fratres aduersus maritum, quandoque agentem aduersus eos ex stipulatu. Cautio defensionis seu cautio indemnitatis pro liberatione est. Hoc loco videntur corrupta esse Basilica, in quibus ita est, dum explicant quod dixi, qua ratione soror liberet fratres, necessitate præstandæ dotis, dum aiunt, καὶ νῦν λαμβάνουσα τὸ μέρος αὐτῆς, quod est, *accepta parte eius*, quod nullum sensum habet idoneum. Igitur legendum est, καὶ λαμβάνουσα τὸ βάρος προικὸς, id est, *suscipiens onus integrum soluendæ dotis marito*, & promittens indemnes damno se seruaturam fratres consortes. Et suscipiens, inquit, dotis integræ persoluendæ onus, compelletur cauere fratribus defensum iri eos, si forte conueniantur tanquam heredes patris, qui dotem promiserat genero. Denique cautio defensionis siue indemnitatis pro liberatione est. lex 2. loquitur de dote profecta. Quæro an etiam soror in medium conferre debeat in familia erciscunda dotem eius nomine datam vel promissam ab extraneo, quæ dicitur dos aduentitia? Et videtur etiam dos aduentitia esse conferenda. Quidni? cum eo iure, quod obtinuit ante Iustinianum etiam aduentitia bona essent conferenda, propterea quod & hæc adquirebantur pleno iure patri, non minus, quam profectitia. Et ita aduentitiam dotem conferri ostendit lex 1. *§. sub conditione, ff. de collat. dotis.* Pater vel extraneus inquit quod cum dicit, tollit discrimen inter profectitiam & aduentitiam dotem, pro muliere dotem promisit sub conditione, & antequam conditio existeret, mortuus est pater, eique ea mulier heres exstitit vna cum fratribus, cauere debet curante arbitro familiam erciscund. se dotem collaturam cum exstiterit conditio. Ergo etiam dotis aduentitiæ collatio est. Idque euidenter demonstrat *Nouella 97. de æqualitate dotis in fi.* dum aperte ait, dotem datam mulieri a matre vel auia conferri. Mater extranea est filiæ, itemque auia. Et is tan-

A tum in hac parte dicitur non esse extraneus, qui mulierem habet in potestate. Dos a matre vel auia profecta confertur. Ergo dos aduentitia confertur. Ea enim est dos aduentitia, quæ ab extraneo data est. Verum vtitur hac in re distinctione quadam lex *4. huius tit.* quam nunc explicabo. loquitur de filiafamil. aut intelligenda omnino est de filiafamil. vt semper in libris nostris, quoties filius vel filia nominatur, nullo alio adiecto, exaudire nos semper oportet filiumfam. vel filiamfam. filius, nisi adiicias, emancipatus, filiusfam. intelligitur, *l. 8. §. 1. de inoffic. testam. l. filiæ, sup. famil. hercisc.* Hoc autem vult *lex 4.* filiamfamil. quæ ab intestato patri succedit vna cum fratribus ex capite vnde liberi, vel ex parte qua liberis prætor pollicetur bon. possessionem contra tabulas, conferre iis fratribus dotem, si fuerunt in fa- B milia defuncti patris communis. Atque adeo filiam suam heredem, fratribus æque suis heredibus conferre non tantum profectitiam dotem, sed etiam aduentitiam. Ex quo intelligitur & necessario sequitur, etiam aduentitiam dotem esse proprium patrimonium filiæfamilias etiam viuo patre, cum sit conferenda post mortem patris. Sui nihil proprium habent excepto castrensi vel quasi castrensi peculio, nisi dotem aut donationem propter nuptias, quæ veluti alia dos est. Nam statim atque dos constituta est filiæ a patre, abscedit bonis patris, & fit non quasi patrimonium, sed verum & proprium patrimonium filiæ, quod neque auelli ei vnquam potest a patre nec deminui. Et eadem est ratio dotis aduentitiæ, vt C filiæfam. proprium sit patrimonium, nec in ea viuus pater quicquam iuris habeat, quod consequentia probant: Nam vt profectitia dos post mortem patris, quod fit proprium patrimonium filiæ, confertur fratribus suis, ita & aduentitia. Ex eo etiam intelligimus (quod valde est notandum) suos qui proprium aliquid habent, id omne suis conferre semper excepto peculio castrensi vel quasi. Sui igitur qui habent quid proprium, id est, qui habent dotem vel donationem propter nuptias, nihil enim aliud habere possunt extra peculium castrense vel quasi, id omne suis conferunt. Breuiter hoc in prima parte vult lex, vt filia sua heres fratribus suis æque heredibus cum quibus succedit patri ab intestato, vel rescisso testamento per bonorum possess. contra tab. in medium conferat, non tantum profectitiam dotem, D sed etiam aduentitiam, fratribus autem non suis, vt filio emancipato, filiafam. non confert dotem aduentitiam. Erat hac in re, vt significat *l. 4.* inter prudentes contentio, sed tamen eam dirimit Imper. facta differentia inter suos heredes & emancipatos, vt filiafam. suis fratribus conferat vtramque dotem, fratribus emancipatis profectitiam tantum, non aduentitiam. Et vt statim adferam rationem, nihil est obscurius in hoc tractatu, quam explicatio rationis. Ratio perspicua hæc videtur esse, vt filiafam. fratri emancipato non conferat dotem aduentitiam, ne duplici incommodo afficiatur, concursu fratris emancipati, qui ei abradit partem, cum iure ciuili succederet in assem defuncto patri, iure summo, & præterea collatione dotis aduentitiæ, in quo est æquitas euidens. rationes tuentur æquitatem, & eleganter Cas- E siodorus in Rhetorica, rationem esse animam & medullam legum, quæ æquum bonum tuetur. Sic igitur dicamus iterum, filiamfamil. non conferre fratri emancipato aduentitiam dotem, ne duplici incommodo adficiatur concursu fratris emancipati qui ei abradit partem, cum iure ciuili succederet in assem, collatione dotis aduentitiæ. Confert tamen dotem profectitiam, in quo est etiam & duplex incommodum. Cur non habita ratione duplicis incommodi vis filiamfam. sustinere collationem dotis profectitiæ concurrenti fratri emancipato? Quia scilicet dotem profectitiam, id est, quæ profecta est ex bonis paternis, æquius est confundi cum paternis bonis, vnde profecta est, cum etiam morte filiæ soluto matrimonio, dos profectitia, licet penitus

abſceſſerit bonis patris, ad ea tamen redeat: aduentitia A autem non redeat ſed maneat apud maritum mortua filia in matrimonio, *l. 23. de euict. l. mulier, de cond. instit. & Vlp. lib. reg. tit. de dotib.* Ita vt inde poſſis duas conſtituere differentias inter dotem profectitiam & aduentitiam, quod illa facilius recurrat vnde profecta eſt & ſuæ origini reſtituatur: & quod aduentitiam non conferat filiafamilias emancipatis fratribus. Recte hoc loco adnotauerunt Ioannes & Azo, hodie neque ſuis neque emancipatis fratribus conferri dotem aduẽtitiam, quod generaliter conſtitutum ſit a Iuſtiniano, bona aduentitia non adquiri patri, & conſequenter non conferri, ſed præcipua retineri a liberis, qui ea adquiſierunt, niſi quantum attinet ad vſumfructum, quem ſolum patri reliquit Iuſtinianus in bonis aduentitiis. Hoc igitur approbant, dotem aduentitiam, vt cætera bona aduenti- B tia non venire in collationem ex *l. vlt. hoc tit.* Sed quæramus, cur ſui ſuis conferant, vt probaui iam ex *l. 4.* ſuum conferre dotem ſuis heredibus, ſuum heredem conferre donationem propter nuptias ſuis heredibus, & tamen emancipati emancipatis non conferunt in *l. 9. hoc tit.* Non explicatur ratio liquido, & quæcunque non eſt liquida ratio, non eſt ratio. Explicanda igitur eſt. *l. 9.* Duæ ſunt eius partes, prima illud diſtricte tradit, ceſſare collationem inter fratres emancipatos. Secunda pars oſtendit, emancipatum conferre bona propria fratri, qui remanſit in poteſtate patris, ſi nullum ſit teſtamentum, inquit. Quia vt heri oſtendi & rurſus inculcaui hodie, ex teſtamento ceſſat collatio ſecundum ius quod ſequimur recitantes conſtitutiones huius libri. Quod obtinuit ante Iuſtiniani Nouellam *de triente &* C *ſemiſſe.* Ergo ait, ſi nullum ſit teſtamentum: quia qui venit ex teſtamento nihil confert. Et adiicit, ſi etiam nullum ſit nouiſſimum iudicium patris, quod male Græci interpretantur de teſtamento imperfecto, quod tantum valet inter liberos, *l. hac conſultiſſ. §. ex imperfecto, inf. de teſt.* Quoniam lex ante dixerat nullum exſtare teſtamentum, neque perfectum igitur, neque imperfectum, quod iure ſubſiſtat, quoniam imperfectum, quod iure ſuſtinetur, pro perfecto inter liberos habetur, & ideo quod ſubiicit nouiſſimum iudicium, ſi nullum exſtat, aliud quiddam eſt quam imperfectum teſtamentum, nempe ſi codicillis factis ab inteſtato pater filio emancipato reliquerit partem ſuorum bonorum iure legati aut fideicommiſſi. Nam in codicillis directo non ſcribitur heres vix & exheres: Nam & ita qui venit ex D iudicio defuncti, id eſt, qui meruit iudicium defuncti, qui venit ex codicillis factis ab inteſtato, ex hoc nouiſſimo patris iudicio non patitur munus collationis, *l. 1. §. vel maxime, de coll. bon.* Hæc eſt ſententia *l. 9.* Et interim ex eius initio diſcimus, emancipatum emancipato non conferre. Cedo cur ſuus ſuo conferat, & emancipatus emancipato non conferat? Et placebit valde, ſi reſpondeas, eos tantum ſuos conferre, qui aliquid habent, dotem vel donationem propter nuptias, quæ eſt alia quædam dos, & in iis, quæ propria habent ſui, emancipatorum iure cenſentur, patrisfam. iure cenſentur, vt ait *l. 2. ad SC. Macedon. l. 15. §. ſeruus, de caſtr. pecul.* Iuriſconſultus ait, in caſtrenſi peculio, quod ei eſt proprium patrimonium, eum filiumfam. eſſe pro patrefam. Ergo ſuus in eo quodcunque habet proprium ſiue E militare peculium ſit ſiue dos, aut donatio propter nuptias pro patrefam. pro filio emancipato habetur. Emancipatos autem ſuis conferre conſtat. Emancipati autem ideo emancipatis non conferunt, quia alter alteri nullum adfert incommodum, alter alteri nihil demit in concurſu ſucceſſionis paternæ, quia par eſt ius vtriuſque & conditio, nec plus iuris in bonis paternis alter habet altero, ſicut ſuus plus iuris habet in bonis paternis quam emancipatus, aut is qui pro emancipato habetur. De collatione dotis etiam notandum eſt quod habetur in *l. 5.* ſororem fratribus conferre dotem, fratribus, inquit, qui in poteſtate manſerunt, etiamſi dos data ſit marito, & necdum ei competat repetitio dotis, puta conſtante matrimonio. Vbi ſtatim quæres, quî poſſit conferri a muliere dos, quam non habet, quam a marito nondum repetiit, imo nec repetere poteſt conſtante matrimonio. lex docet, dotem conferri eo minus percipiendo ex bonis paternis, quod in idiotiſmo eſt, *raporter ou moins prenant.* Varie fit collatio, fit re ipſa, id eſt, diuiſione, fit cautione defenſionis, vt in *l. 2.* fit cautione collationis, id eſt, ſi reis vel pignoribus caueat, ſe collaturum cui conferre debeat, *l. 1. §. iubet, & §. quamuis, de collat. bon. l. filium §. videamus, de bon. poſſ. cont. tabul.* Fit etiam remiſſione, vel vt Græci loquuntur, παρὰ ποσὸν τὴν λήψει, quod in Nouellis male interpretatus eſt Haloander, id eſt, ſi tantum remittat ex bonis paternis, quantum debet conferre, ſi eo minus capiat ex bonis paternis. Et ita *l.* docet, dotem non repetitam a marito mulierem conferre fratribus remiſſionis genere, id eſt, tantum remittendo ex bonis paternis, quantum in dote eſt, quod conferre debet. Quod genus collationis etiam comprobatur *l. 1. §. ſed etſi cum, de bon. collat.* &, qui locus non adnotatur, *l. cumpoſt §. pen. D. de adminiſt. tut. & Nouel. 97.* Quæ vt ibidem adnotaui, nonnihil derogat conſtitutioni *l. 5.* Reſtat tantum ex pollicito vt explicetur *l. 3.* quæ etiam de collatione dotis loquitur. Pater cum nuptui collocaret filiam, dotali inſtrumento pepigit, vt filia contenta dote eſſet, nec ad cætera paterna vllum haberet regreſſum poſt mortem ſuam, id eſt, ne ei ſuccederet iure legitimo vel iure prætorio. Lex ait nullam eſſe pactionem, quæ impugnat ius publicum, quæ derogat liberis & eripit legitimam, vel honorariam ſucceſſionem iure publico delatam, & nihilominus conferre dotem mulierem ſi velit ex æquo patri communi ab inteſtato cum fratribus ſuccedere. Hæc eſt ſententia *l. 3.* quæ ducta eſt ex reſponſis Papiniani, id eſt, ex *l. vlt. de ſuis & leg. her.* Quæ improbandæ huius pactionis hanc rationem adfert, quod non oportet priuatorum pactiones ll. auctoritate cenſeri, legem lege abrogari poſſe, legem priuata conuentione abrogari non poſſe: non habere legum auctoritatem priuatam pactionem aduerſus leges ipſas: habere tamen priuatam conuentionem legum auctoritatem aduerſus priuatam, quod ll. publicis iuſtæ conuentiones approbentur & obſeruentur, non habere legum auctoritatem aduerſus leges ipſas. Non poſſe efficere igitur vt filiusf. non ſit heres patri legitimus. Neque obſtat quod eſt in *l. ſi non mortis, de inoffic. teſtam. l. ſi quando §. & general. ſup. eod. tit. l. 1. §. ſi parens, ſi a parente quis manu.* quam hic perperam explicat Accurſius in hac *l. 3.* Nam eadem eſt ratio harum trium legum, vt recte donet aliquid pater filiæ inter viuos ea lege, vt id imputet in portionem legitimam, & vt recte donet filius parenti manumiſſori, ea lege vt id imputet in portionem legitimam, vt ea donatione ſibi ſatisfactum putet. Rata eſt conuentio, quamuis tacite hoc agatur ne forte teſtamento exheredatus agat querela inofficioſi teſtamenti, ſi ei ſufficiat, quod donatum eſt inter viuos. Et tamen ſi expreſſim conuenerit, aliqua re donata filio, ne forte exheredatus agat querela inofficioſi teſtamenti, nullum eſt pactum, quia impudenter ll. publicas impugnat, *d. l. ſi quando §. illud.* Et eſt notiſſimum, frequentiſſime in iure expreſſa nocere, tacita non nocere. Et in iudiciis ſæpe euenit, vt ita neceſſario diſtinctionem conſtituere debeamus inter ea, quæ tacite pugnant cum ll. & ea quæ palam improbant ll. Non eſt etiam exiſtimandum conuentionem, de qua agitur in hac *l. 3.* vt filia contenta ſit dote, nec iure legitimo veniat ad bona patris, & iure eodem, quo venturi ſunt fratres valere iure ciuili, etiamſi iurauerit filia, ſe ita facturam, ſe non venturam ad ſucceſſionem patris ab inteſtato, dotem ſibi abunde eſſe: Nam quod non poteſt fieri pacto, non poteſt etiam fieri iureiurando: hoc generaliter verum eſt. Non habet plus virium iuſiurandum, quam

quam pactum nudum, *l. iuris gentium* §. *& gen. de pact.* A *l. si quis inquilinos* §. *pen. & vlt. de leg.* 1. *l. non dubium, sup. de leg.* Ex pacto non nascitur obligatio, hæc est regula iuris. Ex pollicitatione non nascitur obligatio, ex iureiurando etiam non nascitur obligatio. Ergo non plus potest iusiurandum, quam pactum ad obligationis munus. Et contra, vbi ex pacto nascitur obligatio, nascitur etiam ex iureiurando. Denique eodem iure est iusiurandum & pactum: vt siue conuenerit libertus, siue iurauerit patrono se operas præstaturum, ex conuentione sola vel iureiurando, nascitur obligatio, *l. 7. de oper. lib.* Ex lege Iulia & Papia hæc pactio est legitima, & ideo parit obligationem iusiurandum legitimum, & tamen paulatim, quæ dicimus esse ex intimo iure ciuili abrogata sunt. Primum constitutum est ex pacto licito & iu- B reiurando esse obligationem & actionem. Ex pacto solo non est obligatio, vel actio, sed ex pacto quod est licitum & iureiurando, quod ei adiectum est, competit actio, *l. si quis maior, sup. de transact.* Denique Pontifici placuit vt ex pacto illicito, non omni quidem, sed ex eo pacto de quo agitur in hac *l.* 3. vt filia sit contenta dote, nec vltra dotem desideret intestato patri succedere cum fratribus. Non igitur ex omni pacto illicito, sed ex eo saltem, quod iure ciuili illicitum est, & iureiurando, vt sit obligatio & actio in *cap. quamuis, de pactis lib. 6.* Aliud est genus pacti de quo tractatur hoc loco, quod iure ciuili illicitum est, vt si conuenerit instrumento dotali, vt præter dotem datam filiæ nomine, etiam filia ab intestato patri ex æquo succederet cum aliis fratribus. Hæc etiam conuentio improbata est in *l. 15. sup. de pact.* Et ratio eadem redditur: Quia hæc pactio C constringit libertatem faciendi testamenti, quam *lex 12. tab.* dedit ciuibus Romanis. Hæc conuentio impugnat l. 12. tab. & tollit liberam testamenti factionem, dum vult non licere patri plus erogare vni ex liberis quam alteri, vel non licere patri minus erogare filiæ quam filiis, Lex potest tollere libertatem testandi, vt lex Voconia, lex Furia, lex Caninia, lex Falcidia, & pleræque aliæ leges testamentariæ, quæ coercent libertatem testandi, nec omnia licere testatori volunt. Priuata autem conuentio non potest adimere liberam testamenti factionem. Non debet priuata conuentio legum auctoritate censeri, vt possit, quod & ipsa lex potest. Capitis deminutio impedit & adimit liberam testamenti factionem ex lege, non pactio priuata aduersus legem, & officiis promerendæ sunt hereditates, non pactionibus. D Denique nullius de supremis iudiciis est constringenda libera voluntas. Et tamen idem accidit huic generi pactionis quod priori, de quo in *l.* 3. nempe vt postea Imp. Leo hanc pactionem approbaret Nou. 19. etiam non adhibito iureiurãdo, si quis dote data filiæ aut pro filia instrumento dotali caueat, vt etiam sibi sit ex æqua parte heres cum fratribus, ea pactio rata est auctore Leone, quia aliquatenus conuenit iuri publico, cum æqualitatem constituat inter fratres, vt scilicet filia, quemadmodum iura volunt, patri ab intestato ex æquo succedat cum fratribus. Et quia si improbetur ea pactio, datur occasio perfidiæ atque mendacii, d. lex 15. aperit perfidiæ fenestram, vt contra quam promiserit pater minus E possit testamento filiæ relinquere, quam reliquerit instrumento dotali, & quod aliquatenus ea conuentio est contra *l. 12. tabul.* eo quod minuit libertatem testandi, tolerabilius esse censet in hoc conflictu rationum ex vtraque parte minui libertatem testandi contra *l. 12. tab.* quam minui æqualitatem, quam iura constituunt inter fratres ab intestato, & induci inæqualitatem, maxime contra id, quod cautum est ante dotali instrumento. ex iis duabus rationibus sibi inuicem repugnantibus, videtur sibi sumpsisse Leo, eam quæ præponderauit & ideo etiam magis hanc probauit. De collatione dotis habemus *l. 2. 3. 4. 5. & 7.* Sunt & plures aliæ in *hoc tit.* eadem de re, quarum hodie maximam partem expediam, vbi prius ostendero, qui & quibus conferant. Quod quidem ostendi nudius tertius, redditis veris rationibus & distinctionibus, sed non addidi, quæ nunc additurus sum, & vt facilius omnia teneant adolescentes, quibus præcipue studeo, constituam veluti quatuor regulas. Prima regula hæc sit: Liberi emancipati inuicem non conferunt, cum simul veniunt ad bona intestati patris in *l. 9. hoc tit. l. 1.* §. *vlt. l. 2.* §. *si tres, l. 3.* §. *quoties, ff. eod. tit.* Et non conferunt quidem inter se emancipati cætera bona propria, quæ habuerunt tempore mortis patris: quia in successione paterna alter alteri non adfert incommodum, cum omnes eodem & pari iure vocentur. Dotem autem & donationem propter nuptias profectam a patre sane conferunt emancipati inuicem, ne melioris conditionis sint, quam sui qui inuicem conferunt dotem, & donationem propter nuptias profectam ab eo parente cui succedunt, vt inferius declarabimus. Et ita emancipatos inuicem conferre, sicut suos, dotem & donationem propter nuptias profectam a patre cui succedunt, ostendit *l. vt liberis, hoc tit.* Quod & ita puto obtinuisse iure veteri, ne sui qui hæc conferunt inuicem, deteriore conditione sint, quam emancipati. Et in eo igitur *l. vt liberis* non est noua, & dicitur noua siue Nouella constitutio in *l. quoniam, sup. de inoff. testam.* hac tantum ratione, quod velit inter fratres, qui in potestate parentis, veluti matris aut auiæ non fuerunt, nec esse potuerunt, vt inter eos sit locus collationi dotis vel donationis propter nuptias profectæ a matre vel auia. Nam olim non erat locus collationi dotis vel donationis propter nuptias, nisi inter eos, qui fuerant in potestate morientis, vel erant in eiusdem potestate, etiam in ipso mortis articulo. Valde nouum est etiam, quod ad *d. l. vt liber.* adiecit Iustin. in *l. penult. hoc tit.* vt non tantum inter fratres locum habeat collatio dotis, aut donationis propter nuptias profectæ ab eo, cui succedunt simul, sed etiam inter patruos, auunculos, amitas, materteras, & fratrum sororumue filios igitur ex *l. pen. & d. l. vt liberis,* hæc duo nouiter introducuntur: Nam olim non sustinebant munus collationis nisi sui, vel emancipati, non qui nec sui nec emancipati vnquam fuissent a defuncto, quales sunt filii matri, vel nepotes auiæ & auo materno. Olim non fuit collatio inter alios quam inter fratres, sed hæc duo noua latius explicabuntur in *d. l. pen. & d. l. vt liberis.* Proponamus regulam secundam. Secunda regula hæc est: Liberi qui parenti sui heredes sunt ab intestato, non ex testamento, nisi ex voluntate parentis expressa vel præsumpta (quæ tamen hodie semper præsumitur ex *Nouell. 18. de triente & semisse.*) Ii inquam conferunt inuicem dotes suas & donationes propter nuptias iure veteri, tam aduentitias, quam profectitias, quia qui sunt in potestate, hæc sola habent in proprio patrimonio, & in iis, quæ in proprio patrimonio habent pro emancipatis & patribusfamil. accipiuntur. Et quasi emancipati igitur siue patresfam. ea inter se conferunt. Nam vt ante expediui, emancipati inuicem conferunt semper dotes & donationes propter nuptias, quas acceperunt ab eo parente de cuius successione agitur. Iure autem nouo sui inuicem, sicut emancipati etiam inuicem, conferunt tam dotes profectitias, quam donationes propter nuptias ex noua Iustiniani constitutione *l. vlt.* quia profectitia bona, vel etiam profectitiæ dotes aut donationes propter nuptias, licet sint in proprio patrimonio liberorum, non in quasi proprio patrimonio, sed vere in patrimonio filiorum, non fictitie, tamen & dicuntur dotes siue donationes propter nuptias esse communes patris & filiorum. Denique ita sunt propria siue proprii patrimonii, vt in earum communionem etiam veniat pater iure potestatis & proprietatis, *l. 3. solut. matr.* Qui tamen hodie nihil habet iuris, quod ad proprietatem attinet in dote vel donatione propter nuptias. Denique dos vel donatio propter nuptias aduentitia, & quidquid aduentitium est,

id est, quod aliunde quam ex parte patris obuenit filiis, id nulla ex parte pertinet ad partem proprietatis iure. Non igitur est commune filii & patris. Nam commune cum dicimus, proprietate commune semper dicimus. Nec enim vlla est communio inter proprietatis & vsusfructus dominium. Sunt enim separata dominia, dominium proprietatis, & dominium vsusfructus. Tertia positio hæc est: Sui emancipatis & veteri & nouo iure conferunt duntaxat profectitiam dotem vel donationem propter nuptias, *l. 4.& vlt. hoc tit.* Hanc sui conferunt emancipatis, quia æquius videtur esse, vt mortuo patre, a quo hæc sunt profecta & collata filiis per causam nuptiarum, suæ origini reddantur & confundantur cum bonis paternis inter eos, qui permixtim ad bona paterna vocantur. Aduentitiam autem dotem sui emancipatis non conferunt, nec veteri iure, ne, vt dixi nudius tertius, adficiantur duplici incommodo, collatione dotis aduentitiæ, quam bonis paternis acceptam non ferunt, & concursu fratrum emancipatorum. Vltima positio hæc est: Emancipati suis conferunt non tantum donationem propter nuptias profectitiam, sed etiam omnia bona propria, quæ habuerunt mortis tempore patris communis. Igitur emancipati concurrentes cum suis grauius onerantur, quam nulli alii. Et hæc sententia vltima vtique vera, etiamsi filii sui sint impuberes, qui negentur ex filiis esse defuncti, dummodo acceperint bon. possess. Carbonianam. Nam & his interim confertur, quasi interim præsumantur esse filii, donec post pubertatem res diligentius disceptetur, *l. penult. de Carbon. ed.* Item emancipati non tantum conferunt fratribus, qui fuerunt in potestate morientis patris, sed etiam postumis, qui tamen in potestate futuri erant, si viuo patre nati essent in *l. 11. hoc tit.* Nondum natis non conferunt, sed natis post mortem patris. Non possunt conferre nondum natis, quia nondum venerunt in hereditatem, nondum admiserunt bon. poss. *l. vlt. de collat. bon.* Item emancipati conferũt non tantum fratrib. suis, qui in potestate remanserunt, sed etiam filiis suis, quos pater defunctus retinuit in potestate emancipato filio. Quemadmodum sæpe fit, vt pater emancipet filium, & nepotem ex eo retineat in familia. Atque ita emancipati non tantum fratribus, sed etiam filiis, qui in familia remanserunt, conferunt vniuersa sua bona propria ex edicto nouo, quod edictum Iulianum dicitur, id est, edictum de coniungendis cum emancipato liberis, *l. 1. hoc tit. l. 6. si tab. testam.* Et notandum præterea, collationis onus, atque etiam commodum transire in heredes, id est, heres filii emancipati debet conferre, si filij emancipati hereditatem adquisierit, ea quæ defunctus contulisset: siue, filius filii emancipati, ad quem transmissa est filii emancipati successio, confert ea, quæ pater conferre debuit. Ac similiter heredi eius, cui conferri debuit, confertur, vt amita dotem confert filio fratris sui, quam debuit conferre fratri in *l. 14. hoc tit. l. 1. §. ibid. l. 2. in prin. D. eod.* Ac postremo etiam notandum est, in hoc proposito emancipatos nos dicere, quocumque modo emancipatos, ex *l. 18.* Triplex est emancipatio, Legitima, Anastasiana & Iustiniana. Legitima emancipatio fit solemniter conceptis verbis per imaginarias venditiones, vt Instit. docent. Anastasiana fit ex rescripto Principis. Iustiniana fit apud quemcunque magistratum competentem, sine rescripto principis, apud quem pater profiteatur suum filium, sui iuris esse velle, & potestatis suæ, *l. pen. & vlt. inf. de emancip. liber.* Nunc cum *l. 18. hoc tit.* dicat nihil referre, vtrum quis sit emancipatus solemniter ex l. 12. tabul. an constitutione Anastasii, licet nobis addere, an ex constitutione Iustiniani. Denique quocunque modo emancipati sint liberi, onus collationis sustinent, concurrunt in hereditatem paternam cum fratribus suis: & munus collationis omnium bonorum propriorum in modum dotis aut donationis propter nuptias profectitiæ. Ex iis certo & absolute

A tenemus, qui & quibus conferant, & quæ etiam conferantur. Nunc vt initio pollicitus sum, expediam maximam partem cæterarum legum, quæ sunt in hoc titulo. De collatione dotis sumo *l. 8.* cuius hæc est species: Soror in diuisione bonorum paternorum ab intestato fefellit fratres, quia pro sua parte tulit plus ex bonis paternis, quam bonum esset & æquum, & non contulit dotem quam accepit a patre, & habuit tempore mortis patris, quid fiet? quemadmodum hanc fraudem corrigemus post perfectam diuisionem? Aut diuisio bonorum fit a patre ipso, aut a fratribus ex conuentione, ex communi placito, aut ab arbitro famil. ercis. *l. si cogitatione, sup. eod. tit.* si fiat a patre inter viuos quasi supremo iudicio, vt *l. 20. §. si pater, fam. ercis.* vel si fiat a patre codicillis factis ab intestato, vt si exempli gratia inter filium

B & filiam, & filio amplius relinquat, quam filiæ, nec bona inter eos ex æquo partiatur, rata est & pia nihilominus diuisio a patre facta, & per eam videtur exclusisse collationem & diuisionem dotis, quam dederat pro filia, si modo nihil indiuisum reliquerit, vt in *l. ex parte §. intestato, fam. ercis.* Nihil indiuisum reliquit ex bonis, quæ habuit, dos abscesserat bonis paternis, & filiæ minus reliquit in ea diuisione, quod pro ea dedisset dotem, videtur exclusisse collationem dotis, maxime, vt dixi, si nihil indiuisum reliquerit. Nam si aliquid indiuisum reliquit, & filia velit ab intestato venire in partem eius, quod pater indiuisum reliquit, proculdubio compelletur in medium conferre dotem. Et ita explicandus est *d. §. intestato.* Si diuisio facta sit ex communi placito

C fratrum remotis arbitris; & hæc quoque diuisio rata est & pia, & vt ait *l. vlt. D. famil. ercisc.* Fratres, qui remoto arbitro inter se partiuntur bona paterna funguntur officio pietatis: quo æque fungitur pater cum omnia bona sua partitur inter filios. Et ita *D. Ambrosius v. de fide, bona pietas,* inquit, *refugit arbitros etiam in diuisione patrimonii.* Quod si diuisione facta inter fratres sine arbitris ex conuentione, ex permutatione, omnis enim diuisio fit per permutationem partium mutuam: Si, inquam, in ea diuisione aliquis circumscriptus esset, vt in specie, *l. 8.* quam proposui, non seruata æqualitate, non collata dote in medium, etiam fris, qui circumscriptus est, sit maior 25. ann. natu, tamen hanc fraudem emendari conuenit post diuisionem accersito arbitro famil.

D ercisc. nam in bonæ fidei contractibus & iudiciis, hoc est ratum, etiam maioribus circumscriptis, vel in re, vel dolo aduersarii subueniri in *l. 3. sup. comm. vtr. iud. l. 3. sup. quibus ex caus. maior. l. iure §. vlt. de iure dot.* Idemque fiet, si ab arbitro famil. ercisc. diuisio facta sit perperam, id est, inæqualiter, quod est tertium genus diuisionis, nam & hæc diuisio, vt indicat *l. 8.* corrigitur iterato arbitrio familiæ erciscundæ. Namque iterari potest causa cognita, quæ rem in integrum restitui postulet, *l. 20. §. familiæ, ff. famil. ercisc.* Et præterea obseruandum est, quod ait *l. 8.* reformata diuisione, & retractata, sororem, quæ dotem in medium non contulerit per arbitrum familiæ ercisc. conferre compelli, quod etiam est proditum in *l. 1. de collat. dot.* Quomodo compelletur per arbitrum, qui iurisdictionem nullam ha-

E bet? Est enim arbiter famil. ercis. iudex delegatus, qui notionem tantum habet non iurisdictionem, quia scilicet si non pareat arbitrio, quo iubetur conferre dotem, nihil consequetur per arbitrum famil. ercis. *l. 16. hoc tit.* Et hoc est quod dicitur sæpe in hoc tit. non parato conferre denegari actiones hereditarias, *l. 11. 12. & 16.* atque actionum, quæ heredibus dari & compete solent, ei auferri omne emolumentum, quod ait *l. 1. §. si cum duob. ff. hoc tit.* Et vt transeamus ad *l. 12.* Ea *lex* illo præmisso, quod ante retuli, filiæ suæ fratribus æque suis heredibus non offerenti collationem dotis denegari actiones hereditarias, subiicit: vt ex sua parte ea soror conferre cogitur dotem, ita etiam fratres eius, qui in potestate patris manserunt, peculium paganum, quod

habuerunt

habuerunt moriente patre non retinere præcipuum, A quia & morte patris desinit esse peculium, & hereditati paternæ adglutinatur, ac proinde res ex eo peculio, vt ait *l. 12.* quæ in eadem causa durauerunt, id est, quæ venditæ non sunt, aut permutatæ a filio viuo patre, venire in iudicium fam. ercisc. quasi paternas, deducto tamen eo quod ex causa peculii debetur extraneo in *l. certum, sup. fam. ercisc. l. empt. §. vlt. de rei vind.* Hæ res igitur in communionem veniunt, non vt collatitiæ: Nec enim vt propriæ conferuntur, sed vt paternæ, morte patris exstincto peculio filii, quia & viuo patre non fuere in patrimonio filii, sed in quasi patrimonio. Ergo ne dicas conferri peculium paganum, sed venire in iudicium famil. ercisc. deducto ære alieno. Et ita etiam filius emancipatus confert bona propria deducto ære alieno, in *l. 6. hoc tit.* Confert, vt Græci aiunt καθαρὰν οὐσίαν, id B est, *puram substantiam*, deducto onere & ære alieno, quam adquisierant filii emancipati ante mortem patris, & habuerunt tempore mortis patris. Nam necesse est etiam, vt in eadem causa durauerint: quæ enim filii emancipati viuo patre amiserunt, ea conferre non tenentur, sed vt dixi, quæ adquisiuerunt ante mortem patris, & habuerunt moriente patre, nisi forte quid alienauerint, aut dolo malo dissipauerint in fraudem fratrum, vt ostendit *l. 1. §. confertur, de coll. bon.* Et addit *l. 12.* peculium tamen castrense, quod a me dictum est sæpius, neque conferri, neque venire in iudicium famil. ercisc. Non venire equos siue animalia, non venire arma, quæ proficiscenti ad militiam donauit pater, sed venire prædia in iudicium famil. ercisc. quæ donauit pater: Nam ea C non possunt videri donata intuitu militiæ, ea tantum bona, quæ profecta sunt a patre, deputari in castrensi peculio possunt, quæ sunt mobilia vel mouentia, non immobilia, quoniam dandi prædii filio proficiscenti ad militiam nulla est causa militiæ, quæ impellat patremfam. nulla necessitas. Et ea tantum immobilia sunt in castrensi peculio, quæ filiusfamil. forte miles comparauit ex annonis militaribus, vel tulit ex emerito, vel etiam quæ tulit ex causa commilitij, id est, ex causa collegii Castrensis *l. 4. sup. famil. ercisc.* Cuius sententia ita explicata est. Et quod dicitur de castrensi peculio in *l. 12.* id etiam notum est pertinere ad quasi castrense peculium. Sed addamus idem etiam hodie obtinere in aduentitio peculio pagano, ex *l. vlt. h. t.* vt neque confera- D tur, neque veniat in iudicium famil. ercisc. nisi (quod notandum est) ratione vsusfructus aduentitiorum bonorum, qui solus pertinet ad patrem ex constitutione Iustiniani, & pro rata temporis, & pro rata eius anni, quo pater est mortuus. Vsusfructus, qui patri debebatur, conferri debet fratribus, non item fructus futuri temporis. Nam statim a morte patris vsusfructus eorum bonorum proprietati consolidatur, & filius bona aduentitia incipit habere pleno iure, vt ex eis postea, neque ex proprietate, neque ex vsufructu quidquam conferri debeat fratribus. Satis igitur est, si fratribus conferat pro rata eius anni, quo pertinuit vsusfructus ad patrem, pro rata trium mensium, si pater eius anni tertio mense, aut fine tertii mensis mortuus sit: cæterorum mensium fructus retineat filius suo iure, consolidationis iure. Nam E & vsusfructus ad eum recurrit morte patris. Et quidquid redit ad filium morte patris alio iure quam intestatæ successionis, quasi quæsitum post mortem patris, in collationem & diuisionem non venit, *l. 15. hoc tit.* Non venit in diuisionem, quod adquisiuit post mortem patris, *l. 15.* Nam & quod pater ei reliquit ex testamento, vel codicillis vt præcipuum, id etiam non confert, quia post mortem adquiritur ei, *l. 12.* Et licet conferat cætera bona propria filius emancipatus, tamen quod ei est relictum præcipui titulo, vel profectitium peculium, codicillis ab intestato factis, non confert. Nam quid est aliud præcipuum, quam quod non confertur, nec est commune cum fratribus, quæ omnia nescio, an liquido

Cod.

intelligantur. Ex hoc tit. explicandæ tantum restant leges quatuor. Duæ de donatione simplici, *l. si donatione, & l. pen.* Et an conferenda sit donatio simplex, quæ & donatio directa dicitur in *l. donatio, inf. de donat.* Aliæ autem duæ leges sunt de collatione dotis & donationis propter nuptias, quas quod sint proximæ & coniunctæ iis, quæ eadem de re heri tractaui, ne eius rei seriem interrumpam, debeo vt mihi videtur exponere priore loco *l. vt liber. & l. antep.* In *l. vt liberis,* hoc primum constituitur, vt in diuidendis bonis patris ab intestato filia sua vel emancipata, fratri suo vel emancipato conferat dotem pro se a patre datam vel promissam nurui, vel ipsi filio, vt mox eam conferat in nurum vxorem suam & exemplo filiorum, vt idem seruent cæteri liberi in diuidendis bonis aui vel proaui paterni. Et ita fit, vt emancipati inuicem, & sui quoque inuicem conferant dotes suas vel donationes propter nuptias, quas acceperunt a patre, vel auo aut proauo paterno, in cuius bona veniunt ab intestato, quod etiam iure antiquo obtinuit, vt heri ostendi. Neque in hac parte est noua constitutio *l. vt liberis.* Noua tantum est in eo quod sequitur, vt in diuidendis bonis maternis ab intestato filia conferat fratribus vel sororibus dotem a matre datam vel promissam, & vt filius conferat donationem propter nuptias a matre datam vel promissam filio vel nurui. Quod confirmat etiam *l. quoniam, sup. de inoffic. testam.* in qua hæc lex *vt liberis* dicitur esse Nouella constitutio. Nouella scilicet, hac in re, quod ex ea fit locus collationi dotis & donationis propter nuptias, non tantum, si agatur de successione patris, aui aut proaui paterni, in quorum potestate sunt liberi, vel e quorum potestate exierunt per emancipationem, sed etiam si agatur de successione matris, aui aut proaui materni, qui nullam in liberis potestatem habent, aut possunt habere, quod postremum nunquam antea obtinuit. Et tantum abest, vt olim fuerit collatio inter cognatos transuersi ordinis succedentes defuncto cognato, vel directo ordine inter parentes succedentes liberis, vt recte Baldus notat in *l. 9. hoc tit.* vt nec inter liberos fuerit collatio, nisi suos vel emancipatos, quos discriminat ratio potestatis, eo quod iure ciuili potiora iura habent in successione, quam emancipati. Quod quidem discrimen nullum exstat inter eos liberos, qui veniunt ad bona matris, vel aui aut proaui materni. Et tamen inter eos Nouella constitutio, *l. vt liberis,* collationem inducit dotis & donationis propter nuptias profectæ a matre, auo, aut proauo materno, cui succedunt ab intestato. Non est noua constitutio in eo quod proposui initio, vt sit inter suos & emancipatos collatio dotis vel donationis propter nuptias, quam promeruerunt ab eo parente, in cuius bona pariter succedunt: nam & idem olim obtinuit. Non est etiam noua constitutio (& hæc dum persequar interim adnoto, quæcunque in hac lege continentur) in eo quod dat collationem dotis & donationis propter nuptias profectitiæ inter liberos rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, id est, per aliquem ex liberis, qui exheredatus sit, atque ita re deducta ad causam intestatæ successionis. Nam & idem olim obtinuit in totum rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti omnibus venientibus ab intestato in bona defuncti parentis, non etiam rescisso testamento pro parte tantum. Nam si testamentum sit per querelam rescissum pro parte tantum, veluti filio instituto pro parte & alio exheredato: quo genere ex post facto qui testatus decessit in totum, fit pro parte testatus, & pro parte intestatus: quia querela rescindit tantum testamentum pro parte, id est, exheredatus tantum aufert semissem bonorum, & instituto fratri semissem relinquit. Hoc enim casu inter eos non est collatio, quia diuerso iure veniunt, vnus iure testati, alter iure intestati. Inter eos, qui tam diuerso iure veniunt, non est collatio, sed

Hh

inter eos, qui eodem iure veniunt, aut venire possunt *l. 6. & 7. de collat. dot.* Quæ ex contrario ostendit, si veniant omnes eodem iure rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, collationem dari. Ne dicas etiam ex hac lege, emancipatos emancipatis conferre alia bona quam dotem vel donationem propter nuptias, profectam ab eo parente cui succedunt. Cætera enim bona aduentitia inuicem non conferunt, vt in *l. 9. hoc tit. l. 1. §. vlt. l. 2. §. si tres, l. 3. §. quoties, D. hoc tit.* Ne dicas etiam ex hac lege suos emancipatis dotem aduentitiam conferre. Nam lex loquitur tantum de dote profectitia. Et suos emancipatis non conferre dotem aduentitiam, constat ex *l. 4. hoc tit.* Ne dicas etiam ex fine huius l. emancipatos tantum conferre ea, quæ parens, de cuius bonis agitur, iis donauit post emancipationem, vel in ipsa emancipatione. Nam dum hæc lex in fine ait, conferri donationem simplicem collatam in filium emancipatum, non ideo excludit cæterorum bonorum emancipati propriorum collationem. Denique sic statuendum est, emancipatos conferre non tantum donationem simplicem profectam a parente manumissore, sed etiam omnia bona, quæ adquisierunt post emancipationem, & habuerunt tempore mortis parentis. Et postremo serua hanc legem dare collationem tantum inter liberos suos, & liberos emancipatos, inter suos & emancipatos, & inter liberos neque suos neque emancipatos, puta venientes ad successionem matris, vel aui, vel proaui materni, qui eorum non sunt sui heredes, & a quibus emancipati non fuerunt, nec emancipari potuerunt. Ne dicas legem dare collationem inter patruos, amitas, materteras, & filios fratrum sororumue, qua de re non est *l. vt liberis*, sed *l. antepen.* ad quam iam tempus est vt veniamus: Nihil enim præterea est in *l. vt liberis.* L. antepenult. quod valde nouum est, dat collationem inter agnatos ex transuerso, quæ tantum olim fuit ex directo limite inter liberos, nempe dat collationem inter patruos, amitas, auunculos, materteras, & filios fratrum, sororumue, non omnium bonorum propriorum, sed dotis tantum, vel donationis propter nuptias profectæ ab eo parente, in cuius bona pariter succedunt. Sed hoc omne exponamus clarius & diligentius. Sciendum est in primis, nepotes ex filio iam mortuo auo paterno succedere, & ciuili & prætorio iure, cum patruis vel amitis, & ferre vnam tantum partem, licet plures sint nepotes ex filio præmortuo, id est, eam tantum partem ferre, quam pater eorum tulisset, si superstes adhuc fuisset, quod est succedere in stirpem, & consequenter conferre dotem, vel donationem propter nuptias, quam pater eorum contulisset, in cuius locum succedunt & subintrant iure repræsentationis, quod vulgo dicitur in §. *cum igitur, Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. 3. inf. de suis & legit. hered. l. in adopt. §. vlt. de bon. poss. cont. tab. l. si nepotes, de collat. bon.* Ergo in nepotibus ex filio præmortuo, qui auo paterno succedunt, nullus est labor consentientibus in vnum omnibus iuribus: vt scilicet nepotes ferant partem patris integram & incolumem, cum eodem onere collationis, quod eorum pater, si vixisset, sustinuisset, cum fratribus veniens in bona paterna. In nepotibus ex filia vel filio, qui succedunt auo materno, vel auiæ maternæ, est labor aliquis. Nam ij non ferunt concurrentes cum patruis, amitis, auunculis, materteris, integram eam partem, quam accepisset pater eorum aut mater, sed cum deminutione tertiæ partis ex constitutionibus. Quia & iure ciuili non vocantur, cum sint cognati non agnati. Ex constitutionibus vocantur cum patruis, amitis, auunculis, materteris ad bona aui vel auiæ maternæ sub hac lege, vt partem, quam pater eorum, qui præmortuus est, aut mater accepisset, non habeant integram & incolumem, sed detrahatur ex ea tertia portio, quæ adcrescat patruis, amitis, auunculis, materteris, in §. *vlt. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. l. si defunctus, inf. de suis & legit. hered.* Licet hodie ex *Nou. 18.* de triente ac semisse, & *Nou. 118.* non detrahatur vlla portio, nec fiat deminutio tertiæ partis: Namque ex eis Nouellis seruatur eius parentis præmortui, cuius vicem repræsentant, portio, quam parens accepisset, integra & incolumis. Et hoc de ratione succedendi, qua exposita statim transit *l. antepen.* ad quæstionem, quam potissimum spectabat de collatione dotis vel donationis propter nuptias facienda inter patruum, amitam, auunculum, materteram, & filios fratrum sororumue. Et quæritur, an patrui vel auunculi, vel amitæ, aut materteræ debeant conferre dotem vel donationem propter nuptias a defuncto pro se datam, aut promissam in cuius bona pariter succedunt. Et similiter, an patrui, amitæ, auunculi & materteræ debeant conferre filiis fratrum, sororumue in medium dotem a parente, cui pariter succedunt, datam vel promissam. Et contra, an etiam filii fratrum sororumue debeant conferre dotem datam vel promissam, vel donationem propter nuptias pro patre aut matre, cuius vicem repræsentant. Hæc est quæstio *l. antepenult.* Patrui primum dicebant, eos non alligari collationi, concurrentibus filiis fratrum sororumue, non etiam fratribus vel sororibus, quod collatio nunquam fuerit data nisi inter liberos, non inter cognatos a latere, neminem onerari collatione sine lege speciali, quod notandum. Non potes imponere, vel indicere collationis munus aliis, quam quibus lex indixit. Sic plane patrui non cogebantur conferre, vel amitæ, aut auunculi, aut materteræ. Posset quis tentare ex *l. 14. hoc tit.* vt Accursius tentat, etiam olim patruum vel amitam contulisse dotem, vel donationem propter nuptias filiis fratrum. Nam in specie h. l. amita proculdubio confert dotem filio fratris: sed in specie longe dissimili & seiuncta ab ea, quæ tractatur in *h. l.* Nam in *l. 14.* (de qua heri nonnihil dixi) filius fratris amitam conferri sibi dotem desiderat iure hereditario, quia heres exstitit patri, cui amita conferre debuit, antequam moreretur. In hac specie quæritur, an filius fratris suo iure, vt filius fratris, non vt heres patris sui possit a patruo vel amita desiderare vel auunculo vel matertera collationem dotis, vel donationem propter nuptias, quod sane non potest, aut non potuit vnquam ante hanc legem antepen. Et ita patrui iusta ratione refugiebant munus collationis concurrentibus non fratribus, non sororibus, sed filiis fratrum, sororumue. Ex diuerso nepotes etiam dicebant dotem vel donationem datam patri eorum in cuius locum succedunt, & partem cum deminutione trientis, non debere eam conferre patruis, vel amitis, vel auunculis aut materteris, quia dicebant, vnam tantum esse legem, quasi scilicet hæc omnia pendeant ex iure posititio, non ex interpretationibus nostris. Eam esse *l. nepotes, C. Th. de legit. hered.* vt nepotes ex filia venientes cum auunculis ad successionem aui materni conferant dotem auunculis, quam matri eorum auus dederat. Lex loquitur de auunculis tantum. Ergo inquiebant nepotes, auunculis tantum conferemus dotem vel donationem propter nuptias datam patri nostro, in cuius vicem & partem venimus, non patruis, amitis, aut materteris, quia lex loquitur tantum de auunculis, & auunculorum nomen nunquam legitur porrigi ad patruos, amitas vel materteras. Et hi igitur iusta ratione defugiebant munus collationis, concurrentibus patruis, amitis, materteris, non auunculis. Nec negat Iustinianus, quin iusta ratione nitantur vtrique, sed vult, vt deinceps etiam inter patruos, auunculos, amitas, materteras, fit collatio dotis vel donationis propter nuptias datæ pro patruis, amitis, materteris, vel datæ pro patre vel matre eorum nepotum. Denique etiam ex transuerso esse collationem dotis aut donationis propter nuptias, non inter quoscunque cognatos ex transuerso, sed inter patruos tantum & filios fratrum & sororum, interque amitas, auunculos, materteras. Lex non loquitur de

de dote dota filiis fratrum vel ſororum, ſed de dote data patri vel matri eorum, vt eam conferant, quam etiam pater & mater contuliſſet, ſi in ea bona veniſſent, id eſt, ſi vixiſſent. Quid autem ſtatuemus de dote iis nepotibus data ab auo vel auia materna, vel pro iis data, vel promiſſa dote, vel donatione propter nuptias? Et veriſſimum eſt, quod reſpondet Accurſius ex *l.* 1. §. *vlt. de coniug. cum eman. lib.* cui addenda eſt *l.* 1. § *ſed etſi cum, de collat. dot.* cum veniunt filii fratrum vel ſororum cum patruis, amitis, auunculis, aut materteris in bona aui vel auiæ maternæ, dotem eorum nomine datã vel promiſſam eos inuicem conferre, non etiam patruis. dotem tamen datam vel promiſſam patri eorum, cuius vicem repræſentant, eos conferre non inuicem, ſed ſolis patruis. Et hic eſt finis de collatione dotis vel donationis propter nuptias. De collatione donationis ſimplicis breuiter ſtatuamus quid iuris ſit. Ex *l. ſi don.* & *l. pen.* ita diſtinguendum eſt, aut agitur de bonis matris, aut aui, aut proaui materni: aut de bonis patris, aui, aut proaui paterni: Si agatur de bonis & ſucceſſione matris, aui, aut proaui materni, liberi acceptam donationem ſimplicem a matre, auo, aut proauo materno non conferunt, nec vlla bona propria, in quibus eſt etiam donatio illa ſimplex, atque directa. Cur eam non conferunt? Quia nulla alia bona conferunt præter dotem & donationem propter nuptias ab eo parente profectam cui ſuccedunt. Donationem ſimplicem non conferunt exceptis duobus caſibus, ſi mater, auus aut proauus maternus donationi hanc legem dixerit, vt conferretur in *l. pen. in fine.* Alter caſus ponitur etiam in *d. l. pen.* Si ſint plures liberi, qui veniant in ſucceſſionem matris, aui aut proaui materni, quorum quidam acceperunt dotem vel donationem propter nuptias: quidam donationem tantum ſimplicem. Nam propter illos, qui conferunt dotem & donationem propter nuptias æqualitatis tuendæ cauſa, etiam cæteri, qui acceperunt tantum donationem ſimplicem, eam conferre compelluntur. Cæteroquin donatio ſimplex non confertur, cum agitur de eorum parentum hereditate, atque etiam non imputatur in legitimam portionem iis, qui ad querelam inofficioſi teſtamenti veniunt, niſi eadem lex donationi dicta ſit, vt donationem illam ſimplicem imputarent in legitimam portionem, *l. ſi non mortis, D. de inoff. teſtam. l. ſi quando* §. *& generaliter, ſup. eod.* Ex *d. l. ſi donatione*, donatio ſimplex confertur & imputatur in legitimam *ſi ea ſit lex* donationis. Altero vero caſu quo donatio ſimplex confertur æqualitatis tuendæ cauſa inter liberos, non imputatur etiam in legitimam, quia hoc non eſt expreſſum. Et ſeruanda eſt perpetuo cautio *l. pen.* vt nihil liberis imputetur in legitimam, niſi quod legibus expreſſum cauetur vt imputetur, vt illo ſecundo caſu, quem expoſui. Lex penult. quidem vult donationem ſimplicem conferri, ſed non adiicit, etiam imputari in legitimam. Ergo nec imputatur in legitimã, & quod omiſit lex pro omiſſo habetur, nec ſuppletur commentationibus noſtris vel argumentationibus. Res enim non eſt parui momenti, imputare aliquid in legitimam vel non, quod temere admitti vel denegari debeat citra legem expreſſam. Et inde colligit Iuſtinianus ea, quæ conferuntur in medium, non ſemper etiam imputari in legitimam, vt in illo caſu. Et ſi vis hoc euidentius cernere, emancipati conferunt bona propria, tamen ea non imputantur in legitimam. Ergo quod confertur, non continuo imputatur in legitimam, niſi conſtitutio aliqua hoc dixerit. At contra regula eſt certiſſima, ea quæ computantur in legitimam, omnia etiam venire in collationem. Et vt ea breuiter percenſeam, quibus caueto, ne vlla alia adiicias inconſulto. Quæ imputantur in legitimam hæc ſunt: Donatio ſimplex, ſi ea lex dicta ſit donationi, vt imputaretur in legitimam, vt id ante probaui, alioquin donatio ſimplex non imputatur in legitimam. Cur? quia viuo parente, qui fecit eam donationem, ea donatio abſceſſit

Cod.

A bonis eius, & liberis eius debetur portio legitima tantum ex bonis, quæ morientis fuerunt, *l. cum quæritur, ſup. de inoff. teſtam.* Non ergo ex bonis, quæ donata liberis iure, vel extraneo. Qua ratione etiam olim dos & donatio propter nuptias non imputabatur in legitimam, quia ſtatim atque profecta eſt, ſeparatur a bonis patris, & legitima tantum debetur liberis ex bonis, quæ manſerunt patris, vſque in diem mortis. Qua ratione vtitur lex 1. *C. Gregor. de inoff. teſtam.* Sed hoc correctum eſt. Nam hodie dos & donatio propter nuptias imputatur in legitimam. Cur? Nam eſt reddenda ratio correctionis, quia hoc fit iuſta præſumptione: Legiſlatoris enim eſt inducere præſumptionem, quaſi ſcilicet præſumatur ſemper pater dare dotem vel donationem propter nuptias hac contemplatione, vt id cedat in le-B gitimam, & quaſi mortis cauſa, *l. 3. §. vlt. de bon. lib.* Hic eſt color noui iuris, quo placet dotem vel donationem propter nuptias imputari in legitimam: & conſtat etiam illud, imputari hereditatem in legitimam, id eſt, ea quæ capiuntur iure hereditario in bonis defuncti, aut ea, quæ capiuntur legati iure aut fideicommiſſi, aut mortis cauſa donationis. Ac præterea, vt docet lex *penult.* & *l. omnimodo, ſup. de inoffic. teſtam.* etiam imputari caſum militiæ paterna pecunia filio comparatæ. Nomine militiæ ſignificatur officium Palatinum, quod quis exercet in Palatio principis, veluti officium adiutoris quæſtoris. Et hæc officia militiæ poterant vendi iure fiſci & iure licito. Officium adiutoris quæſtoris, quod militiæ no-C mine continetur (in idiotiſmo *office de chauffecire*,) diſtrahi poteſt, & tranſmittitur in heredem quemcunque. Sic etiam hæ militię diſtrahi poterant & tranſmitti in heredem. Ac præterea moriente milite caſus militiæ debebatur heredibus eius, (in idiotiſmo dicitur *le cas vacant*) ex caſu mortis militis obueniebat aliquid lucri heredibus ex communi placito ſcholæ vniuerſique officii: obueniebat cum commodis & lucris, quod appellatur caſus militiæ; Gallice *le vacant.* Nulla eſt militia, quæ dicta ſit ex caſu. Et obſcurus eſt labor Lælij Taurelli, qui ſcripſit librum de militiis ex caſu, in quo multo ſudore quærit, quæ ſint militiæ ex caſu, cum nullo loco hæc appellatio militiis vllis tribuatur, ſed dicitur caſus militiæ. ſed deceptus eſt, quod in Nouella 53. legatur τὰς ἐκ τοῦ καλουμένου κάσου στρατείας; non, τὰς ἐκ τοῦ κάσου καλουμένας στρατείας, id eſt, *militias, quæ vocantur caſus*: non D *militias, quæ vocantur ex caſu*, ſi inquam, ea militia ſit comparata pecunia parentis, lucrum eius quod ex ea redigi poteſt, caſuſque militiæ, quod aliud lucrum eſt, imputatur filio, cui ea militia comparata eſt, in portionem legitimam, excepta tantum militia ſilentiaria, ſiue ſilentiariorum in *d. l. omnimodo* §. *vlt.* quæ non venit in collationem, ſed deputatur caſtrenſi peculio. Silentiarij hi ſunt qui excubias agunt noctu in palatio principis, qui indicunt ſilentia ſacro ſomno, vt ait Claudianus. Excipitur tantum eorum militia. Et ita percenſui omnia, quæ imputantur in legitimam, nihil præterea imputatur. Et quod imputatur ſecundum regulam *l. pen.* etiam confertur ab inteſtato. Et hoc cum agitur de bonis matris, aui, & proaui materni. Altera pars diſtin-E ctionis hæc eſt: Aut agitur de bonis aui aut proaui paterni, & hoc caſu etiam ſeparandus eſt filius emancipatus a ſuo. Nam filiis emancipatis, quibus facta eſt donatio, omnimodo valet, & vt cætera propria conferunt ſuis, ita etiam conferunt donationem ſimplicem *l. vt liberis in fine.* Suis autem, quia eis facta donatio inutilis eſt: inutiliter pater donat filiofamil. quoniam quod ei donauerit, ſi dixeris ei adqui i, recurret confeſtim ad ipſum patrem iure poteſtatis, quod filiusfamiliæ nihil poſſit habere proprium, quod mox non fiat patris. Igitur donatio facta filiofamil. non confirmatur morte ſola ſecundum ius vetus, quod obtinuit olim ante *l. donationes, ſup. de donat. inter vir. & vxor. l.* 1. §. 1. *pro don.* Donatio igitur facta filiofamil. cum non valeat proprię,

non confertur, nec retinetur etiam a filio vt præcipua, A sed venit in iudicium familiæ erciscundæ, vt quælibet res paternæ, quia nunquam abscessit bonis paternis. Hæc est sententia *l. si donatione, hoc tit.* Quæ ex contrario etiam confirmatur *l. 4. sup. famil. ercisc.* dum ait donata a patre filiofamil. ex causa castrensi non venire in iudicium familiæ erciscundæ. Nam ex eo colliges recte ex contrario donata filiofamilias a patre ex alia causa quam castrensi venire in iudicium familiæ erciscundæ, cum ea dicantur tantum non venire, quæ obuenerunt ex castrensi peculio. Sed obiicitur, & hic est finis, *d. l. si donatione, l. filiæ, sup. famil. erciscund.* in qua multum laboraui. Nam lex ait, patrem filiæ nomine quædam comparasse, quod vt absoluam statim, donare est, res filiæ nomine comparare, est filiæ donare κατὰ πρόσωπον, quod comprobat *l. cum hic status* §. *1. de donat. inter vir. & vxor.* Et *filiam* illo loco, ne quis calumnietur oportet accipere pro filiafam. Nam, vt alias dixi, filiam cum dixerim sine vlio affixo, filiafamil. intelligitur. Quid si de filia emancipata? Vtique etiam adiiceremus eam qualitatem? Sic igitur res est, in specie *l. filiæ*, filiæfamilias nomine patrem res quasdam comparasse, quod est donasse iuris præsumptione, & tamen lex ait filiamfamil. in iudicium familiæ erciscundæ eas res retinere præcipuas. Ergo donata filiæfamilias non venire in iudicium famil. erciscundæ, sed præcipua retinentur, & tamen *l. si donatione* ait venire. Recte Græci dicunt & doctius meo iudicio quam Latini: Aut pater qui donauit filiæfamil. perseuerauit, aut non. Si in eadem voluntate non perseuerauit, donata veniunt in iudicium familiæ erciscundæ, & ita sumenda lex *si donatione.* sed si in eadem voluntate perseuerauerit, donata non veniunt in iudicium famil. ercisc. quod confirmat *d. l. filiæ, l. 2. C. Gregor. famil. ercisc.* confirmat & Paulus *lib. 5. Sent. tit. de donation.* dum ait, ea quæ pater filiofamil. donauit, si decesserit in eadem voluntate perseuerans morte patris conualescere. Ergo *l. filiæ* pertinet tantum ad donata filiæfamil. a patre, vt non veniant in iudicium diuisionis, si pater in eadem voluntate perseuerauerit, & si filius cui donauit accipiat iudicium familiæ erciscundæ. Hæc duo exiguntur, vt pater perseueret in eadem voluntate, & vt filius vltra donata a patre velit venire in hæreditatem patris & in iudicium familiæ erciscundæ: Nam placet quod Thalelæus notat, filiumfamil. qui repudiat hereditatem patris non posse percipere donata sibi a patre inter viuos, etiamsi pater in eadem voluntate perseuerans decesserit. Quod optima ratione probari potest: Nam filiusfamil. qui abstinet se bonis paternis, donata sibi a patre constanter retinere non potest iure præcipui, quia præcipuum non est id vltra quod nihil aliud capitur. Et *l. filiæ* donatorum tantum retentionem dari ait iure præcipui, quod ius nullum est, si non admittat bona paterna, ius hereditatis paternæ. Non potest etiam ea retinere iure perfectæ donationis morte patris secundum ius vetus, quod obtinuit ante Iustinianum quod donatio facta filiofamilias non confirmetur morte patris, sed perseuerantia & voluntate manifesta. Summa igitur differentia hæc sit inter emancipatum & suum: quod donatio collata in filiumfamil. si in ea perseuerans pater decesserit, confirmetur, non ipso iure, sed officio iudicis familiæ erciscundæ, & rescindatur si sit inofficiosa, similiter non ipso iure, sed officio iudicis familiæ erciscundæ, *l. 2. sup. de inoffic. don.* Donatio autem collata in filium emancipatum nulla indiget confirmatione, & rescinditur si sit inofficiosa, non officio iudicis, sed per querelam inofficiosæ donationis.

AD TITVLVM XXI.

De testamento militis.

Postquam egit de bonorum possessione quarum beneficio iure prætorio veluti heredes in bona demortuorum succedunt, transit ad hereditates, quæ iure ciuili deferuntur ex testamento vel ab intestato, & seruat ordinem legis 12. tab. vt ait *l. 1. si tab. testam. nullæ ext.* Quæ quidem l. 12. tab. prius de iudiciis testantium, & sic deinde de successionibus. ab intestato loquitur. Quem ordinem etiam in suis edictis secuti sunt prætores & proconsules. Cum B autem alii testantium testentur iure singulari & proprio, vt milites: alii iure communi, vt cæteri ciues Romani, ante omnia vult se expedire iure singulari dato titulo de testamento militis. Sequentes enim tituli omnes sunt de iure communi ciuium Roman. quod seruant in testamentis faciendis. Et nuda quælibet voluntas militis de diuisione bonorum suorum pro iusto & legitimo testamento est; decretum rei familiaris a milite quoquo modo factum contemplatione mortis iustum & legitimum est testamentum, ex constitutionibus Principum, quæ dant veniam imperitiæ militis, *l. impub. D. de adm. tut.* Et generaliter militibus permittitur ignorare iura publica, non tantum in constituendis rebus suis, vel in damnis amittendarum rerum suarum, sed etiam in lucris, in compendiis, *l. penult.* §. *si filiusfamil. de iur. &* C *facti ignor. l. 1. sup. eod. tit. l. vlt. inf. de iur. delib.* Nam etsi quidam ex militibus esse possint periti iuris, tamen omnes milites sine discrimine arma potius quam iura scire constitutiones existimant, aut certe eos oblitos esse iuris & legum, vt recte dixerit Iulius Frontinus *lib. de limit. Dum,* inquit, *armorum magis exerceor curis, totum hoc negotium* (literarum scilicet, siue negotiorum ciuilium) *veluti oblitus intermiseram, nec quidquam aliud quam belli gloriam cogitabam.* Et Cornelius Tacitus in Agricola. *Credunt.* inquit, *plerique, militaribus ingeniis subtilitatem deesse: quia castrensis iurisdictio secura & obtusior, ac plura manu agens, fori calliditatem non exerceat.* Et hæc incalliditas fori vel ignorantia rei forensis est, quæ dicitur simplicitas militum in *l. 3. hoc tit. l. 1. D. eod.* Ergo si in testamento faciendo miles non obseruauerit D solemnitates, & diligentiam ll. quam vtique pagani necessario obseruare debent, si velint rata esse suprema sua iudicia, non ideo minus rata est voluntas militis, nec ei imputatur quod IC. non adhibuerit: nam & sine IC. quoquo modo miles testamentum facit: vt in antiquo titulo monumenti voluntatis suæ quidam hæc verba præscribit, *dolus malus & Iurisconsultus abesto.* In hoc monumento ius aditus libertis, libertabusque pateat, sextertium mille dato ad sacrificia faciunda quotiescumque opus erit. Est vetus inscriptio Neapolitana, & ad eundem modum *l. penult.* §. *Lucius, de leg. 2.* Quidam contestatur sine IC. testamentum fecisse, & nimia diligentia legum insuper habita vel neglecta, his verbis eleganter, quod vellem adolescentes addiscere memoriter: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine vllo Iuris* E *perito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam & miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusue perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Et ea quidem voluntas si non sit militis, quod contempserit diligentiam legum & solemnitatem, non est testamentum, sed codicilli, id est, ad bona defuncti vocantur ab intestato legitimi heredes, qui tamen deducta Falcidia ex causa fideicommissi quasi iure codicillorum compellentur hereditatem restituere heredi scripto. Ea autem voluntas militis si esset, testamentum esset quod valeret iure directo, quamdiu in militia permaneret, atque etiam post missionem honestam

intra

intra annum, *l. 5. hoc tit.* Nam post annum desinit vale- A re testamentum iure militari, & mutari igitur post annum oportet, iureque communi ciuium Romanorum fieri. Ergo si forte in testamento militis non sint adhibita signa, vel subscriptiones testium, non ideo minus valet testamentum, quod ob eam rem, si pagani esset, imperfectum diceretur. Et cum sit militis, nihilominus dicetur perfectum esse testamentum & legitimum. Item militis testamentum scriptum notis, non literis valet, ac si perfectum & legitimum esset, *l. Lucius, de milit. testam.* Cum tamen pagani testamentum scriptum notis nec ciuili iure nec prætorio valeat. Nec enim prætor dat bonorum possessionem secundum notariam pagani, & tamen dat bonorum possessionem secundum notariam militis. Idemque erit, vt ait *l. milites, hoc tit.* si B miles testamentum scripserit forte sanguine proprio in clypeo vel in vagina gladii, vel etiam si in ipso articulo moriendi, gladio suo in puluere significauerit, quid post mortem suam fieri vellet *d. l. milites.* Et ita eleganter Egesippus *lib. 5. Vere*, inquit, *bellicum testamentum, non atramento scriptum sed sanguine, nec in charta, sed in mucrone.* Ad hæc etiam obseruemus militem posse si velit in aliis bonis suis testari, & in aliis non testari, veluti testari de castrensibus, non de paganis, vel contra, atque ita posse eum decedere partim testatum, partim intestatum, *l. 1. & 2. hoc tit.* Sicut etiam potest miles alio tempore esse testatus, alio intestatus, veluti herede scripto ex die vel ad diem, *l. 8. hoc tit.* Longe secus est in pagano: Nam quem paganus ex parte tantum heredem facit, non adiectis coheredibus, is nihilominus obtinebit assem, *l. 1. §. si ex fundo, de hered. instit.* Causa scilicet testati trahente ad se causam intestati. Sicut ex diuerso nonnunquam euenit, vt causa intestati trahat ad C se causam testati, vt in specie *l. penult. de iniust. rup. & irrit.* Quem etiam paganus heredem scripsit ex die vel ad diem circumscripto die, vel sublata & circumscripta illa mentione diei, quasi mendo testatoris, qui heres scriptus est a die vel ad diem heres fit statim, heresque permanet, *l. hereditas, de hered. instit.* Quæsierim libenter, cur heres a pagano possit scribi sub conditione, non ex die vel in diem? Et placebit satis si quis respondeat hoc modo: eum qui heredem scribit sub conditione, interim pendente conditione, neque testatum, neque intestatum esse, quia conditio rem omnem suspendit, eum autem qui scribit ex die, ante diem esse intestatum plane, & post diem testatum, ac similiter eum, qui scribit in diem, ante diem esse testatum, post diem inte- D statum. Denique alio tempore testatum, alio intestatum, *l. potest, de hered. instit. l. miles ita, de milit. testam.* Quam inconstantiam ius nostrum non patitur in paganis, in militibus admittit priuilegium militiæ. Et, vt addatur alia differentia inter paganum & militem: Patris pagani silentium non habetur pro exheredatione, id est, si pater filium suum, neque nominatim exheredet, neque heredem instituat, non habetur pro exheredato, quia exheredandus est nominatim, non tacite. Silentium matris aut aui materni pro exheredatione est, ij silentio solo exheredant, pater silentio solo non exheredat. Ideoque filius testamento patris neque heres institutus, neque exheredatus, non habetur pro exheredato, sed pro præterito, & ipso iure nullum atque E iniustum testamentum patris facit ob causam præteritionis, quod valeret ipso iure si exheredatus videretur, & ad rescindendum opus esset venire querela inofficiosi testamenti, & hoc genere actionis lege agere in hereditatem paternam. In milite ita distinguimus, ex *l. 9. & 10. hoc tit.* Miles aut scit se habere filium, & hunc neque instituit, neque exheredat, legatum forte ei adscribit, ex quo probatur eum non ignorasse filium se habere cum ei legatum adscripserit. hoc casu silentium militis pro exheredatione habetur, pater miles & silentio filium exheredat, vti vult, vel nominatim. Sed

Cod,

si forte ignoret miles sibi esse filium, vt si quem habeat filium, falso rumore perlato crediderit esse mortuum, eumque neque instituerit neque exheredauerit, tunc eadem est causa militis & pagani, id est, filius militis pro præterito habetur, & testamentum militis ipso iure nullum est, quia scilicet non habuit animum exheredandi eum, quem existimauit non esse in rebus humanis. Et inde plane hodie sine controuersia & difficultate dirimi potest quæstio illa, quam apud centumuiros fuisse tractatam, M. Tul. Cic. *refert 1. de Oratore.* De morte filiifamil. militis ab exercitu venit falsus nuntius, & pater eius re credita testamentum mutauit, in quo eum filium heredem scripserat, & quem ei visum fuit heredem fecit, ac deinde mortuus est pater. Post mortem patris filius reuenit domum, quæritur an tanquam exheredatus possit iure agere in hereditatem paternam? Res est explicatu facillima hodie, vt possit lege agere in hereditatem paternam vt præteritus, quod ipso iure nullum sit testamentum, quod pater fecit, non exheredatus: quia exheredatus non videtur, quem omisit pater, cum ignoraret eum filium sibi superesse quem crederet mortuum, *l. 9. & 10. hoc tit.* illa species est de filiofamilias milite, & patre eodemque testatore pagano, qui in ciuitate manserat. Sed id etiam obtinet in patre milite eodemque testatore, cum falso nuntio perlato filium crediderit esse mortuum, & secundum eam speciem, quam ille refert, filiusfamilias miles potuit exheredari a patre, quod tamen aliquando edicto proposito vetuit Augustus, quod est nouum valde, ne quis filiumfamil. militem dantem operam Reipubl. exheredaret. Sed postea sublatum fuit edictum Augusti, *l. filiusfamil. de lib. & postumis.* Pergamus: Etiam inuenio paganum non iure libertatem dare, aut non iure a pagano libertatem datam videri suo seruo, quod legauerit quasi liberto, puta hoc modo: Sticho liberto meo centum do, lego. Neque valet libertas, quia non est relicta verbis directis & solemnibus, neque legatum, quia seruo proprio sine libertate legatur inutiliter. At si pareat militis animum fuisse dandæ libertatis directæ etiam illis verbis, Sticho liberto meo centum do, lego, competet militis seruo directa libertas, quæ est sententia *l. 7. hoc tit.* Et ita etiam testamento militis data libertas ante heredis institutionem valebat, vt scribit Vlpian. *lib. regul. tit. 1.* Neque tamen valebat data a pagano ante heredis institutionem, ante Iustinianum *§. ante hered. Instit. de leg.* Et vt magis intelligatur quantum possit vltima voluntas militis qualis qualis, obseruemus *ex l. 12. hoc tit.* legata a milite relicta vel fideicommissa deducto ære alieno deberi: Nam ex testamento militis legata aut fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno. Legata vel fideicommissa delibant puram substantiam defuncti, non onustam ære alieno. Legata inquam, vel fideicommissa relicta in testamento militis soluuntur integra & illibata sine deminutione Falcidiæ ex voluntate testatoris. L. Falcidia est contra voluntatem pagani, non contra voluntatem militis, *l. 3. ad l. Falcid.* Igitur si miles voluit rem solidam præstari, etiamsi ei interueniat ratio Falcidiæ, solida præstabitur, nec imminuta. Denique lex Falcidia non pertinet ad testamentum militis *l. 12.* Neque tamen testamenta militum sunt soluta omnibus legibus. Omnia licent militibus in suis supremis voluntatibus. Nam & L. Ælia Sentia pertinet ad testamentum militum, quæ vetat minorem viginti annis iustam libertatem seruo tribuere in testamento, id est, ciuitate donare Hæc lex non est remissa militibus, *l. 4. hoc tit. l. si a milite §. 1. de milit. testamento.* Non est etiam remissa lex Fusia vel quæ alia lex quæ impediat libertates. Non est etiam illud militi remissum, vt in eius testamento scriptura captatoria valeat, *l. 11. hoc tit.* vt si miles sic heredem scripserit: Qua ex parte Lucius Titius me heredem faciet, ex ea Lucius Titius mihi heres esto. Nulla est illa

institutio, quia est hamata, quæ expiscatur hereditatem alienam potius, quam offert suam. Offert suam hereditatem in hamo. Et ita eleganter ait lex 11. nec captatorias institutiones in testamento militis admitti. Nec captatoria igitur legata vel captatorias quascunque scripturas, quæ indignissimæ sint ingenuo & libero homine. Illud etiam multum est, quod tribuit *lex 6. hoc tit.* a quo longissime absunt pagani, vt miles possit extraneo heredi scripto, vel filio puberi directo substituere in secundum casum, hoc modo: *Ille mihi heres esto & si mihi heres exstiterit*, (hic est secundus casus substitutionis, nempe casus adquisitæ hereditatis; primus casus substitutionis est casus non adquisitæ hereditatis, id est, *Si heres non exstiterit.*) Ergo recte substituet hoc modo: Ille mihi heres esto, & si mihi heres erit, & postea vita decesserit, Caius Seius mihi heres esto, valebit substitutio ita facta a milite iure directo, quæ in pagano non valet. Nam nemo paganus dat heredem ei, qui sibi potest facere heredem. Non potest igitur nisi pupillo. Pupillus enim non potest sibi facere heredem. Igitur pupillo pater facit heredem. Quæ substitutio pupillaris dicitur, siue testamentum pupillare. Puberi autem filio siue extraneo nemo facit heredem iure directo, sed vnusquisque sibi. Excipitur miles tantum, qui ei, quem facit heredem, testamentum facit in secundum casum, vt dixi, si heres ei exstiterit, & vita decesserit. Et illud erat valde nouum ante Iustinianum, id est, ante *l. vlt. hoc tit.* vt posset impubes & pupillus tribunus militum testamentum facere. Nam & sæpissime nobilissimi pueri ad tribunatum militum promouebantur, vt fit etiam hodie, vt fit dux vel Imperat. exercitus Princeps puer, & admodum impubes: ab eximia & excellenti virtute, vt M. Tull. ait in Philip. non exspectari progressum ætatis. Et Plin. in Epist. ab optima indole non exigi numerum annorum. Et consequenter Papin. *in l. penult. de decurionibus*, ad decurionis honorem non peruenire minores 25. annorum natu, nisi dignitas oris, ex qua sæpe deprehenditur bona indoles, certam spem faciat honoris, vt Princeps ei adolescenti permotus dignitate oris indulgeat honorem decurionatus, non expleta iusta ætate. Quod potest aptari hodie ad pleraque negotia, dum nimis exacte a præclaris adolescentibus exigitur numerus annorum, dum summo iure, cum excellentia & eximia virtute agitur & stirpe præclara. Inuenio tamen aliquando constituisse D. Adrian. ne quis impubes fieret tribunus militum. Valerian. apud Vopiscum in Probo: *Miraris*, inquit, *quod ego imberbem, tribunum fecerim contra constitutum D. Adriani.* Et de Adriano Spartian. *Nullum*, inquit, *Adrian. tribunum nisi plena barba fecit, aut eius ætatis qua prudentia tribunatus robur impleret.* At si quando creatus sit tribunus impubes ei ante Iustinianum ius erat faciendi testamenti. Quapropter huic pupillo pater non poterat facere pupillarem substitutionem. Illud non est omittendum, male vulgo quosdam confundere milites cum nobilibus. Nam & plebeii quidam sunt milites, & nobiles plerique neque sunt milites, neque fuere vnquam. Milites sunt qui in numeros relati sunt, qui stipendia merent, & in expeditione degunt. Nobiles sunt, quorum maiores feudum a principe seu beneficium acceperunt cum onere militiæ. Nobilitati quidem adnexum est onus militiæ, sed non sunt milites nisi quamdiu in expeditione sunt occupati, & testamenta eorum ad priuilegium militum non pertinent. Etiam vehementer errant qui arbitrantur id tantum testamentum valere iure militari, quod quis fecerit in procinctu sine libra atque tabulis, in acie, in hostico vt loquuntur: Nam etiam quod quis fecit in expeditione, in castris, in fossato, in hostico, citra aciem, citra belli discrimen, atque conflictum vel quod quis fecit in hybernis, vel statiuis, in præsidiis, placet valere iure militari. Alioquin nihil distaret paganus a milite? Nam & paganus in pro-

A cinctu, si forte fuerit casu quodam in acie, in hostico, quoquomodo testam. fecerit, eius testamentum valet, etiamsi in puluere expresserit vltimam suam voluntatem, in extrema mortis trepidatione, *l. vlt. de milit. test.* Eadem ratione, quod tunc temporis pene intermortua est memoria legum & memoria cæterarum disciplinarum, *vt ait Xenoph. in Cyri adolescentia:* & tam repente etiam a pagano in procinctu, in acie, in hostico iuris vtilitas a peritis depromi non potest. Igitur quoquomodo fecerit testamentum valet, & ideo ratum erit, perinde ac si a milite factum esset, *d. l. vlt.* Sed dicamus militem (quod ius non habet paganus) posse etiam in expeditione, in castris, in hybernis, in præsidiis, in statiuis testament. iure militari facere. Nec moueamur eo, quod scriptum est in *Instit. de mil. testam.* militem
B in sedibus suis debere iure communi testari, testament. quod fecerit in sedibus suis non valere iure militari. Nam male interpretantur illo loco sedes, statiua, & malim ædes, vt recte in *l. vlt. sup. de testam. mil. in sedibus suis.* & Basilica habent οἴκοις ἰδίοις, *in propriis ædibus*, aut certe idem est in sedibus & in ædibus, vt *l. 2. Cod. Theod. de domest.* Et quod in eo loco Institutionum Theophilus sedes interpretatur σέδετα siue dicas, vt Suidas, sedeta esse fossata, id est, castra, siue dicas esse statiua, vt *l. 16. sup. de Episcop. audient.* verum est in statiuis militem posse iure militari testari, non etiam in ædibus suis, cum non est occupatus circa res bellicas.



C

AD TITVLVM XXII.

Qui testamentum facere possunt vel non.



Xplicato iure singulari quod in testamento militis obseruatur, transit ad ordinem iusque commune, id est, ad regulas iuris ciuilis, secundum quas pagani testari debent. Et quia in omni tractatu semper prior est quæstio vel inspectio de personis quam de solemnitate iuris, vt in *l. quidam referunt, de iure codicill. l. 4. Qui testament. fac. poss.* Ideo hoc tit. in primis declarat, qui habeant testamenti factionem. Pendet hæc res omnis ex l. 12. tabul. in quibus ita scriptum est,
D *Paterf. vti legassit super pecunia tutelaue sua, ita ius esto.* Sine qua lege non potuisset ciuis Romanus testamentum facere. legis est dare vel adimere testamenti factionem. Quoniam testamentum est veluti lex quædam, quæ posteritati dicitur, quam dicere non est priuati vllius, nisi dicendi lex fecerit potestatem. Hoc est quod dicitur, testamenti factionem, id est, ius potestatemque testandi esse iuris publici, non iuris priuati. Neque enim ex pactione priuatorum habiturus est is testamenti factionem, cui lex ademit, neque etiam ex patris voluntate contra præscriptum *l. 12. tab.* & sic ex voluntate priuati hominis non poterit filiusfamil. facere testamentum, *l. 6. qui testam. fac. poss.* Et similiter ex voluntate patroni libertus non est habiturus liberam testa-
E menti factionem contra præcepta legum, quæ libertos obligant muneribus, donis & testamentis. Quintilian. ait in declamat. 4. libertos debere patronis dona, munera, testamentum, quod scilicet non possint liberti patronos in suis testamentis præterire & prætermittere, etiamsi patroni liberam testamenti factionem eis permiserint. Quoniam non est priuati hominis dare liberam testamenti factionem, sed legis aut Principis, qui viua lex est, *l. etiam, l. Paulus respond. §. patroni, de bon. liber.* Ergo lege opus fuit quæ nominatim daret ciuibus Rom. testam. factionem, tam actiuam quam passiuam. Nam vt dictionis testimonii, ita testamenti factionis duplex est significatio, actiua & passiua. Ait ergo *l. 12. tab. paterf. vti legassit super pecunia tutelaue sua*, vt est scriptum in Florent. *l. sæpe, de verb. signif.* vt in loco Virg. *O mihi*

sola mei super Astyanactis imago. Sic super pecuniæ tutelæue suæ, siue quod breuius est, *suæ rei*, *l. verbis*, *de ver. sign.* Ergo secundum verba legis non potest quis testam. facere de aliena re vel pecunia. Non potest etiam alieno filio tutorem dare, sed moribus tantum hoc receptum est, vt pater possit facere testam. de re filii sui impuberis, quem habet vel habiturus est post mortem suam, si eum habeat in potestate, quæ dicitur substitutio pupillaris. Excepto igitur hoc casu, nemo potest testari de pecunia aliena, sed de sua, *l. conficiuntur §. si post, de iur. codicill.* Et respicit ad verba *l. 12. tab.* dum ait, de pecunia sua esse facultatem testandi, *l. testandi tit. seq. l. cum pater §. mando, D. de leg. 2.* Inde vero oritur quæstio l. 1. quod non animaduertitur, & erat facillimum animaduertere, an testam. factionem habeat is qui quidquid habet, id habet commune cum fratre vel B sorore vel extraneo? Nihil refert, quia scilicet res pecuniaue communis proprie pecunia sua non est, *l. illud dubit. de rit. nup.* Sed vt ostendit *l. 1* placet in *l. 12. tab.* suam pecuniam appellari etiam eam, quæ communis sit cum alio, vt scilicet super ea possit testam. facere pro sua parte. Igitur vt in multis partibus iuris sæpe quæritur, an quod commune est tuum vel meum sit, quemadmodum indicat *l. 1.* etiam in l. 12. tab. circa illa verba, *pecuniæ suæ*, in quæstionem deductum est, an pecunia communis esset sua, quod definit l. 1. Præterea obseruandum est l. 12. tab. loqui de patref. vt refertur a Cornificio & Cicerone, qui præponunt illud verbum *paterfam.* Ex quo intelligitur filiumf. non habere testam. factionem *l. 3. hoc tit.* Et sane filiusf. non habet testam. factionem super bonis profectitiis, quod est cer- C tissimum, quoniam ea bona nullo iure pertinent ad filiumf. sed pleno iure sunt patris, in cuius potestate est. Verum constat etiam filiumf. non posse testam. facere super bonis aduentitiis, tametsi horum proprietas nuda hodie pertineat ad filiumfam. & quibusdam casibus etiam proprietas plena, non deducto vsufructu. Ergo indistincte nec super bonis aduentitiis suis propriis filiusfam. testam. facere potest, sed mortuo eo reuertuntur ad patrem si viuat iure peculii, id est, tanquam peculium, non tanquam hereditas. Atque ita fit, vt quis non testetur de re propria, de pecunia sua, quod non satis sit suam esse pecuniam, nisi etiam paterf. sit qui testam. facit secund. verba *l. 12. tab.* Et hoc ostenditur in *l. Imp. ad SC. Trebel. l. vlt. §. filiis, inf. de bonis quæ lib. l. pen. h. tit.* Et vt ante dixi de iis bonis filiusfam. ne D auctore quidem patre testari potest, qui tamen potest donare auctore patre etiam mortis causa, *l. tam is §. 1. de mort. caus. don. l. 9. §. pen. l. filiusf. de don.* Videlicet si pater ei permiserit donare rem peculiarem, non vtique si ei permiserit liberam peculii administrationem. Neque enim intelligitur ei permisisse donationem, nisi forte Senator sit, quod Senatorum sit de suo largiri, & sæpe in vulgus suam pecuniam spargere, *d. l. filiusf.* Et similiter auctore patre quidlibet ex peculio profectitio vel aduentitio filiusf. Deo deuouere potest, *l. 2. de pollicit.* Nec alia ratio differentiæ est inter testam. aut donationem aut votum, quam quod de testam. lex scripta sit patrif. tantum, de donationibus cuilibet sit scripta, non soli patrifamil. Et quod testam. non possit fie- E ri per alium, *l. illa institutio, de her. inst.* Donare autem quis potest & vouere per alium. Quid ni? Filiofam. donante vel vouente auctore patre, iussu aut voluntate patris, ipse paterfamil. qui eum habet in potestate donare aut vouere videtur, non filiusfam. Et tamen non possit filiofam. testam. faciente pater videri ipse testam. facere. Quia nunquam fit test. per alium. At facile videri potest pater donante filiofam. suo permissu, ipse potius donare, quam filius, *d. l. 9. §. pen.* Sicut etiam filio manumittente seruum peculiarem iussu aut voluntate patris, forte patre, cæco, muto, aut surdo, nequeunte exsequi solemnia manumissionis, *l. 10. de ma-*

A *num. vin.* ipse pater videtur eum seruum manumittere. Nam etsi non liceat manumittere per procuratorem, & dare iustam libertatem, tamen licet manumittere per filium eum seruum, quem habet in quasi patrimonio, id est, in peculio. Cæterum manumissus ab ipso patre videtur potius quam a filio, *l. si quis hac lege §. 1. Qui & a quib. man. lib. l. 51. de rit. nup.* Summa igitur hæc sit: filiumfam. ne volente quidem patre super profectitio aut aduentitio peculio testam. facere posse. At potest tamen facere testamen. super peculio castrensi vel quasi. Cur ita? Quia constitutiones Principum hoc fieri permiserunt & leges. Legis est aut constitutionis dare liberam testamenti factionem, & posset etiam dare de profectitio & aduentitio peculio testamenti factionem, sed eam non dedit. Et hoc quidem de filiof. notandum est, l. 12. tab. quæ loquitur de patref. non esse dubitandum, quin exigat vt is paterf. sit pubes. Nam cum testam. nihil aliud sit quam vltimum iudicium, quod de rerum suarum diuisione defunctus facit, & nullum sit iudicium impuberis, perspicuum est legem non dedisse impuberi testamenti factionem. Et ita in *§. præterea, Inst. quibus non est permiss. fac test.* impuberes non posse condere vltimum iudicium siue facere testam. quod nullum animi iudicium habeant. Ratio est ducta a nomine. Impubes nullum iudicium animi habet. Ergo vltimum iudicium condere non potest, vt similiter in *l. cum prætor §. pen. de iud.* Impubes iudex esse non potest, quia iudicio caret. Est ratio ducta a nomine. Duplex est iudicium *vt Gal. docuit lib. de hist. Philos.* Hoc animi iudicium impubes non habet, vt possit discernere ea, quæ sunt, & quæ non sunt, & qua ratione quoue modo dignoscenda sunt, quod vtique necessarium est in testatoribus. Et addendum ex lege 4. *h. tit.* pubertatem quam exigimus in testatore, hodie sine vlla controuersia æstimari ex annis 14. in mare, in fœmina ex annis 12. quod sciunt omnes. Quæstio fuit olim centumuiralis, pubertas annis an habitu corporis æstimaretur. Fabius auctor est fuisse centumuiralem quæstionem. Hodie definita est illa quæstio, vt pubertas æstimetur ex annis, non ex habitu corporis, non ex aspectu necessariæ partis, vt olim, Aristophanes in Vespis *& Plato 11. de legib.* Et ita *Quintilianus 279. declam.* cum quæreretur de ætate pueri: *Puerum*, inquit, *nudari & in conspectu iudicis constitui iussit pater.* Is fuit olim mos, quem abrogat lex 4. *h. tit.* Et statim subiicitur *l. 5.* quæ vult, vt etiam spadones cæterorum exemplo testamenta faciant, vt igitur ab ea ætate qua solent alii testamenta facere, faciant. Et quod obseruandum, notat *l. 5.* tria genera vltimorum iudiciorum, testamentum, codicillos, & vltimum iudicium; vltimum iudicium vocatur epistola fideicommissaria vt *l. 7.* quæ est supplementum codicillorum, in *l. cum quis §. pater, l. vxorem §. 1. de leg. 3.* Sicut codicillus est supplementum testamenti, codicillus est iusta sententia defuncti de rei familiaris suæ diuisione, quæ obtinebat post mortem, epistola fideicommiss. est supplementum codicilli. Vt ergo voluntatem suam vltimam exponant spadones exemplo ceterorum omnium: ab ea ætate igitur, quam ante præscripsi. quærunt quæ fuerit in spadonibus ratio dubitandi. Sumunt ex 3. Sent. Pauli, quod dicat, spadones facere testamentum plena pubertate, id est, anno 18. Inde quæri poterat, an in spadonibus exigerentur 18. anni. Sed Imperat. definit vt sufficiant 14. Nunquam spadonibus fuit adempta testamenti factio, *l. 6. de lib. & post.* Sed in dubio fuit, a qua ætate possent facere testamentum. Sed videmur rationem posse nos dubitandi ducere ex eo quod fuit olim institutum de Eunomianis hæreticis, qui plerumque solebant sibi exsecare virum, & iis modo Impp. dederunt, modo ademerunt testamenti factionem *l. Eunomiani spadones, & l. 23. 27. & 31. C. Theod. de hæret.* Hæc lex videtur eis hæreticis permittere liberam testa-

menti factionem, & magis sequi eos Imp. qui dice- A bant non esse adimendam Eunomianis spadonibus testam. factionem. Et potest etiam meo iudicio propius ad rem, quam intuetur constitutio *l.* 5. duci dubitatio ex eo quod est constitutum de præpositis sacri cubiculi Principis, qui erant spadones, vt scitis, Et ex hac constit. & ex *l.* 2. quæ habet eandem subscriptionem & inscriptionem *inf. de priuil. eorum qui in sacro palat.* & *l.* 2. *inf. de præpos. sacri cubic. lib.* 10. Cubicularii omnes Principis habent liberam testamenti factionem, licet a dominis oblati sint cubiculo Principis. Nam seruus spado statim atque a domino suo offertur cubiculo principis, non liber tantum, sed & ingenuus fit, & adipiscitur liberam testamenti factionem, vel etiamsi sit filiusfam. non liberatur quidem potestate patris, sed de iis, quæ adquirit in palatio Principis, libere potest testari, vt de castrensi peculio ex iis constitutionibus. Et B quoniam incidit sermo de spadonibus, addam aliquid quod est proprium huic sedi (iuris canonici auditorio) non esse contemnendum quod est in cap. 5. *de corpore vitiatis ordinandis, vel non* Cum regulariter sacerdotes aut eos qui aspirant ad sacerdotium oporteat omni ex parte esse integros, vt Ioseph. ait *lib.* 1. *de bello Iudaico,* dum scribit, Antigonum Lucano cuidam cum dentibus præcidisse aures, vt nunquam posset peruenire ad sacerdotium, quia non integri non sunt idonei sacerdotio, quod lex Iudaica vetus instituit, vt intelligeretur, nihil nisi quod esset sincerum & integrum, mentem non nisi sinceram & integram Deo offerendam esse. Et certatim Canones volunt idem seruari etiam hodie, vt nemo perueniat ad sacerdotium, nisi sit integer C ex omni parte. Quod etiam inuenio Romulum cauisse, aut Numam de suis sacerdotibus apud Dionys. Halicarnas. Cæterum vt est in *d. c.* non excluditur aut non eiicitur sacerdotio, qui propter eminentem elephantiasin, id est, lepram, Arnobio, vitiliginem, sibi exsecuit virilitatem, propterea quod sane constat eo morbo nunquam corripi eum, qui sibi virum exsecuerit. Auctor est Aëtius *l.* 13. *c.* 125. Cætera quæ sunt in h. tit. essem insuauis, si tractarem, quoniam vnusquisque ea potest percipere lectione. Nihil dicam de muto, surdo ita nato, itaue facto, quorum testamenta *l. antepen.* vult non esse iusta, si fiant per nuncupationem, & vult omnino ea fieri per scripturam. Et notandum tamen ad d. l. antepen. ex *l.* 29. *tit. seq.* Mutum nescientem literas, vt ait, mortuo esse similem, nec posse igitur facere D testamentum. Etiam non est omittenda diligentia quam vult Iust. Imp. *l. hac consultiss. hoc tit.* adhiberi in testamento eius qui cœcus est, & oculis orbatus, vt. scilicet faciat testamentum per nuncupationem, quod non possit facere per scripturam adhibitis 7. testibus quot solent adhiberi etiam in aliorum testam. vel si faciat codicillos adhibitis 5. testibus quod est supplendum *ad d. l. hac consultiss.* Et adhibito tabulario qui scribat testam. & excipiat quæ cœcus lingua nuncupauit, vel etiam tabulario recitante testam. cœci, quod alter scripserit dictante cœco. Denique adhibetur tabularius vt scribat testam. coram 7. testib. vel recitet quod recepit alius. Item vt testes subscribant atque obsignent testam. vel si copia non sit tabularii, vt adhibeatur octauus te- E stis in testam. vel sextus in codicillis, qui vicem suppleat tabularii, & scribat vel recitet testament. cœci. Et præterea quorum magna pars seruatur, vult vt cœcus palam edicat quamobrem eos testes conuocauerit, & tabularium, & palam nuncupet nomen heredis, & non tantum nomen heredis, sed etiam dignitatem, *la qualité*, & notas demonstrationis velut a colore, rufum illum, vel simum illum, aut claudum, ne vlla, inquit, sit ambiguitas in persona heredis. Et hæc omnia vult peragi vno loco, vnoque tempore, quod vvlgo dicitur, vno contextu.

AD TITVLVM XXIII.

De testamentis, & quemadmodum testamenta ordinentur

VEnio ad explicationem *tit.* 23. *de testam. & quemadmodum test. ordin.* De testam. id est, de variis generibus testam. quæ in hoc tit. proponuntur, deque testam. aperiendis & publicandis, & quemadmodum testam. ordinentur, id est, de solemnitatibus & regulis iuris quæ in testam. obseruantur diligenter & accurate, vt rata sint ea testam. quæ scilicet quis facere instituit iure modoque legitimo, iure solemni. Nam & hæc solemnia iuris in hoc t. explicantur. Sunt autem hæ duæ inspectiones ita coniunctæ inuicem atque connexæ, vt simul explicari possint & debeant, Igitur dicendum nobis est de vnoquoque genere testamenti, & quæ in vnoquoque solemnia iuris exigantur. Principale autem genus testam. est quod Græci dixere μυστικόν, id est, *arcanum*, cuius tenorem neque testes sciunt & signatores testam. neque alius quam testator ipse qui testam. scripsit, vel is cui testator scribendum testam. dictauit. Nam id nunquam fuit exactum a testatore, vt testam. suo proprio chirographo scriberet, quia potuere semper testatores per testamentarium scribere testam. Testamentarium dicimus scriptorem alieni testam. qui & ennomio dicitur in glossis antiquorum. Et de hoc quidem genere testam. est *l. h. consultiss. hoc tit.* qua nulla est celebrior in h. tit. nec maioris momenti. Itaque impellor, vt ab interpretatione potissimum eius legis incipiam. Et ab eo igitur genere testam. quod facio primum & præcipuum, quod dicitur mysticum. Qui vult secretam esse suam vltimam voluntatem, nec innotescere testibus vel aliis, debet offerre testam. clausum testibus & pertusum, siue perforatum ad mediam marginis partem ter lino per foramina traiecto, vt cautum SC. Neroniano Suet. scribit. Clausum igitur & pertusum in summa marginis ad mediam partem triplici lino per foramina traiecto, vt supra linum testes signa sua imprimant, & subscribant hoc modo, annotato nomine suo & nomine testatoris: Caius Seius Lucii Titii testam. obsignaui. Imprimit quisque suum signum supra linum, deinde ita subscribit: Caius Seius L. Tit. testam. obsignaui, *l. ad testium* §. *si quis ex test. l. pen. Qui testam. fac. poss.* vel etiam vt constat ex *d. l. ad test.* §. *vlt.* testator offert tabulas test. inuolutas linteo, quod illo loco Græci admodum singulariter vocant πανίον, vt scilicet sub linteo testes sua signa imponant & subscribant, vt dixi supra. Et ita interioris scripturæ fidem seruat exterior scriptura testium, vt eleganter ait Paul. *l.* 5. *Sent. ad l. Corn. test.* Testes autem rogari oportet, vt sciant in cuius rei causam veniant *in conspectu testatoris*, id est, ad testimonium perhibendum. Et vbi venerint vt signent testam. testatore tenente testam. clausum, & ita dicente: L. Titius hoc meum testam. scripsi, vel L. Tit. hoc meum testam. Caio Seio scribendum dictaui. Rogo vos Quirites, vt vestris signis obsignetis, nominaque vestra subscribatis. Rogandos esse testes nominatim ait lex *hac consultiss. h. tit. & l. heredes* §. *pen. Qui test. facere poss. & l. vlt. in fin. inf. de codicil.* Rogandos, inquam, in testam. non in codicillis, in quibus etiam fortuiti testes adhibentur, non eius rei causa accersiti specialiter, aut vocati. Si adhibeantur fortuiti testes in testam. iniustum est testam. quod in eo hæc solemnitas desit, & oportet seruari ad vnguem omnia, quæ ll. seruari præcipiunt in faciendo testam. Itemque testes non minus 7. adhiberi oportet, ne qua fraus fiat: Nam si vel vnus testis defuerit, si 6. tantum adhibiti fuerint, iniustum est testam. Quinimo exiguntur oculati testes septem, qui exigebantur in omnibus fere

fere actibus legitimis, vt in diuortiis, *l. nullum, de diuort.* ne tot interuenientibus teſtibus mutaretur fides teſtam. vel de ea dubitaret quiſquam. Teſtes inquam oculatos 7. interuenire oportet, eoſque puberes & ciues Romanos, vt ait *l. hac conſult.* 21. *hoc tit.* Quamobrem qui adhibentur ſignandis teſtam. vt Feſtus ſcribit, appellati ſunt claſſici teſtes, quia ciues Rom. olim omnes omnino in claſſe aliqua cenſebantur. Denique claſſici teſtes ſunt proprie teſtamentarij teſtes. Hos omnino adhiberi oportet puberes & ciues Rom. vt igitur teſtatorem oportet eſſe ciuem Rom. ita teſtes & ſignatores ciues Rom. Hoc negotium tantum peragitur inter ciues Roman. & cum ciuibus. Rom. quod & quiſque ad ciues ſuæ patriæ referre poteſt. Et vt hoc loco interpretemur ſententiam *l.* 1. *hoc tit.* inuenio teſtes adhibitos teſtam. ex eo haberi pro idoneis, etiamſi ſerui fuerint vel peregrini, modo teſtam. faciendi tempore omnium conſenſu ciuium Rom. loco habiti ſint, & habeantur etiam hodie prolato teſtam. nemine faciente eis controuerſiam ſtatus. Nec enim prolato teſtam. ſi nemo faciat teſtibus controuerſiam ſtatus, admodum quærimus teſtes ne ciues Rom. fuerint, nec ne. Præſumptio facit pro eo qui eſt in poſſ. libertatis, & vbique non exſiſtente aduerſario, vel etiam exſiſtente, cuius par ſit conditio, potior ſemper eſt conditio poſſeſſ. quæ eſt ſententia *l.* 1. Et ita etiam prolato teſtam. ſi heredibus inſtituendis nemo faciat controuerſiam ſtatus, non quærimus ſollicitius heredes ſcripti ciues Romani ſint, nec ne, quod omnino vult lex *milites, ſup. de teſtam. milit.* in illo loco: *nec vxorum aut filiorum eorum meritum aut libertas dignitaſue quæratur.* Videlicet nullo exſiſtente aduerſario, qui vel eos adſerat eſſe ſeruos, vel indignos hereditate defuncti. Ergo ſatis eſt ſi teſtibus teſtam. adhibitis nemo faciat controuerſiam ſtatus. Si quis enim faceret controuerſiam ſtatus & vinceret præiudicio, corrueret teſtam. per cauſam non idoneorum teſtium. Pergamus porro: teſtes qui adhibentur ad teſtam. ſignanda & ſubſcribenda, venire vocati debent in conſpectum teſtatoris, & conuenire ſimul, ſignare & ſubſcribere ſimul, vno eodemque tempore, nullo actu interueniente, vt ait *l. h. conſult.* .i. nullo actu ſuperfluo. Quæ verba (*nullo actu interueniente*) quæ ſunt in *l. hac conſult.* Iuſt. ita interpretatur in *l. cum antiquitas, hoc tit.* vt non quilibet actus qui intermiſcetur conturbet teſtam. factionem, puta ſi interimdum quis offert ſuum teſtam. teſtibus exigitque eorum ſigna & ſubſcriptiones, forte ægrotanti teſtatori offeratur medicamentum, vel ſi quid aliud interueniat, quod natura neceſſario requirat, vel etiam ſi quis ex teſtibus corripiatur comitiali morbo, non dirimit comitialis morbus teſtam. fact. ſed aliquantiſper is teſtis ſeducitur, moxque eo languore finito reducitur, vt vel ipſe ſcribat & obſignet teſt, vel adſit cæteris qui nondum ſignarunt. Fortuiti caſus qui intermiſcentur non vitiant, ſed alii actus, qui vel a teſtatore ipſo vel teſtibus extra rem de qua agitur accerſuntur paulatim intermiſſo eo negotio cuius cauſa conuenerunt. Eſt apertiſſima interpretatio Iuſt. Igitur adhibita interpretatione dicendum, verum eſſe quod ait *l. h. conſult.* teſtes ſimul conuenire omnes & ſubſcribere vno eodemque tempore, non vno eodemque die, ſed vno eodemque tempore, vna eademque hora, non diuerſa, *l. 8. ſup. tit. prox. l. 12. h.t. Ex Nou. 2. Val. de teſtam.* valet teſtam. etiamſi teſtes id ſignauerint horis diuerſis, non ſimul eadem hora momentoue. Sed eo iure non vtimur. Nam omnes conſtit. *hoc tit.* volunt, vt vno eodemque tempore teſtes ſignent & nomina ſua ſubſcribant. Excipitur in *l. 8. hoc tit*, vnus caſus, qui eſt ſatis difficilis explicatu. Si contagione cuiuſdam teſtis vel forte teſtatoris, alii teſtes metuant ſibi malum, caſus maior, inquit, & nouus .i. vis diuina, quæ poteſt contagionem adferre, ſi quis ad eam accedat, vel ad eos potius, qui ea corripiuntur, is metus contagionis hoc

A remittit ex ſolemnibus teſtam. ne vno eodemque tempore coeant, ſed alii poſt alios veniant, ſubſcribant atque ſubſignent. valde laborant in ponenda ſpecie certa. Et vulgo ponitur exemplum in comitiali morbo, in epilepſia, qua corripitur teſtator vel teſtis quidam, qui tamen morbus non eſt habitus pro contagioſo. Et *l.* 8. de contagionis metu eſt. Græci aliter accipiunt verba *l.* 8. vt ſi peſte, vel alio morbo contagioſo laboret teſtator, teſtes non cogantur in eius conſpectum venire, ſed vt ſeorſim a teſtatore teſtamentum obſignent. Quod quidem habet rationem, ſed nullo modo conuenit verbis legis, quæ dicit, teſtes ipſos, ſi morbo contagioſo fuerint oppreſſi eo tempore, quo dant operam in obſignando teſtam. eos non ſociari, non iungi aliis, vt ait. Et videtur ergo hæc potius ſententia *l.* 8. vt ſi, dum huic B rei impenditur opera, forte contingat eo tempore, quo graſſabatur peſtis in præſentia cæterorum, aliquem ex teſtibus eo morbo corripi, ita vt mox cæteri teſtes deterreantur, vt is teſtis ſeiungatur mox, & ſegregetur a cæteris, & nihilominus vt ratum ſit teſtam. licet ille teſtis ſeorſim ſignauerit propter caſum maioris neceſſitatis & horrorem cæterorum teſtium. Etiam excipere nos oportet *l. 9. hoc tit.* quod ex ſolemnibus teſtam. ſpeciale priuilegium patriæ teſtatoris, aut ſane mores remittunt, veluti vt eſt ſpecies huius legis, ſi ſpeciale priuilegium patriæ teſtatoris, vel etiamſi mos ſit, vt non ſit neceſſe omnes teſtes venire in conſpectum teſtatoris, ſed vt poſſint ſinguli ſeorſim a teſtatore ſignare teſtam. Ex quo loco intelligitur manifeſte contra diſtinctiones, quas introduxere interpretes noſtri alienas non minus quam alienus eſt locus in quo ea de re C tractauere, id eſt, in *l. 1. ſup. de ſum. trinit. & fide cathol.* Intelligimus inquam, in faciendo teſtam. priuilegium & morem patriæ teſtatoris ſpectari oportere, non ſitum bonorum. Nam ſola poſſeſſio bonorum non creat mihi patriam. Si poſſideo prædium in hac vrbe, hæc vrbs non eſt ideo mea, niſi in ea poſui domicilium, quod oſtendit *l. libertus §. ſolam poſſ. ad municip.* Solam poſſ. nec ciuem facere, nec incolam. Ergo in ſeruandis ſolemnibus teſtam. non ſpectabo ſitum bonorum, vt pro vario ſitu bonorum etiam varia ſolemnia obſeruentur, variiue mores in exſequenda defuncti voluntate. Sed ſpectabo tantum morem & priuilegium patriæ teſtatoris. Ambiguum eſt nomen patriæ. Nam alia eſt patria originis, alia domicilii. quam patriam ſpectabo? Et quamuis magis proprie patria nobis ſit ea, vnde orti ſu- D mus, quaſi deducto nomine a patre, vt indicat *l. 1. ſup. qui petant tut.* tamen æquius eſt in teſtamentis faciendis ſpectari eam patriam, in qua domicilio poſito facta conſtitutione rerum noſtrarum diem obire decernimus, & hanc legem Iſocrates teſtis eſt fuiſſe Æginetarum in Æginetico: vt ſcilicet lex eius patriæ ſeruetur, in qua quis domicilium fixit, in quam tranſmigrauit relicta patria originis. Et iam inuenio in numero teſtium, qui ſunt adhibendi ad ſignanda teſtamenta plurimum poſſe mores cuiuſque prouinciæ. Tholoſæ ſufficiunt duo teſtes & tabellio. Græci ſcribunt ad *l. 2. vnde liberi*, hunc morem fuiſſe in Oriente, vt ſufficiant quinque teſtes, maxime ruri. Inuenies etiam in *l. vlt. h. tit.* nominatim eſſe ſcriptum antiquam ruſticanorum conſue- E tudinem vicem legis obtinere, qui tamen adhibent certum modum. Sed vt cætera perſequamur quæ ſunt in *l. hac conſult. ff.* quam dixi eſſe veluti arcē h. tit. ea exigit, vt teſtator in reliqua parte teſtam. in ima vel exteriori parte teſtam. quod clauſum aut linteo inuolutum obtulit teſtibus præſentibus idem manu propria ſubſcribat hoc fere modo: L. *Titius huic teſtam. meo ſubſcripſi.* Hoc etiam eſſe ex ſolemnibus teſtam. lex ait & ex ſolemnibus iuris antiqui, vt opinor, quandoquidem inuenio in *l. 6. §. 1. de iure codic.* ad differentiam teſtamentorum poſſe, quem plures codicillos facere, cum tamen non poſſit quis plura teſtam. facere quæ omnia

vires obtineant. Et subiicit etiam codicillos valere neque subscriptos, neque signatos manu testatoris. Cur hoc subiicit? Nisi ad differentiam testam. in quo necessaria est subscriptio testatoris, vel etiam vt constitutio addit, si sit illiteratus testator, subscriptio octaui testis requiritur qui subscribat hoc modo: *L. Titius pro Caio Seio testatore nomen meum testatorisque huic testam. subscripsi.* Hæc vero Iust. ita declarat *d. l. cum antiquitas* §. *vlt.* addita exceptione, vt non sit necesse testam. subscribi manu testatoris vel manu octaui testis subscriptoris, si testator totum testam. manu sua perscripserit quod dicitur test. holographim apud Isidor. & in *Nou. 2. Valent. de testam.* in qua valde nouum est, quod scribit de testam. holographo, vt valeat sine testibus etiamsi nemo vnus adhibitus sit, satis esse quod totum test. defunctus sua manu perscripsit, nec quin is perscripserit quispiam in dubium vocet. Quo tamen iure non vtimur: hoc ius non vtique probant constitutiones hoc tit. Nam in holographo testam. requiruntur 7. testium signa & subscriptiones, subscriptio testatoris remittitur tantum, vel testis octaui subscriptio pro eo. Hæc vero solemnia mystici testam. quæ recensui cum Imp. exposuisset in *l. hac consultissima*, rem ita concludit: *Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testam. pro infecto haberi conuenit.* In quo proculdubio est male omnes legisse, quod confirmabunt quilibet veteres libri, si eos consulueris. Male, inquam, eos legisse, *pro infecto*, cum sit legendum *pro imperfecto*. Et ita etiam Græci *l. 35. Basilicon.* ἡ μὲν γὰρ ἀτελής ἐστιν, &c. id est, *Imperfectum est testam.* quod ita completum non fuerit .i. quod non obsignauerint 7. testes, quique non subscripserunt. Denique proprie imperfectum testam. est non quod quocunque vitio laborat, sed quod neque subscriptum, neque obsignatum est a testibus. hoc peculiari nomine vitium imperfecti appellatione denotant, & ita etiam in *l. si quis legatum, ad l. Cornel. de fals.* inuenies, imperfectum testam. appellari euidenter: quod neque subscriptum, neque subsignatum est a testibus. & ita imperfectum testamentum accipimus in *l. ex imperfecto, h. tit.* Ergo cum Imperator in hac *l.* ita rem finisset, *non subscriptum ac signatum a testibus, pro imperfecto haberi placet*, rectissime subiicit: *Ex imperfecto autem testam. voluntatem non tenere defuncti nisi, &c.* Vult igitur vt imperfectum testam. id est, neque subscriptum, neque signatum a testibus non valeat. Non loquitur de aliis vitiis testamentorum, sed de hoc solo, quo desunt signa & subscriptiones testium, vt inquam non valeat nisi factum sit a parentibus inter liberos. Nam etiamsi neque sit signatum neque subscriptum a testibus, valebit tamen inter liberos, vt ferant scilicet portiones eis adscriptas in eo testamento. Et si forte habeant coheredes extraneos, vt ij nihil ferant, & eorum pars adcrescat liberis, quorum respectu solo testamentum perfectum & ratum est. Ergo quantum ad extraneos imperfectum est, quantum ad liberos pro perfecto est. Hæc est verissima sententia huius loci. Sed serua quam abutantur passim hoc loco. Nam quod hic de vno testamenti vitio constituitur, vt ob id non minus valeat testamentum inter liberos, si desunt signa & subscriptiones testium, id porrigunt ad omne vitium testamenti, etiamsi defuerit numerus testium in testamento inter liberos, testamentum valere existimant, quod numquam approbaui. Non licet nobis interpretationibus nostris, stultis maxime, quæ cauta sunt de solemnibus extendere & ampliare, sicut in *d. l. 9. hoc tit.* propter metum contagionis non conuenient quidem testes in vnum, sed alii post alios venient & signabunt. Hæc solemnitas tantum conueniendi in vnum remittitur euitandæ contagionis gratia, non etiam, vt ait *l. 9.* remittitur testium numerus. Qua etiam hodie longe abutuntur, dum volunt, grassante peste non exigi 7. testes, cum manifesto lex exigat, vt congruat numerus testium, & hoc tantum remittat, ne in vnum coeant testamenti signandi causa. Et ita etiam si desit numerus testium in testamento inter liberos, dicamus non valere testamentum, quoniam signa tantum & subscriptiones sunt remissa inter liberos: Numerus vero testium non est remissus. Non etiam dices testamentum notis scriptum valere inter liberos, quod aliquando obtinuit, *l. vlt. sup. fa. erc.* Hodie non obtinet, ex *No.* 107. nec pugnat. §. *ex imperf.* dum ait ex testamento imperfecto liberos obtinere hereditatem sibi eo testamento delatam: Quoniam imperfectum testamentum vocat id tantum, quod neque signatum est neque subscriptum a testibus, non etiam quod alio vitio laborat. Præter ea, quæ heri diximus iuri necessaria, ex *Nou. Theod. id est*, ex *l. hac consultissima*, in testamento scripto & secreto, quod mysticum dicitur, vult etiam Iustin. in *l. iubemus, & l. pen. hoc tit.* si testator nolit testibus prodere suam voluntatem, vt in interiore pagina testamenti per se manu sua scribat nomina heredum, non per alium; alioquin vt testibus pronuntiet suam voluntatem, vt testibus enuntiet nomina heredum suorum quæ post inserant subscriptionibus suis hoc fere modo; *L. Titius obsignaui C. Seii testamentum, quo heredes fecit sibi M. Tul. & Pompeium Atticum.* Itaque ex constitutione Iustiniani omnino aut manu aut lingua testatoris exprimenda sunt nomina heredum, & derogatur aliquatenus Nouellæ Theodosii, nempe in hoc, vt is, qui nescit literas non possit mysticum concedere testam. ex *d. l. iubemus, & d. l. pen.* Sed postea mutauit sententiam Iustinianus, & censuit illiterato licere etiam per alium scribere nomina heredum, nec ea prodere testibus, *Nouel.* 119. Et notandum tamen quod est in *d. l. iubemus*, si pars heredum testatoris scripta, vel lingua testatoris nuncupata sit, eorum tantum heredum institutionem valere, qui manu testatoris scripti vel lingua nuncupati fuerint: Cæterorum non valere. Cui sententiæ Accursius opponit *l. si is, qui test. fac. poss.* Cuius mens hæc est: Quidam cum vellet plures heredes pronuntiare, & nuncupare quorundam nomina, decumbens ex morbo nuncupauit, & priusquam cæteros nuncuparet, obmutuit, inquit, amissis verbis, & occupante eum morte, vt apud Poetam: *Ille qui incipit effari, mediaque in voce resistit.* Quæritur an nuncupati sunt, heredes futuri? Lex ait, heredem neminem fore, quia magis cœpit testam. facere, quam fecit. Quæ ratio satis demonstrat statim, quam distet ea species a specie, *l. iubemus.* Nam in illa specie *l. si is qui*, cœpit potius testamentum facere, quam fecit: In specie *l. iubemus*, perfecit testamentum, nimirum institutis iis omnibus, quos sibi heredes esse voluit. Sed quia in subscriptione testam. non omnium nomina nuncupauit, ideo hereditas tantum defertur iis, qui sunt nuncupati. Ex testamento igitur perfecto. at illa in specie, infectum est testamentum, vel inchoatum dumtaxat: In specie *legis iubemus*, factum est testamentum, sed quod subscriptio testatoris vel nuncupatio defuerit, non nuncupauit omnes heredes, quos voluit, ideo veniunt ad hereditatem subscripti tantum, non nuncupati. Et hoc de testamento scripto & secreto erat addendum his, quæ diximus heri ex *d. l. iubemus, & d. l. pen.* Nunc transeamus ad aliud genus testamenti, nempe id de quo agitur in eadem lege *hac consultissima*, quod fit sine scripto per nuncupationem vno eodemque tempore audientibus testibus septem, puberibus, ciuibus Romanis, & testatore solemnibus verbis prædicente, se cogere testes, & conuocare testamenti sui nuncupandi gratia. Sed hanc solemnem prædictionem tollit Iustinianus in *l. in testament. hoc tit.* Satis igitur est rogari 7. testes, vt adsint audituri nuncupationem testamenti, & palam eis non narrari vel promitti futurum suæ voluntatis arbitrium, sed confici abs se coram eis, & nuncupari testamentum secundum *l. 12. tab.* quod quis ita lingua nuncupassit animo testamenti faciendi, id ius ratumque sit. Et hoc quidem

quidem genus testamenti, quod fit sine scriptura per nuncupationem ius ciuile nouit, non ius prætorium, *l. 2. sup. de bo. poss. sec. tab.* Ideoque non datur bon. poss. secundum nuncupationem, sed vtilis tantum & obliqua. Directa bon. poss. datur tantum secundùm tabul. id est, secundum scripturam testamenti, siue secundum testamentum. Hoc ergo secundum testamenti genus est ex iure ciuili mero, primum autem testamenti genus quod mysticum dicitur & arcanum fit ciuili ac prætorio, atque constitutionum iure permixto: iure ciuili, quantum ad testes, vt præsentes adsint vno eodemque tempore & loco: iure prætorio, quantum ad signa & numerum 7 testium: iure constitutionum quantum ad subscriptiones testium. Et hæc duo potissimum genera testamentorum hodie sunt in vsu. Nam abolita sunt antiqua testamentorum genera, veluti quod appellabatur calatis comitiis, & quod appellabatur endo procinctu. Abolitum est etiam testamentum quod fiebat per æs & libram, id est, quod per imaginariam emancipationem familiæ, siue bonorum, & nuncupationem testamenti testatore dicente hac verba: *Hæc vti in his tab. cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibetote.* Constitutio Constantini tollit hanc formulam testamenti, vt omne testam. deinceps fiat aut fieri possit sine ære, sine libra, sine tabulis, & vt in testam. necessario etiam non desiderentur verba directa, & solemnia, *l. quoniam, h. tit. l. in legatis, inf. de legat.* Igitur ex constitutione Constantini recte fit testam. verbis precariis, quod olim fiebat tantum verbis directis, id est, imperatiuis, veluti, *heres esto, damnas esto, dato, facito,* sit loquente testatore vt ll. loquuntur, quæ non precantur sed imperant. verba imperatiua ea sunt, quæ directa dicuntur. M. Tull. 2. de diuinat. *Quid opus est*, inquit, *circuitu & amfractu vt sit vtendum somniorum interpretibus potius, quam directo? Deus si quidem nobis consulebat, hoc facito, hoc ne feceris, diceret.* Sic loqui igitur est directo loqui. Et ita eleganter Porphyrio in illum locum Horatii: *Transnanto Tyberim*, & paulo post *habento. Vtitur*, inquit, *verbis directis, quia scribit ad Trebatium IC.* Olim non erat iustum testamentum quo quis heredem scripsisset his verbis: Titium heredem meum esse volo, quia verbum volo est precarium non directum. Et ita in *l. illud §. 1. de iure codicill.* cum quidam ita scripsisset, *Titium heredem meum esse volo*, ita censet Iurisconsultus esse distinguendum: aut voluit his verbis facere codicillos, & tunc Titius ab herede legitimo hereditatem petet, veluti ex causa fideicommissi, quoniam volo est verbum precarium & fideicommissarium: aut voluit facere testamentum, & arbitratus est ea verba esse legitima & directa, & tunc ea scriptura, neque valebit iure testamenti, neque iure codicillorum, quia non adiecit clausulam codicillarem: itaque inutilis & inanis est scriptura, nec Titio erit petitio hereditatis ex causa fideicommissi aduersus heredem legitimum defuncti, *d. l. illud. §. 1.* at vt nominatim ait *d. l. quoniam*, etiam verbo volo recte fit testam. Denique quibuscunque verbis, vel vt referens eam ipsam Constantini legem Eusebius loquitur *4. de vita Constantini*, ψιλοῖς ῥήμασι, id est, nudis verbis, id est, quibuscumque verbis directis vel precariis. Certe olim etiam nihil nocebat error tabellionis vel testamentarii, aut ennomionis, si omisisset per errorem verba directa, vt si omisisset verbum esto, vel etiam heres esto, & tantum scripsisset nudum nomen L. Titii, quod tunc præsumatur plus nuncupatum, minus exceptum, minusve scriptum, *l. 7. h. tit. l. 1. D. de ver. inst.* Et multo magis in fideicommissis verbum *volo* omissum nihil nocet, vt si testator dixerit Lucio Titio fundum Sabinum dari, nec adiecerit verbum *volo*, *l. verbum, inf. de fideicommiss.* Et similiter in sententiis arbitrorum, si quem litigatorum arbiter iusserit dare centum, & ille acquiescens sententiæ arbitri subscripserit dare, nec adiecerit promitto, nihilominus ex sua subscriptione obligatur, *l. 4. §. si quis autem, sup. de recept. arbit.* In quo nondum vere restituta, quæ sunt verba Græca, sic moneo obiter esse restituenda: *Si quis autem post arbitri definitionem subscripserit* ἐμμένειν, vel στοιχεῖν, vel πληροῦν, vel πάντως ποιεῖν, vel διδόναι, *nec adiecit* ὁμολογῶ, id est, promitto, & ita vt retuli ex *l. 2. & l. errore, hoc tit.* omissa hæc verba directa, *Heres esto*, nihil nocent. Et generaliter etiam secundum eam Constantini legem, hodie etiam Græcis verbis recte fit testamentum, vt in *l. hac consultiss. & l. vlt. sup. de testament. tut. l. directas, inf. de testam. manumiss.* Cum tamen olim non fieret testamentum nisi verbis Latinis, quia verba Latina directa dicuntur, ciuilia verba, in *l. verbis ciuilibus, de vulg. & pupil. substit. & Vlpian. lib. reg. tit. de fideicom.* Cum autem verba Latina sint directa, non Græca, ideo olim inutiliter instituebatur heres verbis Græcis, inutiliter dabatur tutor verbis Græcis, inutiliter dabatur libertas & legatum verbis Græcis, & quæcumque in Pandectis videntur esse relicta verbis Græcis, fideicommissa sunt, non legata, quod fideicommissa quibuscunque verbis relinquantur. Sed vt absoluamus ea omnia, quæ continentur in hac *l. consultissima*, additur in *§. si quis autem*, prius testamentum iure perfectum, non rumpi posteriore testamento imperfecto, id est, neque signato, neque subscripto a testibus. Quæ regula est certissima, sed addit exceptionem, nisi in priore testamento scriptus sit extraneus, in posteriore autem is, qui ab intestato rem omnimodo ablaturus erat. Veluti filius aut frater consanguineus defuncti qui & non facto testamento veniret ad legitimam hereditatem. Hoc enim casu licet imperfectum sit posterius, tamen corrumpit prius, non quidem ipso iure, sed ope exceptionis, cum & posterius testamentum, vt ait *§. si quis autem*, non valeat vt testamentum, sed vt voluntas intestati, qui scilicet voluit corrumpi prius testamentum, & mori intestatus, delata hereditate ex posteriore scriptura ei, qui omnino ab intestato hereditatem ablaturus erat. Denique posterius testamentum quod est imperfectum, in quo est institutus is, qui veniret ab intestato, non valet vt testam. sed vt intestati voluntas nouissima, in qua etiam sufficit numerus quinque testium iuratorum, id est, qui post mortem testatoris iurent apud iudicem non tabellionem, vt Accurs. notauit recte, qui testificentur, & affirment eam esse voluntatem defuncti, *l. vlt. in fin. hoc tit.* Et ita etiam si sit vnicum testamentum imperfectum, tamen in quo liberi testatoris heredes instituti sunt, verum est id non valere vt testamentum, sed vt vltimam intestati voluntatem. vltima voluntas est testati & intestati. Non dubium igitur est, id non valere vt testamentum, sed vt vltimam voluntatem intestati, in qua etiam sufficiat numerus quinque testium. Et ita rectissime Accurs. interpretatur *§. ex imperf. ex l. vlt. sup. fam. erc.* dum respondet ad legem, *qui a patre, de confirm. tut.* quæ vult eum tutorem iure filiis a patre datum non esse, qui datus sit in minus solemni testamento, & indigere confirmatione prætoris aut præsidis. Nam & ita liberis institutis in imperfecto testamento non competit hereditas veluti ex testamento, sed quasi ex nouissima voluntate intestati. Et cum sententia huius *§. si quis autem*, congruit etiam omnino *l. 2. de iniu. rup. irr.* Et ei locus est non tantum si imperfectum sit testamentum ob signa vel subscriptiones omissas, sed etiam si nullum sit ob præteritionem filii vel postumi, modo filius vel postumus præteritus viuo patre decesserit, & posteriore testam. sit heres scriptus is, qui omnimodo rem ab intestato ablaturus erat. Nam & ab intestato, & ex testam. ipse venire poterit petita bonor. poss. secundum tab. Idemque erit si filius priori testam. exheredatus sit, posteriori præteritus. Nam distinguimus hoc modo: Aut posteriore testam. filio præterito scriptus est extraneus, & nullum

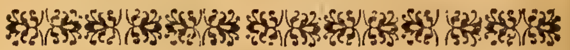
est test. posterius ob præteritionem filii, nec tamen veniet filius ad hereditatem, quia prius testamentum consistit, in quo est exheredatus, in quo exheredatio eum excludit ab hereditate paterna. Sed si in posteriore testam filio præterito, scriptus fit is, qui remoto filio, id est, non existente filio omnimodo veniret ab intestato, hic sustinet posterius testam. efficitque ne effectum habeat exheredatio filii, & vt rescindere possit posterius testam. petita bon. poss. contra tab quandoquidem sustinetur persona heredis instituti, qui remoto filio ad hereditatem defuncti veniret ab intestato, quæ omnia proponuntur in *l. postumus, de ini. rupt. irr.* & in *l. si duobus §. si prius, de bon. poss. cont. tab.* Et ita videmus illis casibus etiam imperfectum testamentum, imperfectam voluntatem & nudam, corrumpere prius. Est etiam alius casus quo nuda voluntas, id est, non solemnis siue imperfecta corrumpit prius testamentum, videlicet, si decennium effluxerit ab eo die, quo factum est testamentum, ex *l. sancimus, h. tit.* Cuius iuris ratio hæc est, quia olim omne testamentum antiquabatur tempore decennii, & fiebat irritum, nisi renouaretur post decennium, *l. 6. Cod. Theod. de testam.* Hodie ex *d. l. sancimus*, decennio non antiquatur testamentum, sed decennio & nuda voluntate, id est, decennio ita antiquatur, si etiam post decennium testator declarauerit coram tribus testibus, se non permanere in eadem voluntate. Etiam notissimum est illud testamentum corrumpi nuda, imo tacita voluntate defuncti, cuius linum defunctus, antequam moreretur incidit, quo scilicet constrictum erat testamentum, vel etiam signa testium testator ipse consulta opera remouerit. Hoc enim facto declarat se mori velle intestatum, *l. vlt. h. tit. l. in fraudem, §. 1. D. de milit. testam. l. pen. & vlt. de his quæ in testam. del.* Exposita est lex *consultissima*. Vnicum tantum addemus, esse tertium quoddam genus testamenti, quod nondum exposuimus, quod scilicet fit in consistorio apud consilium principis oblatis precibus sedente principe cum nobilibus & proceribus, vt id testamentum omnimodo valeat, nec sint in eo necessarii testes vel signatores, quod fit teste principe, teste consilio principis, oblatis precibus, in iisque relata vltima voluntate supplicantis de diuisione rerum suarum, quam seruari velit post mortem suam. Nam etiamsi secundum eas preces vel secundum eam formam testamenti non sit prætor daturus bonorum possessionem secundum tabulas, cum in eo de sunt 7. testium signa, tamẽ iure ciuili ex *l. omnium, hoc tit.* licebit adire hereditatem heredi scripto, vel se pro herede gerendo adquirere hereditatem. Hoc igitur testamentum est etiam iuris ciuilis, non prætorii, quod fit oblatis precibus Imper. nullis aliis adhibitis testibus: Nam *l. omnium* satis habet, si probetur testibus idoneis, oblatas ad eum modum finemque preces principis consilio fuisse. Duobus igitur vel tribus, qui affirment, rem ita fuisse gestam oblatis precibus & prolato testamento apud consilium principis, nec adhibitis exteris testibus & signatoribus. Et ita etiam in *l. 2. sup. de bon. poss. secund. tab.* dum dicitur, de testamento nuncupatiuo, probari debere id testamentum fuisse nuncupatum propalam coram testibus, dicemus probare id satis esse testibus duobus vel tribus, secundum Martini & Gulielmi sententiam, quam ibi retulit Accurs. Ergo testamentum insinuatum fuisse apud consilium principis teste principe ipso vel teste iure omni, *quod est conditum*, inquit princeps, *in scriniis nostris*, puta memoriæ, Quæ quidem scrinia erant disposita in ipso consistorio principis. Ita, inquam, factum fuisse & insinuatum, & oblatis precibus probari testibus duobus vel tribus. Ac similiter fuisse testamentum nuncupatum propalam & coram testibus. Itaque probabitur testamentum duobus testibus vel tribus. Et ita res est explicanda: Diximus, puberi ciui Romano licere testamentum facere, & ciuili & prætorio, & constitutionum permixto, id est, adhibitis septem testibus ciuibus Romanis, vno eodemque tempore & loco, qui testamento sua signa imprimant, atque subscribant, & ita licere facere ex scripto testamentum, licere etiam ex non scripto facere per nuncupationem iure ciuili totidem testibus adhibitis. Licere & ex constitutionibus testamentum facere precibus oblatis principi adhibito solo testimonio principis & consilii, & subscriptione testatoris. Addamus nunc licere etiam testamentum facere municipalibus gestis, vel actis, vel apud acta cuiuscumque magistratus habentis ius actorum conficiendorum, ius excipiendarum insinuationum, eo scilicet qui testamentum facere vult, desiderante, magistratus actuarium publicum excipere eius vltimam voluntatem, eamque in archiis seruare publicis. Quæ forma testandi explicatur in *l. omnium*, *hoc tit.* & in *Nou. 1. Valentiniani, de testam.* Est igitur hoc quartum genus testamenti, vltimum quod proponitur hoc tit. Addamus etiam, aliter posse testatorem, qui iam iure perfecit testamentum, id perinde publicare apud acta municipalia, vel apud acta magistratuum, qui ius habent actorum conficiendorum, in hunc scilicet vel illum finem, vt si quando testamentum authenticum, id est, originale, quod ipse facit solemniter, interciderit casu aliquo, sit vnde peti posset fides eius. Petitur enim ex actis publicis, in quæ testator ipse curauit suum redigi, referrique testamentum. Amisso igitur authentico documento, fides eius petetur ex actis publicis, vbi testamentum insinuatum est. Et ob id vtile est etiam, quod quis iure perfecit testamentum, publicare apud acta. Sed priusquam fidem testamenti petas ex actis publicis, probare debes casum & amissionem testamenti authentici, vt ait *l. 2. hoc tit.* Puta testamentum intercidisse vi ignis, vel alio simili casu, vel furto subtractum esse, vt in *l. 11. hoc tit. & ita in Nouel.* 127. dicitur, donationem propter nuptias insinuari apud acta, quod est publicari, siue in publicum proferri, vt amisso forte eius donationis instrumento principali, quod Græci vocant vno verbo δωρεαςικὸν, fides eius donationis peti possit ex publicis monumentis. Hæc est ratio Nouellæ. Publicantur & cætera omnia, quæ insinuationem desiderant, secundum ius quod interpretamur, cuique studemus omnes, in vrbe Roma vetere vel noua, apud magistrum census, quem posteriores appellauere γενικὸν, id est, *generalem*, apud quem fierent census professiones, & insinuationes, omnium negotiorum, in quibus requiritur insinuatio vel publicatio, necessario vel vtiliter. Posteriores, inquam, dixere γενικὸν, vt docet Suidas in Arthemio *& Leo in Nouel.* 44 Ergo in vrbe quidem publicatio & insinuatio fit apud magistrum census, vel apud apparitores siue officia censualia iussu magistri census, qui huic parti iuris præest. In prouinciis autem fiunt insinuationes & publicationes apud defensores ciuitatis, vel apud magistratus municipales, apud duumuiros, qui in prouinciis instar sunt consulum. Defensores ciuitatum instar sunt tribunorum plebis, qui sunt in vrbe. Et ita apud eos publicari testamenta & donationes, ostenditur in *l. 18. qui test. fac. poss. & l. consulta, hoc tit. l. in hac, l. 2. inf. de don. l. repetitis, sup. de Episcop. & cler.* 17. quæ est constitutio Græca, *sup. de SS. Ecclesiis, & Nou. 48. & 49.* Et hoc est quod ait *d. l. 18. hoc tit.* testamenta omnia cæteraque quæ apud officium censuale publicari solent, id est, apud acta magistri census, vt in *l. cum pro quo, de in ius voc. l. si fideiussor, §. vlt. qui satid. cog.* Apud officium, id est, apud acta. Et adiicit *l. testam.* 18. vt in eodem loco testamenta referentur, id est, aperiantur, resignentur, & publicentur, vt in *d. l. consulta.* Et addit, ne vsquam permittatur fieri vlla translatio, i. e. vt omnimodo apud magistrum cẽsus fiat publicatio testamenti, & a magistro census; ne permittatur vsquam transferri ea publicatio testam. vel donationis, vel cuiusquam negotii, siue sit necessaria, siue vtilis videatur, &

& aliquando nonnihil profutura. Vt igitur non transferatur hoc ius a magistro census ad alios magistratus, vel etiam, vt est nominatim scriptum in *l. consulta*, ad defensores ecclesiarum, apud quos quidam malebant insinuare vltimas suas voluntates, & vltima iudicia. Ne ergo hoc ius transferatur temere ad defensores ecclesiarum, vel ad primicerium notariorum, qui erat in ecclesia, per quem Damasus scribit in lib. Pontific. Iulium constituisse, in ecclesia vt fieret confectio omnium actorum, & ait morem esse retinendum fidelissimæ vetustatis, nec quod est proprium magistri census esse trasferendum ad clericos, puta, defensores ecclesiæ & primicerios notariorum. Et possunt quidē de iis negotiis, quæ ad ecclesiam pertinent acta conficere, non etiam de negotiis priuatorum. Imo, vt ait *l. consulta*, est opprobrium clericis, si velint se miscere forensib. disceptationibus, aut si velint esse periti forensium disceptationum. Restat tantum, vt finem imponamus *l. 3. h. t.* in qua ita scriptum est: *Ex imperfecto testam. &c.* Qua de re pauci sunt, qui liquido tradant, quod obseruandum est. Primum lex ait, *ex imperfecto testam.* i. in quo desunt signa & subscriptiones 7. testium, vt ego interpretatus sum ex *l. hac consultissima, h. t.* Principem non vindicare hereditatem, filium defuncti vindicare, aut nepotem vel neptem. Imperatorem non item, qui defuncto extraneus est. Et addit rationem, *quia licet lex Imperij solemnibus iuris Imperatorem soluerit, nihil tamen est tam proprium Imperij, quam legibus viuere.* Et legem Imperii vocat eam, quæ primum Augusto detulit Imperium, vt refert Dio Cassius lib. 53. Quod Augustum priuilegiū dicitur, *l. vn. §. vlt. inf. de caduc. toll.* Quod Dionys. scribit se transferre ex Latino sermone, λέλυνται τῶν νόμων, id est, *soluuntur legibus*. Et inde Dio Chrysost. in orat. quadam tradit, principem esse, τῶν νόμων ἐπάνω. Et similiter Iustin. in *Nouellis*. leges submitti principi, quod scilicet in potestate sit solius principis, ex vsu Reipub. leges ferre vel abrogare, vel derogare, & eas ipsum quandoque sequi non posse. Quapropter aliquando maior videtur potestas esse principis, quā populi fuerit. Populus enim suis legib tenebatur, Princeps suis legib. non tenetur. Et hac causa, in *l. Barbarius de offic. prat.* ait, multo magis in Imperatore, quam in populo esse recipiendum, vt seruum prætorem facere possit. Ea est lex Imperii, lex Augusta, quæ Augustum soluit legibus, maxime si non iurauerit in leges initio Imperii. Non solebant. n. iurare in leges, cum Plin. scribat in Panegyrico: Iurare magistratus quidem in leges, sed eius iurisiur. verba ignota esse principibus, nisi cum alios cogunt iurare in leges. Hodie quia principes statim initio Imperii iurant in leges, tantum abest, vt legib. soluti sint, quin imo maxime legib. obstringantur ex suo iureiurando. Et vt soluti sunt principes legib. tamen, vt inquit *l. 3. nihil tam proprium est Imperij, quam legibus viuere.* Et ita rectissime *l. ex imperfecto, quia decet tantam maiestatem eas seruare ll. quib. ipse solutus videtur.* Et ita Paul. lib. 4. sent. eum qui leges facit, pari maiestate legib. obtemperare debere. Et eleganter Imp. Seuerus & Anton. in *§. vlt. Inst. quib. mod. test. infirm.* licet, inquiunt, soluti simus legib. legib. tamen viuimus. Et elegantius *l. 4. sup. de legib.* præclaram esse & dignam vocem principis profiteri se legibus alligatum esse, & de auctoritate legum pendere auctoritatē principis, & reuera maius esse Imperio ll. submittere Imperium. Ideo eleganter ait *l. ex imperfecto, de l. 3.* ex imperfecto testam. Imperat. legata aut fideicomm. vindicare inuerecundum esse, id est, dedecori. Inuerecundus. n. est, qui quod nō debet, facit audacter, securus reprehensionis pudorisque sui. Inuerecundus Imperator qui non veretur Senatus reprehensionem, cuius ipse pars est, vt ait *l. quisquis in prin. ff. ad l. Iul. maiest. & l. nus senatoriū, inf. de dign. lib. 12.* qui non reueretur auctoritatem Senatus, qui non reueretur curiam suam *l. 5. inf. de dignit.* Denique licet tantæ maiestati non leges dare tantum, sed etiam accipere, eique submittere fasces Imperii sui. Et secundum hæc præcepta in *h. l. 3. & in d. l. ex imperfecto*, Imper. profitentur se non vindicaturum hereditatē, vel legatum vel fideicommissum ex imperfecto testam. Et simili modo inuenio etiam, eo, quod quis dixerit se Imper. heredem fecisse, vel heredem facturum esse, id est, ex nuda pollicitatione vel iactatione inuerecundum esse principem vindicare hereditatem, *l. vlt. qui test. fac. poss.* Constat etiam principem, si heres sit institutus filio exheredato pati querelam inofficiosi testamenti, *l. Papin. §. si Imp. de inoff. testam.* Patitur etiam princeps legem Falcidiam, si legatum aut fideicōmissum, aut mortis causa donationem acceperit. Seruat l. Voconiam, vel vt Augustus apud Dionem, ab ea migrat impetrata venia a Senatu. Quo exemplo docentur Principes, ne quid faciant contra ll. sine venia Senatus. Volunt etiam optimi principes prius testam. in quo ipsi sunt scripti heredes, rumpi posteriori testam. id est, vt possit mutare quis etiam testamentum, in quo sibi principem heredem fecit in *l. 6. sup. tit. prox.* Plus dicam, etiam principes aliquando minus sibi adrogare & concedere quam priuatis, puta, vt capiant quidē ex alienis testam. iure perfectis, non etiam ex codicillis factis ab intestato, non ex epistola fideicommissaria. Ex iis scripturis quæ deferuntur non capiunt, quæ sunt minus solemnes, *l. 2. C. Th. de testam.* Eamque constitutionem mirum in modum Symmachus in epistola quadam ad præfectū prætorii commendat, vt liceat capere priuato, quod nolit capere princeps non nisi ex iusto & solemni testamento. Sed postea alii principes abrogarunt hanc l. 2. vt constat ex *l. 7. sup. tit. prox.* Præterea licet regulariter prius testamentum scriptum rumpatur non scripto, id est, facto per nuncupationem, si vtrumque sit iure perfectum, tamen nolunt principes testam. prius ex scripto iure perfectum, rumpi posteriore non scripto, in quo ipsi heredes sunt nuncupati. Quia ita nuncupatum fuisse testam. non potest probari, nisi testibus, qui vt audirent nuncupationem testam. rogati sunt. Atque hoc testes facile est suspicari, in gratiam principis ementiri illam nuncupationem testamen. qua dicunt defunctum heredem nuncupasse principem. Hoc igitur casu vult princeps in *l. nolumus, hoc tit.* vt consistat prius testamentum, quod factum est iure & solemniter ex scripto, nec rumpatur posteriore, in quo ipse sit nuncupatus heres solus, testibus hoc facile concedentibus & blandientibus fortasse principi. Quinimo hoc vult *l.* vt etiamsi prius testamentum ex scripto iure perfectum, postea sit rescissum a filio exheredato in eo testamento per querelam inofficiosi testamenti, si sit rescissa exheredatio, rescissumque testamentum totum, ac proinde exheredatus filius veniat ab intestato ad successionem patris, vt nec eo casu impediatur, quod extet posterius testamentum non scriptum, in quo princeps heres nuncupatus sit. Inuenio etiam, quod etiamsi regulariter quilibet possit vindicare hereditatem sibi delatam ab ignoto, *l. extraneum tit. seq.* tamen legimus apud Cornel. Tacitum, *libr. 5.* Tiberium Imper. semper respuisse hereditates sibi delatas ab ignotis hominibus. Idem de Adriano Imper. legimus apud Spartianum. Et elegans est ad hæc, quod etiam de se scribit Imper. *l. 2. C. Th. de aduocat. fisci*, plus sibi curæ esse causam priuatorum, quam causam tutelamve sui fisci. Et quod est proditum in *l. non puto, de iure fisci, eum non delinquere*, id est, non dicere ineleganter, *qui in dubiis quæstionibus facile respondet contra fiscum.* Ad quam sententiam danda sunt exempla ex *l. vlt. in fi. de his quibus vt indignis, l. Diuus §. 1. de iure codicill. l. intercidit de condit. & demonst. l. 2. de aur. & arg. leg. l. Paul. §. 1. de leg. 3.* In quibus omnib. locis in ambiguis semper datur responsum contra principem, contra fiscum, contra ærarium. Quæ regula potest accommodari multis negotiis, vt si lis est ambigua, potius descendamus in eam sententiam, quæ

onerat fiscum. Contra tamen inuenio quibusdam ll. ita esse solutos principes, vt secundum eas omnino non viuant. Inuenio solutum esse principem ll. caducariis, Iulia nempe & Papia, *l. quod principi, de leg. 2.* Si tibi relictum sit legatum, & hominem exueris, id est, mortuus fueris, antequam dies legati cederet, caducum fit legatum. Sed si legatum relictum sit principi, & is obierit, quod omnes obire oportet, antequam dies legati cederet, legatum non fit caducum, sed cedit heredi principis. Et hoc est quod ait *l. princeps, de ll.* Princeps legibus solutus est. Nam diligenter attende ad inscriptionem legis, quæ est Vlpiani *ex lib. 13. ad leg. Iuliam & Papiam*, quæ sunt leges Caducariæ. Princeps ergo est legibus solutus, id est, l. Iulia & Papia, de quibus tractat, non omnibus legibus. Augustæ autem vt subiicit, non est soluta legibus caducariis, quamquam princeps ei tribuat eadem priuilegia, quæ ipse habet, non intelligit priuilegium illud, vt etiam Augusta soluta sit ll. caducariis, sed vt princeps vel fiscus habet ex suis contractibus tacitam hypothecam semper, & Augusta habeat. Itemque vt Augustus habet priuilegium in actionibus personalibus: Idem etiam Augusta habeat: vt similiter habeat vacationem & immunitatem, vt habeat priuilegium in donatione, vt valeat donatio facta ab Augusta sine insinuatione, perinde ac si facta esset a principe; vt facta ab hoc vel illa donatio filiofamil. imputetur, quasi castrense peculium; vt donatio inter Augustum & Augustam valeat, quæ non valet inter maritos, id est, priuatos. *l. illud sup. de SS. Eccl. l. pen. sup. de donat. inter vir. & vxor. l. cum multa, inf. de bonis, quæ liber. l. sancimus §. 1. inf. de donat.* Et sicut res alienæ, quæ forte imprudenter a principe venditæ & donatæ sunt alteri, non possunt ab eo, qui emit a principe reuocari aut vindicari, vel a donatario, sed est tantum domino rerum actio in ipsum principem seu fiscũ intra quadriennium: Ita idem sequimur, si quid imprudens Augusta ex rebus alienis donauerit aut vendiderit, ne reuocetur donatio, sed liceat agere in Augustam intra quadriennium, *l. vlt. §. vlt. j. de bon. quæ lib.* Hæc priuilegia princeps communicat Augustæ. Nunquam autem Augusta inuenietur soluta legibus, ne odiosis quidem legibus, quales sunt l. Iulia & Papia. Has æquum est, non seruare principem, vt vel mortuus fruatur priuilegio Augusto, quo viuus non est vsus. Etiam inuenio in manumissionibus vindicta, si quem princeps manumittat vindicta, non seruari solemnia iuris, *l. apud eum, de manumiss.* Quia scilicet concurrit fauor libertatis. Hoc igitur non tam Principi datur, quam libertati maxime datæ a Principe, vt non desideret solemnia iuris. quæ data a priuato vtique nulla esset sine solemnibus. Inuenio etiam nunquam ea lege, quæ lata est Duillio Coss. fuisse obligatum Principem, qua cauetur ne quis in vrbe sepeliatur. Inuenies apud Seruium Honoratum II Æneid. virgines Vestales & Principes sepeliri in vrbe, nec ea lege teneri, quę vetat quemquam in vrbe sepeliri. Inuenio legib. igitur non teneri Principem, non obligari solemnibus iuris, his casibus, quos exposui. Nec temere dicam vnquam generaliter esse verum, quod ait *l. Princeps*, cum id tantum sit accipiendum specialiter de lege Iulia & Papia, non de legibus omnibus. Et tum maxime id affirmabo cum erit Princeps, qui iurauit in legem. & quod contra legimus in plerisque auctoribus Principem esse supra legem, hoc eo pertinet, vt intelligatur Principem habere potestatem ferendi & abrogandi ll. non temere quidem, sed ex iusta causa, & e Republ. Ac consequenter posse Principem confirmare, quæ non iure facta sunt, vt legimus adoptionem, non iure factam a Principe confirmari in *l. 33. de adopt.* Et matrimonium iniustum statumque liberorum non iure quæsitorum a Principe confirmari *l. qui in prouincia, de ritu nupt.* Legimus eos pœnæ veniam facere, & abolere crimen indulgentia & benignitate sua. Eos ex causa etiam veniam legum fa-

A cere. Et hoc solum est quod dicitur principem esse supra leges, nec placet, quod de Achille ait Horatius:

Iura negat sibi data, nihil non arrogat armis.



AD TITVLVM XXIV.

De heredibus instituendis, &c.



QVia heredis institutio est caput & fundamentum totius testamenti, vt ait *§. ante heredis Instit. de legatis.* Ideo prælato titulo generali de testamentis, de partibus eorum dicturus sigillatim, ab heredis institutione initium facit, a qua etiam plerumque testatores ipsi incipere solent, vt ait *l.* B *1. in prin. ff. eod.* Certe ex heredis institutione vel substitutione cognoscimus testamentum, non codicillos defunctum facere voluisse, *l. 14. sup. tit. prox. l. illud §. 1. de iure codicill.* quia non alio genere quam testamento heres institui, vel substitui directo potest. Idcirco recte ait de heredibus instituendis, quia omnino heredes instituendi sunt, si quis testamentum facere velit, & vel sola heredis institutio testamentum est, vt si quis scripserit, vel pronunciauerit in hunc modum: Lucius Titius heres esto, nec quicquam aliud adiecerit, testamentum est. Sequitur in hac Rubrica, *& quæ personæ heredes institui non possint*, quoniam in eo potissimum vertitur hic titulus, vt intelligere possimus, qui heredes institui non possint. Et constat incertas personas heredes institui non posse, certum heredem nominatim scribi, vel C nuncupari oportere, non personam incertam. Igitur heres inutiliter scribitur hoc modo: Qui prior post mortem meam ad monumentum meum venerit, ille heres esto: quia confert testator iudicium suum in personam incertam: vel qui anno sequenti consul designabitur, ille heres esto: Nam eius quoque persona incerta est. Qua de re est certissima constitutio Iustiniani in *tit. de incert. pers. inf.* Quia vero iure ciuili incerta persona heres institui non potest, hinc fit vt collegium, quoniam est incertum corpus, institui non possit, veluti collegium & synagoga Iudæorum *l. 1. sup. de Iudæis.* Et eadem ratione olim non potuit institui collegium Christianorum, & quod certatim omnes, vltima iudicia sua, nascente ecclesia domini nostri, conferrent collegia Christianorum, ne nimirum locupletarentur, vel quod ple- D raque ex eis captarent nimium hereditates alienas pietatis obtentu. Sic igitur his rationibus olim collegium Christianorum non potuit capere hereditatem, vel legata ex testamentis alienis, quod ostendit Ambros. in Epist. 31. ad Valent. Imp. & Hieron. in epistol. ad Nepotianum de vita clericorum, & Origenes lib. 1. contra Celsum. Sed postea facta sunt capacia collegia Christianorum ex *l. 1. sup. de SS. Eccles.* qua constituitur, vt quisque habeat licentiam relinquere collegio Christianorum partem bonorum suorum, *vt optauerit, & vt*, inquit, *non sint cassa iudicia collata in collegium Christianorum. nihil esse quod magis debeatur hominibus, quam vt vltimæ voluntatis, postquam aliud iam velle non possunt, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium.* E Et ad eundem fere modum, *Quintil. declamat. 308. Non aliud*, inquit, *videtur solatium mortis, quam voluntas vltra mortem.* Ergo collegio Christianorum permissum est, vt possit capere hereditatem ex alienis testamentis, quod fuit antea prohibitum, cùm specialiter, tum etiam generaliter. Nam regula iuris est, collegia esse corpora incerta, & institui inutiliter. Et ita definit *l. 8. hoc tit.* vt collegium non possit hereditatem capere, nisi sit ei datum speciali priuilegio, sicut diximus datum esse collegio Christianorum. Eadem ratione vrbes, ciuitates, municipia aut municipes, generaliter heredes institui non possunt. quia incertum corpus sunt, vt est in epistola Plinii. *& lib. regular. Vlp.* Sed

tamen

tamen *l. 12. hoc tit.* concedit & vrbi Romæ, & quibuslibet (A) ciuitatibus testamenti factionem, id est, vt capere possint ex alienis testamentis hereditates, legata, fideicommissa, & mortis causa donationes. Opus fuit constitutione, quæ hoc permitteret, quoniam obstabat regula iuris, ne quid relinquatur incerto corpori, & ciuitas est incertum corpus: Nec enim certum est, quod cernis concilium, cœtusque hominum iure sociatus. Et olim etiam cum populus Romanus heres instituebatur, vt liceret ei adire hereditatem, opus erat SC. vt testamento regis Alexandri delato regno populo Romano M. Tullius refert in Rullum auctoritate Senatus populi Romani, eam adiisse hereditatem. Item, vt dicamus de aliis, qui heredes institui non possunt: quemadmodum testatores & testes ciues Roman. esse oportet, ita etiam heredes institutos, siue scribantur, siue nuncupentur, (B) ita vt testator, & testes, & heredes, & legatarii, etiam omnes sint eiusdem ciuitatis ciues: Nam peregrini & aduenæ heredes institui non possunt, *l. 1. hoc tit. l. 36. C. Th. de heredibus.* Imo peregrini & aduenæ nullo modo habent testamenti factionem, id est, neque actiuam, neque passiuam. Vnde oritur ius præcipuum, quod Reges nostri habent in aduenas, quos in idiotismo vocamus Albinatos, *aulbains*, deducto scilicet nomine ex Latino aduena, vt in *l. heres absens §. perinde, de iud.* Quo loco agit de aduena mercatore, Basilica Gallica habent, *vn marchand aulbain*: Nam vt scitis, omnes libri nostri de Latino in Gallicum summa diligentia sunt translati: imo & libri canonici qui extant in Bibliotheca Regia, & quod est pene incredibile glossæ, omnes sunt è Latino conuersæ in Gallicam linguam, vt iam ex illo loco non sit dubitandum, quin illa vox idiotica deducatur ex hac Latina *aduena*. Aduenam non posse facere testamentum, nec capere ex alieno testamento, proinde nisi factus sit ciuis, fiscum iure occupare bona morientis aduenæ. Et in peregrino ponamus speciem *ad l. 2. hoc tit.* Quidam heredem peregrinum scripsit: Deinde Lucium ciuem Romanum scripsit ex residua parte, quam ille capere non possit. L. Titius assem obtinebit, vel vt heres testam. scriptus, vel vt substitutus, vel vt institutus, quia ille peregrinus nihil prorsus ex testam. capere potest *l. qui non militabat §. vlt. & seq. ll. eod. tit. D.* Quia, vt ait *l. 2.* residui appellatio etiam totum admittit: quod vtique valet, si diligenter aduertamus, etiam in l. Iulia residuorum, siue de residuis: Nam si curator aliquis Reipub. cui data est pecunia publica in rem aliquam publicam, nihil reliquatus sit, sed totam eam pecuniam consumpserit in rem suam, & nulla ex parte erogauerit in Rempublicam, reus est l. Iuliæ residuorum, quod recte residuorum appellatio admittat etiam totam pecuniam, *l. 4. §. sed & qui publicam pecuniam, D. ad l. Iul. peculat.* Pergamus porro: etiam serui alieni heredes institui non possunt, si dominicorum peregrini sint, vel deportati, quos constat esse peregrinos. Quoniam ita demum cum seruo alieno est testam. factio, si & cum domino eius testam. factio fuerit. Propterea quod seruus ex persona domini designatur siue personatur, nam alioquin seruus nullam personam haberet, sed vt noster Theoph. ait, ex persona domini χαρακτηρίζεται, id est, vt in glossematibus leges, *personatur.* Ergo serui alieni non recte heredes instituentur, si cum eorum dominis non sit test. factio. Et hoc ostendit *l. 10. h. tit.* Item serui proprii possunt institui heredes sine iusta libertate, quæ ciuem Rom faciat, quæ tamē hodie, etiāsi non sit nominatim adscripta, tacite videtur inesse institutioni ex *l. pen. de necess. seruis hered. instit.* Seruus a, cōmunis, i. quē testator cōmunem habet cū alio & cum libertate, & sine libertate heres institui potest. Cū libertate, si instituatur, quasi proprius propter partē nostram, non fit liber, sed adcrescit socio, secundum ius vetus, quod obtinuit ante Iustinian. cuius iussu, si adeat hered. nostrā, eam adquirit socio. Potest etiam seruus cōmunis heres institui sine libertate tanquā alienus propter partē socii, quæ nostra non est, *l. 3. in pr. D. h. t.* Si modo cū socio fuerit test. factio. Et etiam hereditas adquiritur socio per seruum, si iubente socio eam adierit, *l. veru §. si soc. pro soc & l. Plor. ad l. Fal.* concludit glossa peritissime in *l. 1. §. & si plures, ff. de cōm. seru. man.* Et huc præcipue pertinet, nempe ad seruum cōmunem heredē instit. species *l. 3. h. t.* quæ maxime desiderat & accurationē meam, & attentionem vestram. Ponamus ergo speciem. Miles seruū quem habet cōmunem cum fratre scripsit heredē, vt libertum suum, cum non esset libertus suus, sed seruus cōmunis hoc modo, *Ille libertus meus heres esto.* Ex quo non sequitur statim, credidisse eum seruū libertū suū, licet libertum appellauerit: ex eo non efficitur necessario testatorem credidisse eum suū libertum esse, *argumento l. ex verbis, sup. de testam. mil.* Excidit. n. sæpe nobis falsa demonstratio in heredib. instituendis, *l. falsa demonst. de cōd. & demonst.* quæ non vitiat institutionem. Vnde in specie proposita l. 3. ait, nasci quæstionē voluntatis, videlicet, vtrū testator instituturus eū esset, si seruum cōmunem nosset, an non? Quoniam præterea ponendum est, testatorē in eius locū substituisse vulgari modo L. Titiū in hunc casum, si neque nollet hereditatē, aut non posset adire. Et omnino tenor testam. hic fuit: *Stichus libertus meus heres esto: Et si Stichus heredit. meam noluerit, aut non potuerit adire, L. Titius mihi heres esto.* quæ est substitutio vulgaris. Quæritur, cum Stichus sit institutus vt libertus, nec sit libertus defuncti, an repellatur ab institutione: atque adeò eo repulso, an sit locus substitutioni vulgari? Queri etiā potest, an videatur etiā institutus cū libertate sub appellatione liberti. Et sicut in *d. l. ex his verbis. sup. de test. milit.* distinguit vtrum errore lapsus crediderit eū esse libertum suū, an habuerit animū miles dandæ libertatis, qui seruo suo vt liberto legauit aliquid: Ita etiam in specie *l.* 3. omniuo distinguendum est. & distinguit lex ipsa: Aut errore ductus libertū suum esse credidit, nec per eum ad alium quemquā, cuius iuri forte postea subiiceretur, hereditatem suam peruenire voluit, ita vt non fuerit instituturus, si nosset seruum cōmunem, quandoquidem voluit eum solum sibi heredem esse, sibique adquirere hereditatem, vt liberum hominē, non alii cuiquam, cuius iuri fortasse postea subiiceretur deductus in seruitutem. Et hoc casu ex volūtate defuncti, verba substitutionis *si hereditatē non adierit, vel adire noluerit,* sic interpretatur, (D) si hereditatē sibi non acquisierit vel quod noluerit, vel quod nō potuerit. Ideoq; cum ea verba ita sint interpretanda ex voluntate defuncti, cū ille sibi hereditatē non adquisierit, nec adquirere potuerit, cum subiectus sit alterius potestati, manifestū, etsi adierit iubēte domino, substitutioni locum esse, quia ipse sibi non adquisiuit hereditatē: Nam vbi quis quem heredem instituit, vt libertū suum, non aliter instituturus, si is libertus non sit, omnino inutilis est institutio. Sicut si quis aliquē heredem instituit vt filiū, qui est suppositítius filius quē non instituisset, si nosset suppositítiū, omnino institutio non valet, & ei suppositítio fiscus heredit. aufert quasi indigno *l. 5 sup. tit. prox. l. 1. §. vlt. sup. de Carbon. edic. l. 4. h. t. l. aufertur, in prin. D. de iur. fisc.* Et ita etiam si quis aliquē instituat, vt fratrē suū, nec is sit frater, omnino illa institutio (E) nihil valet, *vt in specie l. 7. h. t.* quæ talis est. Quidā habens filiū vnum, extraneum quendā adoptauit in locum fratris, quæ adoptio inutilis est, nam per adoptionē nobis adquirimus filios, vel nepotes, non fratres, vel patruos. Iure ciuili nulla est adoptio in locum fratris, nulla ἀδελφοποιΐα. Igitur ille, qui adoptatus est, non fit frater, posset fieri filius vel nepos per adopt. non frater. Ergò qui existimabā, eum mihi fratrē, simul eum heredem institui vt fratrem, vt duplici honore afficerē, & fratris & heredis, & heredē eum ex parte, filium autē meum ex reliqua parte heredē institui. hic frater adoptatitius, non erit heres, quoniam vt frater institutus est, sed pars eius hoc casu non auferetur a fisco, vt supra dictū est, de par-

te filii supposititii, sed adcrescet parti filii testatoris defuncti, quia nō est indignitas in adoptato fratre, quæ est in supposititio filio, & quod aufert fiscus supposititio, vt digno aufert. Neq; vero ita indignus existimabitur vnquā adoptitius, vt supposititius. Et ita est cōcilianda *l. 4. cum l. 7. h. t.* Verū ad eum etiā modū, si quis errore ductus eum seruum instituerit heredē, quē existimaret suū esse libertum, nō aliter instituturus, quā si esset libertus, non valet institutio: & substitutus vulgariter admittitur ad hereditatem. Et si is seruus cōmunis adierit iubente domino socio testatoris nihil agit, quoniā nō alii voluit hereditatē adquiri, sed ei tantum, quem heredē scripsit. Et hæc est prima pars distinctionis. Altera pars hæc est: Aut verba substitutionis, *si sibi hereditatem adire noluerit, aut non potuerit*, retulit ad ius, inquit, l. 1. .i. ad id quod in iure ipso, in reipsa & in veritate est. Et tū tūc ea quoque B
verba interpretamur secundū ius, & secundum rē ipsam & veritatem, nempe hoc modo: Si neq; sibi, forte manumissus, aut domino suo, hered. adquisiuerit. Et ideo si nolit adire hereditatē, ne iubente quidem domino: Potest enim seruus, cui datus est substitutus vulgari modo, quāuis iubente domino nolle adire, vt ait *l. pen. C. de iur. delib.* sicut etiam filiusfam. heres institutus dato instituto vulgari etiā iubente patre potest nolle adire, *l. filium, de auro & arg. leg.* Si itaq; in hac specie seruus noluerit adire iubente domino substitutus veniet, quia extitit casus substitutionis. Sed si paruerit domino & adierit, expirat substitutio vulgaris *l. post aditā, ff. de impub. & aliis subst.* Et hæc est sententia *l. 3.* verissima. Sed obiiciūtur *l. 3.* duo. primum *§. vlt. Instit. de vulg. & pupill.* deinde *l. neque §. si seruum de milit. testam.* quib. expositis, finis erit. In specie *d. §. vlt.* quidam instituit seruum alienū, quem existi- C
mabat esse liberū, & ei, si heres non esset, vulgari modo substituit Titium. Lex definit in ea specie propter ea, quæ inferius dicentur, [illegible] hereditatē esse patiendā inter substitutum & instituti serui dominum. Quod nō ita constituitur in *l. 3.* cum quis seruum communem heredē instituit, quem credebat esse libertum suum, hoc modo: *Ille libertus meus heres esto.* Sed dicemus in specie *§. vlt.* cum quis instituit heredē seruum alienum, quem credebat esse liberum, dato substituto vulgari, esse locum distinctioni positæ in hac *l. 3.* vt si omnino noluerit per eū heredem, quem credebat esse liberum hominē, ad alium peruenire hereditatem, si plane instituit vt liberum, non aliter instituturus, substituto locus sit omnimodo, qui eum solum voluit sibi heredem esse, non per eū alium. Cum igitur is heres non fit, patet locus substituto. Sed si D
verba ad ius retulit .i. si verba institut. ita accepit, si is quem instituo, & credo esse liberum, neque sibi hereditatem adquisierit, nec ei, cuius iuri postea subiectus esse cœperit: nam ex iure verba illa, si heres non erit, hanc vim habent in seruo alieno etiāsi testator credat esse liberū, si neq; ipse heres erit, neque alium heredē fecerit, in cuius dominium postea transierit, hoc casu verbis relatis ad ius ipsum, & veritatē ipsam rei, dubitabatur, an substituto locus esset nec ne. Substitutus dicebat se potiorē in hereditate esse, quod extiterit casus substitutionis: quia neq; ipse sibi adquisiuit hereditatem, neque ei, cuius iuri postea subiectus esse cœpit, sed ei in cuius dominio iam erat & fuit semper. Et verba illa substitutionis relata ad ius, pertinēt tantum ad liberum hominem, E
heredē institutū, qui postea seruus fiat; atqui nec ille liber fuit, nec postea liber factus est, sed semper seruus. Ergo extitit casus substitutionis, & potior est substitutus in ea hereditate. Cōtra dominus heredis instituti dicebat, hoc quo vtimur substitutus esse subtile nimis, propterea quod nihil referat vtrum in alterius dominio postea esse cœperit, an tunc temporis fuerit. Vnde dicebat dominus serui, verba substitutionis *si heres non erit*, sic esse accipiēda, si neque ipse sibi hereditatem adquisierit, neque ei, in cuius potestate forte est, vel in cuius postea potestatem venerit, res erat valde dubia. Ideoque ex decreto Tiberii Imp. diuisa est hereditas πυχυμερῶς inter substitutum & dominum heredis instituti, sicut legimus de Apollonio apud Philostratum, *lib. 2.* cū inter duos litigaretur de thesauro inuēto, & vterq; iustis & probabilibus rationib. niteretur, inter eos eum thesaurum ex æquis portionib. diuisisse, quod esset controuersia diremptu difficillima, & ita vt alias ostendi in *l. si paterf. & l. seq. h. t. ff.* idem proponitur quod in *d. §. vlt. de vulg. & pup.* vt fiant duo semisses, ita vt as ex æquis portionibus diuidatur inter substitutum & dominū serui heredis instituti. Nā cum esset scriptum, ita vt as, quod sæpe ei accidit, Tribonianus non notas, pro notis accepit. Et cum Iustin. iussisset a libris iuris omnes notas exsulari, omnia sigla, siue singula amoueri, vt vincla pro vincula dicimus. Cum igitur eas notas, vnde orta est cōtrouersia illa vexatissima, illud verbum as, accepisset pro notis, eas ita explanauit, *ita vt alter semis, &c.* Vnde orta est illa controuersia vexatissima inter doctores de illa *l. paterf.* in cōcordiā adducenda *cum d. §. vlt.* cum lex apertè dicat, vt duo semisses fiant, ita vt as diuidatur ex æquis portionibus inter dominum instituti serui & substitutū, quod & probat *l. sequens, & d. §. vlt.* & ita etiam inuenio in *l. redhibere §. pen. de ædilit. edic.* Tribonianum non notas accepisse pro notis in illo loco stipulationis ædilitiæ (*iisdem dieb. reddi*) quæ verba (*iisdē dieb.*) illo loco nullo modo congruunt, & cruciant animum, sed scribendum est (*id reddi*) nec interpretari hic & explanare eas notas, quasi notas: ita *iisdem dieb.* quod confirmat *lex itē si serui §. vlt. eod.* in qua ponitur eadem formula stipulationis, (*id reddi*) non *iisdem dieb. reddi.* Et facilius est quod opponitur *l. 3. h. t. ex l. neque §. si seruum, de milit. testam.* vbi etiamsi miles seruum proprium heredē sine libertate instituat, quem credidit esse liberum, dicitur omnino inutilē esse institutionem, indistinctè inutilem esse. Non adhibetur distinctio talis, qualis *in specie l 3.* Nec verò adhibenda est, quia nō aliter voluit hered. esse, quā si esset liber: siue ea retulit verba ad ius & ad veritatē ipsam, certū est seruum proprium heredē esse non posse sine libertate. Et rectissime in *d. § si seruū.* Acc. respondet ad *d. l. 3.* hoc modo; ibi inquit .i. in *l. 3.* erat seruus communis, vnde erat, qui quærere poterat hereditatem, nempe socius testatoris: hic erat seruus proprius, vnde non erat qui quæreret hereditatē. Igitur non potest heres esse, neque si testator eū aliter non esset instituturus, quā heres fit voluntate testatoris: si esset liber, quæ erat voluntas defuncti: Neque si ad ius ipsum vel veritatem referamus hanc rē, & consideremus, reuera eum esse proprium seruum institutum sine libertate, quoniam serui proprii institutio non valet sine libertate. Igitur seruus communis multū differt a proprio. Vt cætera absoluamus quæ continentur in h. t. *de her. inst.* sciendum est iis, qui heredes institui non possunt, iure veteri ex l. Papia adnumerari virū & vxorem, neque enim vxor testamento viri heres institui potuit, nec vir testam. vxoris, *l. vlt. inf. de infir. pœn. cœlib. l. 1. de his qui se defer. lib. 10. l. vlt. C. Theod. de legit. here.* Denique vt coniunx coniugem heredem instituere non potest, nisi forte compensandi debiti gratia, vt in specie *l. 6. hoc tit.* Vxor quæ marito dotis nomine certam pecuniam debebat ex stipulatione, moriens maritum heredem scripsit ex parte, ita vt eam portionem hereditatis compensaret in dotem debitam, quæ vtique cum sit aduentitia, lucro mariti cedit præmortua vxore *l. si ab hostibus, §. pen. sol. matr. l. Cels. de relig. l. 23. de euict. l. mulier, de cond. inst.* Maritum ergo vxor heredem fecit ex parte compensandi debiti gratia, debitæ marito dotis gratia. *L. 6. ait*, maritum alterutro debere esse contentum, nec posse vtrumque petere, & partem hereditatis, & dotem promissam, & ei non tantum obstare seueritatem legis & iuris, id est, legem Papiam, sed etiam defunctæ voluntatem, quæ cōpensare voluit cum debito portionem hereditatis, quā marito adscripsit. Certi tamen sunt casus, in quibus

bus libera erat inter maritos testamenti factio, vt si ius A liberorum a principe impetrassent, & aliis casibus plerisque, quos retulit Vlpian. *lib. reg. de sol. capac. inter vir. & vxo.* Et his casibus quibus mariti inter se solidi capacitatem habent ex testam. si vxor heres instituatur, in *l.* 5. *hoc tit.* dicitur, non ideo minùs iure institutam videri, quod non vxor, sed affinis testamento mariti nominata sit hoc modo, Affinis mea heres esto: Nam etsi propriè mihi affines sunt vxoris meæ cognati, non vxor mea, sicuti etiam cognati viri & vxoris, non sunt inuicem affines, vt soceri vel compriuigni, sed cognati vxoris sunt affines viro, & cognati viri sunt affines vxori. Vir autem vxori, aut vxor viro non est proprie affinis, sed maritus vel vxor, nec aliud coniunctionis nomen inter se proprium habent, quam mariti, & tamen non ideò minus vitiatur institutio, quod in instituenda vxore maritus non appellauerit vxorem, sed affinē suā, B quia nec proprie dicitur vxor affinis. Sed non dicitur etiam impropriè affinis, cum inueniamus etiam affinium nomen dari cognatis, puta filio fratris, qui nobis est cognatus, non affinis. Nam affinitas cōtrahitur ex nuptiis, id est, es mihi affinis, si soror mea tibi nupserit. Tamen, vt dixi, filius fratris dicitur etiam affinis, Spartianus in Iuliano, Iulianum despondisse filiam suā affini suo, quē Capitolinus in Pertinace dicit fuisse filium fratris, & Iuliani patruum. Pergamus ad reliqua. Notandum maximè censeo, quod proponitur in *l.* 9. *hoc tit.* his verbis, vt legitur in omnibus libris antiquis, & ita si sic legatur sensus est euidentior, *extraneum etiam cum moreretur heredem sibi scribi placuit*, puta hoc modo, *L. Titius cum morietur heres esto.* Nec enim videtur instituturus post mortē suam, alioquin non valeret institutio, sed videtur C institutus momento ipso moriendi, quod momentum semper in iure tribuitur vitæ, non morti. Si tribueretur morti, non valeret stipulatio, cum moriar mihi dari, sicut non valet iure veteri, quæ palam cōfertur post mortem stipulatoris, & quamuis nominatim non rectè detur hereditas ex die, quia circumscripto die heres scriptus protinus fit heres, non exspectato die si hereditatē adierit, *l. hereditas, D. hoc tit.* Tamen tacite etiam heredis institutio potest in diem conferri, non expresse, sed tacitè, vt diem illum exspectare necesse sit, hoc modo: *cum capere poteris heres esto, cum adoleueris heres esto, cum morieris heres esto, l. in tempus, de hered. instit. si l. mater, de vulg. & pupill. substit.* Vt sæpissime in testamentis, quædam expressa nullum effectum habent, quæ si verbis te- D gantur effectum & momentum aliquod habent, quamuis eandem significationem habeant, quam haberent expressa verba. Et in vsu hoc est frequentissimum, vt quæ expressa sunt non probemus, tacita probemus: vt expressim nihil in testamento cōtra leges decernere possimus, quoniam plane demonstramus nos velle impugnare ius publicum, quem animum nemo probaturus est. Tacite possumus etiam aliquid statuere aduersus leges. Bene autem ait hæc l. extraneum cum moreretur heredē scribi posse: Nam filius certe inutiliter institueretur, hoc modo: Filius meus cū morietur heres esto: quandoquidē institutioni filii nec mora nec cōditio iniici debet, & iis verbis (cū morietur) iniicitur mora. Quod etsi nō sit cōditio, tamen quod suspendat institutionem, veluti con- E ditio est, & certum est filium vel pure esse instituendū, vel pure exheredandum nisi sit conditio, quæ sit in eius potestate, quæ dicitur conditio potestatiua. Filius igitur institutus a patre suo cum morietur, pro præterito habetur ob longam moram. Et rectè lex 9. scripta est de extraneo non de filio. Præterea, quod valde notandum est ex *l. pen. hoc tit.* quod hodie sequimur semper, & est locus singularis, vt heres institutus ex rebus certis, vel ex re certa, veluti heres esto ex fundo Tusculano, legatarii loco habeatur, videlicet si adiecti sint alii coheredes scripti sine parte, vel scripti ex parte, puta ex semisse, triente, quadrante, sextante, ex vncia, adiectis aliis coheredibus ex parte aut sine parte scriptis, qui est scriptus ex fundo Tusculano, loco legatarii est, quod attinet ad actiones hereditarias, vt eas exercere non possit, vel pati non cogatur: & vt earum onus vel commodum respiciat tantum coheredes scriptos ex partibus, aut sine partibus, ipse verò fundum Tusculanum habeat sine onere vllo, atque sine commodo actionum hereditariarum, denique vt sit legatarij loco. Constat enim legatarium neque conuenire quemquam neque conueniri hereditariis actionibus, cùm iuris successor non sit, sed rei tantum. Sic igitur heres scriptus ex re certa adiectis coheredibus est successor rei non iuris, aut pro successore rei, non iuris habendus est. Et rectè *l.* 1. §. *si ex fundo, ff. eod.* si quis solus heres institutus sit ex fundo, eum habiturum totam hereditatem iure successionis, quod qui testatus est in fundo, videatur & in cæteris bonis testatus: propterea quòd vnum solum heredem paganus facere non potest ex re certa, id est, ex re certa tantum testatus esse, & ex cæteris intestatus. Ille sane sustinebit & exercebit omnes actiones hereditarias, quia pro eo habetur, ac si esset institutus ex asse. Atque ita *l. coheredi* §. *vlt. de vulg. & pup. sub.* eum, qui certæ rei instituitur heres, coherede alio non dato posse vindicare assem. Igitur quod est in *l. pen. hoc tit.* vt heres scriptus ex re certa, ex corpore certo, non ex parte assis, sit loco legatarii, verissimum est, cum ei adiecti sunt coheredes scripti sine parte, vel ex parte. Restat tantum *l. vlt.* in qua quæritur, an hæc institutio valeat: Sempronius Plotii heres esto. Et quidem si testator, qui ita scripserit, Sempr. Plot. heres esto, non nominetur Plot. sed Caius, finge, & voluerit tamen his verbis sibi heredem facere, videlicet in eis bonis, quæ iure hereditario a Plotio acceperat, rata est institutio, ratumque testamentum, quia rectè dicitur heres Plotii, qui est heres heredis Plotii, iuxta regulam antiqui iuris, vt ait Iustin. in *l. vlt.* heres heredis est heres testatoris. Secundum quam regulam, heres heredis Titii, & bona Titii sua esse petere potest, vel hereditatem Titii suam esse, *l. 3. de pet. her.* Idemque si velit esse heres heredis Titii, non potest separare bona Titii a cæteris bonis, quæ habuit heres scriptus a Titio, id est, non potest esse heres heredis Titii, quin etiam simul sit heres Titii *l. 7.* §. *vlt. de adquir. hered.* Item secundum eam regulam, possessio testatoris non tantum heredi accedit, sed etiam heredi heredis *l. 2.* §. *etiam, pro empt.* Et similiter mora, quæ facta est defuncto, non tātum heredi eius competit, sed etiam heredi heredis, *l. cum paterf. de vsur.* Et deinceps heredis heredi in infinitum, prout heres alterius heredem superuenit, vt Horatius loquitur, *velut vnda superuenit vndam.* Et ita *August. aduers. Iulian. Bona instar vndarum & fluctuum a succedentibus sibi dominis occupari.* Et sic a primo herede sequentes omnes in infinitum sustinent personam eius, qui primum heredem scripsit, quod & eius heredes esse censeantur. Et sic etiam in stipulationibus plerunque heres capitur per longam successionem. Rectè per longam successionem, vt loquitur *l. 2. de in litem iurand.* quia heres heredis non directo, & principaliter est heres testatoris, sed per successionem & per mediam personam, *l. vlt. de leg. 3.* non suo nomine sed aliorum nomine. Ergo cum testator ita dixit, *Sempr. Plot. heres esto*: & ita sensit vt Sempr. sibi heres esset ex iis bonis, quæ sibi obuenissent a Plotio, rata est institutio. Rursus si testator, qui sibi instituit Plotium, deinde subiiciat: *Sempronius heres esto*, hoc casu his verbis videtur Sempronium Plotio substituisse vulgariter in locum partemue eius, in hunc casum, si Plotius heres non esset. Et ita secundum hanc interpretationem, rata etiam erit hæc institutio, & siue hoc, siue illo modo ea verba interpreteris ratum est testamētum. Sed si quis voluerit Plotio testamentum facere his verbis, *Sempronius Plotij heres esto*, irritum est testamentum. nemo alii testamentum facit, sed sibi tantum, nisi filio

impuberi, quem habet in poteſtate, vel furioſo. Is enim A poteſt teſtamentum facere in hunc caſum, *ſi impubes aut furioſus deceſſerit*, nimirum facit teſtamentum iure poteſtatis, ei qui ſibi facere non poteſt. At filio puberi & ſano, niſi ſit miles, teſtamentum facere non poteſt, nec extraneo puberi, vel impuberi. Ergo ſi Plotius ſit extraneus, & pubes vel ſanus, id eſt, ſanæ mentis, & ita paganus ſcribat vel pronuntiet, *Sempronius Plotii heres eſto*, inutile eſt teſtamentum. Et rurſus ſi dixeris his verbis, *Sempronius Plotij heres eſto, teſtatorem heredem ſibi facere voluiſſe, ſed erraſſe in nomine ſuo & ſe pro Caio Plotium appellaſſe*, nunquam hoc recipiemus, nunquam hanc interpretationem admittemus, quia hoc eſt penitus improbabile, vt quis ignoret nomen ſuum, ſi ſanæ mentis ſit, alioquin non faceret teſtamentum. B Quædam ſunt penitus improbabilia, quæ vix aut ne vix quidem admittuntur in iure, vt ſuum quemquam nomen ignoraſſe in *l. vlt.* vel etiam ignoraſſe vires patrimonii ſui, quod etiam ægre admittitur, *l. quiſquis ſup. de reſcind. vendit.* vel etiam filium fratris ignoraſſe ſurditatem patrui ſui, cum quo vixit familiariter, *l. octaui gradus in fine, vnde cognat.* vel etiam maritum ignoraſſe fratris vxoris ſuæ conditionem, puta ignoraſſe eum eſſe liberum. Hoc etiam ægre admittimus, ſi maritus forte alleget fratrem ſuæ vxoris, quem quaſi ſeruum emit dolo malo ſciens ac fingat ſe ignoraſſe conditionem ſui affinis, *l. ſi filium, ij. de liber. cauſ.* Et ſimiliter non admittimus tutorem eundemque cognatum, ſi alleget ſe ignoraſſe ætatem pupilli ſui, *l. de tutela, ſup. de in integr. reſtit.* Denique quædam ſunt ita improbabilia, vt allegata ſtatim penitus reiiciantur, vt in hac *l. vlt.* vt ſi C quis alleget defunctum ignoraſſe nomen ſuum, & erraſſe in nomine ſuo.

AD TITVLVM XXV.

De inſtitut. & ſubſtitut. ſeu reſtitut. ſub cond. fact.

Hic titulus eſt de conditionibus, quæ iniiciuntur inſtitutionibus & ſubſtitutionib. directis, vel etiam ſubſtitutionibus precariis, id eſt, fideicommiſſariis hereditatibus, quæ in h. t. reſtitutiones dicuntur, quia Græci ἀποκαταστάσεις etiam ſubſtitutiones precarias vocant. Inſtitutio igitur alia eſt D pura, alia conditionalis. Pura ſtatim a morte teſtatoris hereditatem defert. Conditionalis pendet ex futuri euentus exſpectatione. Subſtitutio autem omnis videtur eſſe conditionalis, quia vel concipitur in caſum non adquiſitæ hereditatis, qui primus caſus dicitur & ſubſtitutio vulgaris, vel concipitur in caſum adquiſitæ hereditatis & mortis, aut ſi fiat liberis exheredatis in caſum mortis tantum, qui ſecundus caſus dicitur in *l. precibus tit. ſeq.* & ſubſtitutio pupillaris, quod fiat liberis tantum impuberibus & ad exemplum eorum etiam furioſis ex *l. humanitatis, tit. ſeq.* Vulgaris ſubſtitutio fit omnibus heredibus inſtitutis, cuiuſcunque ſint ætatis aut conditionis, vel expreſſa conditione, *ſi heredes non erunt*, vel etiam tacita, vt *l. vlt. ſup. tit. prox.* Sempronius Plotii heres eſto, videlicet prius inſtituto herede Plotio. Nec E eſt dubium, quin etiam recte fiat ſubſtitutio pupillaris non expreſſa conditione, hoc modo: *Sempronius Plotij filij mei impuberis heres eſto*, vel cum ille Plotius filius eſſet teſtatoris impubes, hoc modo Sempronius Plotii heres eſto. Quamobrem verius eſt, & ſubſtitutionem aliam eſſe puram, aliam conditionalem. Pura eſt, cui non ex teſtamento, ſed extrinſecus re ipſa tacite conditio ineſt, quæ iuris conditio dicitur in *l. boue, §. vlt. de ædilit. edic.* Et licet mora ſuſpendat ſubſtitutionē, ea tamen conditio iuris ſubſtitutionem conditionalem non facit, *l. conditiones, de condit. & demonſt. l. 6. quando dies leg. ced.* Et quod dicitur ſpem ſubſtitutionis non tranſmitti in heredem, *l. ſi ex pluribus de ſuis & legit. her. l. ſed ſi plures, l. Lucius §. vlt. l. qui habebat, de vulg. & pupil. ſubſtit.* Quod, inquam, dicitur, ſpem ſubſtitutionis non tranſmitti in heredem, hoc non facit conditio tacita ſiue conditio iuris, quæ ineſt ſubſtitutioni, ſed regula iuris, quæ vetat hereditatem non adquiſitam in heredem tranſmitti, cuius regulæ ratio eſt, quia omnis hereditas tranſmittitur in perſonam, non in rem. Et generalis eſt regula, quæ locum habet & in inſtitutionib. & ſubſtitutionibus, id eſt, ſiue per inſtitutionem ſiue per ſubſtitutionem deferatur hereditas, *l. vnica §. in nouiſſimo, inf. de cad. toll. l. 6. §. vlt. & l. 7. de inoff. teſtam. l. 1. C. Theod. de legit. her.* & locum habet etiam in bon. poſſ. *l. 3. §. adquirere, de bon. poſſ.* & in fideicommiſ. hereditate, *l. 11. §. vtrum, ad Senatuſconſ. Trebell.* Conditionalis autem ſubſtitutio eſt, cui ex ipſo teſtamento proponitur conditio certa, veluti ſi nauis ex Aſia venerit. Hæc diuiſio ſubſtitutionum in puram & conditionalem probatur ex *l. qui lib. impuber. de vulg. & pupil. ſubſtit.* Quid vero eſt inſtitutio? quid ſubſtitutio? quid reſtitutio? quid conditio? tot enim ſunt termini in h. t. Inſtitutio eſt prima ſcriptura teſtamēti, quæ primo heredi hereditatem defert. Subſtitutio eſt ſequēs ſcriptura teſtamenti, qua poſt inſtit. ſibi quis facit heredem, vel ſuis liberis teſtam. factionem non habentibus: vel ſubſtitutio eſt ſecūdi vel tertii inſtitutio, & ſic deinceps in infinitum. Reſtitutio a. eſt ſubſtitutio precaria ſiue hereditas ab herede ſcripto per fideicom. relicta. Cōditio a. eſt futuri caſus incertus euentus, vel huic tit. accommodatius: Conditio eſt lex adiecta inſtitutioni aut ſubſtitutioni directæ aut precariæ, quæ effectū eius differt in futurum & incertum euentum. Et alia eſt conditio poteſtatiua, alia caſualis, vt Iuſt. loquitur. Poteſtatiua conditio quæ dicitur a Græcis ἐξουσιαστική vel elegantius ἐφ᾽ ἡμῖν, ea eſt quæ ponitur in poteſtate & arbitrio heredis inſtituti, veluti, *ſi Capitolium aſcenderis.* Caſualis a. conditio eſt, quæ in caſu & euentu futuro fortuitoque ponitur, veluti *ſi nauis ex Aſia venerit. ſi Titius conſul factus fuerit, ſi hodie tonuerit, ſi fulſerit.* Et addamus etiam tertium genus, puta conditionem mixtam ex vtroq, quæ pendet partim ex voluntate heredis inſtituti, partim ex caſu, veluti, *ſi Titio conſule Capitolium aſcenderis*, in *l. vlt. §. vlt. inf. de caduc. toll. l. vlt. inf. de neceſſ. her. inſt.* Et inter hæc genera conditionum hæc ponitur differentia in *l. 4. h. t.* a cuius interpretatione incipiam, deinde cæteras omnes huius tit. ll. ſigillatim explicaturus. Filius non poteſt a patre inſtitui ſub omni conditione. Sub poteſtatiua inſtituitur recte, quia pro pure inſtituto habetur, cui apponitur cōditio, cuius ipſe arbiter eſt, vel quæ ex eius voluntate pendet. Inſtitutio facta ſub cōditione poteſtatiua habetur pro pura *l. 1. §. qui ſub cōditione, ſi quis omiſſa cauſa teſt.* Et qui ſub ea heres inſtitutus eſt, ſi conditionem nolit implere, non videtur deficere conditio, ſed ab eo omitti, *l. ſi libertus §. exiſtimo, de bon. lib.* Ideoque filius eo quod ſit inſtitutus a patre ſub conditione poteſtatiua patrem inteſtatum non facit, quia rite inſtitutus eſt, & proinde eſt, ac ſi eſſet inſtitutus purè, vti etiam ex l. 12. tab. omnino filium a patre aut pure inſtitui aut purè exheredari oportet, ne ſi prætereatur, patrem faciat inteſtatum. Quod ſi filius ſit inſtitutus a patre ſub conditione caſuali, & in eius conditionis defectum non ſit exheredatus a ſubſtitutis vel a coheredibus, pro præterito habetur, & patrem ſtatim inteſtatum facit. Idemque eſt ſi ſit inſtitutus ſub mixta conditione, quoniam & hæc partim caſualis eſt, *l. 4. l. iam dubitari, ff. de her. inſt. & l. 4. hoc tit.* Et ſumme eſt notandum hoc, quod dixi eſſe proprium in filio ex antiquiſſimo iure: Nam idem non ſeruatur in filia, aut nepote cæteriſque liberis, quoniam filia, nepos, & cæteri liberi recte inſtituuntur ſub qualibet conditione, propterea quod deficiente caſuali cōditione, ſi ſub ea inſtituti fuerunt, pro exheredatis habentur ex generali clauſula, quæ ſolebat præſcribi in teſtamentis: *Cæteri exheredes ſunto.*

l. Lectius, de lib. & post. Neque enim filia, nepos & cæteri liberi sunt exheredandi nominatim vt filii, & satis est si exheredentur inter cæteros perfunctorie, perfusorie, & generaliter illis verbis, *cæteri exheredes sunto.* Liberi scilicet, vel propinqui vel amici. Denique hoc est ex intima prudentia iuris in filio proprium, vt sit instituendus vel exheredandus nominatim, & vt non instituatur recte sub conditione casuali, vel mixta, nisi subiecta sit exheredatio statim in eius conditionis defectum, vt ei satisfiat omnimodo. Et hoc vtique verum est, vt filia, nepos, & cæteri liberi possint institui etiam sub conditione casuali vel mixta, non subdita exheredatione in defectum conditionis. Verum, inquam, hoc est, etiamsi nepos tempore testamenti obtineat locum sui heredis, nemine scilicet gradu præcedente, quod B patet exemplo filiæ, quæ procul dubio obtinet locum sui heredis tempore testamenti, & tamen recte instituitur sub qualibet conditione non subdita exheredatione nominatim, vt plane euidens sit in hac re hallucinari Accursium in hac *l. 4.* cum filio comparat nepotem, qui tempore testamenti sui heredis locum obtinet, vt scilicet idem sit iuris in vno, quod in altero. Et in eodem errore etiam versantur Ioannes, & Azo, vt idem Accursius retulit ad *l. 6. §. nepotes, ff. de hered. inst.* Nunc apertissima erit species *l. 4.* Pater in Mauritania prouincia, vt ponit lex, quæ illi erat patria, ita testatus est: *L. Titius filius meus si in patriam reuertatur mihi heres esto,* Id est, si in Mauritaniam reuertatur. Ille filius trans mare agit, & longissime, veluti Lugduni aut Romæ. Et cum esset aditioni præscriptus dies vel institutioni hoc modo: *Filius meus si in patriam reuertatur intra tot dies heres esto,* & non possit reuerti, non possit conditionem implere per hiemis conditionem, vel quem alium casum maio- C rem atque fortuitum, videtur institutus sub conditione casuali, quæ non est in eius potestate, & ideo hereditatem adire potest, iure intestati scilicet, quia pater iure testatus non videtur, qui filium heredem scripsit sub conditione casuali & difficili, vel etiam potest petere bonorum possessionem contra tabulas quasi præteritus. Et loquitur *hæc lex 4.* de filiofamil. de suo herede. & tamen dicit, eum adire hereditatem posse ab intestato, vt sæpe alias inuenies etiam suum heredem dici adire hereditatem, *l. si filius, de collat. bonor. l. si duo, de adquir. hered.* Quibus locis, vt in hac *l. 4.* vel adire accipitur pro miscere se hereditati paternæ, vel sane proprie, quia hoc tantum inuenitur scriptum, in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia ipso iure existunt etiam D inuiti & ignorantes, *l. in suis, de suis, & leg. hered.* In suis heredibus esse superuacaneam aditionem, *l. 7. de inoffic. testam.* Non quod non possint adire hereditatem si velint, & peragere solemnia cretionis siue aditionis. Et debeo huic legi etiam addere interpretationem *l. 1.* Species est apertissima: Auunculus neptem filiam sororis heredem scripsit sub conditione, *Si Lucio Titio nuberet.* Honesta est conditio, quæ non remittitur. Et ideo si per eam fiat, quo minus nubat Luc. Tit. heres non erit, quia deficit conditio institutionis, sed si per Luc. Titium fiat, quo minus ei nubat, quæ parata est ei nubere, nihilominus hereditatem adire poterit ex testamento, quia conditio pro impleta habetur. Res est facillima expeditu: nec fuit cur in specie tantum adlaboraret Accursius, E qui affixit amplissimam glossam dum opponit huic *l. 1. l. 4. inf. de condit. inser. tam legat. quam fideicom.* Cuius legis species hæc est: Legauit patruus filiæ fratris sub eadem conditione, *Si Lucio Titio nuberet* (nihil refert legauerit an instituerit) post mortem patrui L. Titius mortuus est, antequam ea mulier ei nuberet, an poterit accipere & vindicare legatum? Minime, quia defecit conditio: nec enim nupsit Luc. Tit. Quærit Accursius quemadmodum sit respondendum, adhibitis multis distinctionibus contrariis, cum vno verbo res absolui possit. in *d. l. 4. inf. de condit. insert.* cui est similis lex *in. Cod.* A *testamento, de condit. & demonst.* Mulier non admittitur ad legatum, quia conditio, *Si Titio nupserit,* defecit morte Titii, quæ contigit post mortem testatoris antequam ea Titio nupsisset. In specie a. l. 1. conditio pro impleta habetur, quando facto eius, in cuius personam conditio impleri debet, euenit, ne impleretur, iuxta regulam *l. in omnibus causis, de reg. iuris,* sicut & plerisque aliis casibus conditiones pro impletis habentur, quando ea persona, cuius interest, conditionem non impleuit, & ne ea impleatur impedimento est, vel etiam, vt in hoc casu, quoties ea persona, in cuius personam ea conditio impleri debet, non patitur eam impleri in suam personam. At *in d. l. 4.* vt dixi, quia post mortem testatoris mortuus est L. Tit. qui nullum impedimentum nuptiis attulerat, defecit conditio, propterea quod mortuus est eo tẽpore quo potuit a muliere impleri conditio, id est, post mortem patrui, quæ tamen non fuit impleta, quod obseruandum. Mortuum scilicet fuisse L. Tit. post mortem testatoris: Nam si viuo testatore mortuus fuisset L. Tit. aliud dicerem, nempe deberi legatum, quod L. Tit. mortuus sit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, nempe viuo testatore, qui eam voluit impleri post mortem suam contractis nuptiis cum L. Titio. Et hoc si obserues abscise, nihil obstabunt quæcunque alia adfert Accursius. Primum non obstabit *l. turpia, §. 1. de leg. 1.* cui similis est *l. filiæ, in prin. de cond. & dem.* species huius hæc est: Lego Caiæ centum, si arbitratu L. Tit. nupserit, id est, consulto L. Titio. Luc. Tit. mortuus est viuo testatore, & nupsit puella inconsulto L. Tit. qui non erat in rebus humanis, capiet legatum, quoniam per eam non stat, quo minus consulat, & sit parata consulere L. Tit. si superesset. Et L. Tit. decessit eo tempore, quo conditio impleri non debuit, id est, viuo testatore: Nam si decesserit post mortem testat. cum eum puella consulere poterat, conditio defecisse intelligitur. Et eadem est ratio *l. annua, in prin. de annuis leg.* Species hæc est: *illi lego tot, si cum matre mea moretur,* mortua est mater viuo testatore quo tempore non debuit morari cum ea, capiet legatum. Contra si mortua sit mater post mortem testatoris, antequam cum ea demorari cœpisset, non capiet legatum, quia defecit conditio. Eadem est etiam ratio *l. turpia, de leg. 1. & l. quæ sub condit. §. quotiens, de condit. instit.* Species hæc est: *Heres esto, aut tibi lego, si Stichum seruum tuum manumiseris,* quæ conditio impleri debet post mortem, vt quælibet conditio non promiscua, *l. 11. de cond. & demonst.* conditio talis fuit si Stichum seruum tuum manumiseris: & Stichus occisus est antequam manumitteretur, aut occisus est viuo testatore, cum nondum deberet manumitti, nondum impleri conditio illa, & capit hereditatem vel legatum, quod sub ea conditione relictum est. Sed si occisus sit Stichus post mortem testatoris, cum nondum esset manumissus, qui debuit manumitti, defecisse conditio intelligitur. Quod etiam probat *l. inde Nerat. §. idem Iul. D. ad l. Aquil.* & ita est concilianda *l. 4.* cum d. l. *turpia §. pen. & d. l. quæ sub cond.* posita supradicta distinctione vtrum seruus ille viuo testatore occisus sit, an post mortem eius.

Ad L. II. & III.

L. 2. Conditioni sub qua testamento matris tuæ heres instituta es, si non parուisti: locum habet substitutio: Nec enim videri potest sub specie turpium nuptiarum viduitatem tibi indixisse, cum te filio sororis suæ consobrino tuo probabili consilio matrimonio iungere voluerit. Nec extraordinario auxilio indiges, cum his precibus quas libello complexa es, declaretur, non per eum stetisse, quo minus supremæ voluntati matris tuæ testatricis satisfieret.

L. 3. Si mater vos sub conditione emancipationis heredes instituit, & priusquam voluntati defuncti pareretur, sententiam deportationis pater meruit, vel aliter defunctus

est morte eius vel alio modo patria potestat. liberati, ius A *adeundæ hereditatis cum sua causa quæsistis.*

QVo de genere conditionis institutionum apposita est *l.* 1. de eodem etiam est *l.* 2. cum puella heres instituitur sub conditione, *si certæ personæ nupserit, veluti Titio*, & est species huiusmodi *l.* 2. Mater filiam ita heredem instituit: Filia mihi heres esto si nupserit filio sororis meæ, consobrino suo. Hanc conditionem mater adscripsit, *vt ait l.* ducta probabili consilio, dum certa quadam ratione vult, filiam suam filio sororis suæ consobrino nubere. Lex prudens consilium testatricis spectat, *vt* in *l. Luc. Tit. in fi. de hered. inst.* Quod si filia heres non esset, mater in eius locum substituit Sempron. vulgari modo: Quæritur an hæc conditio remittenda sit filiæ, vt necesse non habeat eam adimplere, vt etiam ea non B impleta admitti ad hereditatem maternam possit, & excludere substitutum. Nam post admissam hereditatem si iure admissa sit, substitutio vulgaris extinguitur, *l. post aditam tit. seq.* Et tentari potest hanc conditionem esse remittendam, quasi turpem ex *l. non dubitamus, de cond. & demonstr.* Videtur turpis & inhonesta esse conditio, quæ vult inter se consobrinos matrimonio coniungi. Et consequenter quasi indicto turpi matrimonio, videtur filiæ indicta viduitas, quæ conditio viduitatis remittitur lege Iulia Miscella, non tantum sit fit expressa, sed etiam si tacite insit, *l. cum tale §. si arbitratu, de cond. & demonst.* Sed cum ex constitutionibus, quas Iustinianus probauit, certissimum sit, eam conditionem non esse turpem, & consobrinam consobrino honeste nubere posse, *l. celebrandis, C. de nupt. & §. duorum, Inst. de nupt.* C Consequens etiam est, filiam excludi ab hereditate materna, & vocari substitutum, si conditioni non obtemperauerit, si consobrino nubere noluerit, *l. cum ita legatum, de condit. & demonst.* Et additur in hac *l.* 2. etiam filiæ vt capere possit hereditatem maternam non impleta conditione, non subueniri in hac re extraordinario auxilio, puta data vtili hereditatis petitione aut persecutione, aut vtili interdicto, quorum bonorum. Omnis actio vtilis est extraordinarium iudicium & auxilium, vt in *l. cum filiusf. de reb. cred.* Cum dicitur subueniri extraordinario iudicio filiofamil. qui viaticum quod ei peregre agenti misit pater, alii mutuum dedit, hoc significatur, dari ei vtilem condictionem creditæ pecuniæ, vtilem actionem si certum petatur, directa nimirum competente patri ei confestim adquisita per filium, non filio. Nam regula iuris est, ex suis contractibus non dari D actionem filiofamil. sed patri eius. Cæterum absente patre ex omnibus contractibus etiam filiofamil. dantur & competunt actiones vtiles, quæ extraordinariæ dicuntur, & in factum actiones. Et ita accipienda est lex *in factum, de oblig. & action.* vt in factum actiones, id est, vtiles etiam per filiumfamil. exerceri possint. Extraordinarium igitur auxilium in hac l. 2. interpretor esse vtilem persecutionem hereditatis maternæ, quæ quidem, fateor, dabitur filiæ, si per consobrinum stet quo minus nuptiæ fiant, vt in *l.* 1. *hoc tit.* quia conditio habetur pro impleta. Et generaliter in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat. Si per filiamf. steterit, quo minus conditio impleretur, non per consobrinum, puta ea respuente conditionem, consobrino petente, hoc casu, de quo agit *l.* 2. nec ordinario, E nec extraordinario remedio filiæ aditus est ad hereditatem. *Non indiget*, inquit *lex*, *extraordinario auxilio.* Honestius quid aliis negamus, dum eo nihil illum indigere dicimus. Ergo si filia non præbeat obsequium matri, si per eam fiat, quo minus consobrino nubat, nullo modo capiet hereditatem maternam. Sed si per consobrinum fiat, non per ipsam, ei subuenitur extraordinario iudicio. Adnotandum etiam ei subueniri non impleta conditione extraordinario iudicio, consobrino mortuo viua testatrice. Ita est scriptum rectissime & consulta opera in *l. qui ex fratribus, de cond. instit.* Consobrino mortuo viuo testatore, quo scilicet tempore conditio impleri non debuit. Est enim hæc conditio ex numero earum, quæ promiscuæ vocantur, quæ non nisi post mortem testatoris implentur, *l.* 11. *de cond. & demonst.* Si est conditio potestatiua, quæ ideo dicitur promiscua, quod nulla sit potestatiua, quin possit esse casualis, id est, difficilis implendo, *Si Lugdunum ieris*, est potestatiua, Quandoque non est potestatiua, si quæ causa impediat, ne quis Lugdunum eat. Omnis potestatiua conditio est promiscua. Casualis non est promiscua, quia nullo casu potest esse potestatiua, in potestate nostra scilicet & in facili. Consobrino igitur mortuo viua testatrice filia veniet ad hereditatem maternam, sine vlla controuersia. Mortuo autem consobrino post mortem testatricis, si per eum non stetisset, dum vixit, quo minus nuptiæ fierent, filia repellitur ab hereditate materna, *l.* 4. *inf. de condit. insert. l. in testam. de cond. & demon.* Quæ distinctio vnam dirimit & multas alias controuersias de conditionibus, an si non sint impletæ, nihilominus vel heredes veniant ad hereditatem, vel legatarii perueniant ad legatum aut fideicommiss. vt ecce legato ita relicto sub hac conditione, *si Titio* 10. *dederit*, mortuo Titio viuo testatore debetur legatum, mortuo Titio post mortem testatoris, antequam legatarius dederit decem, non debetur legatum, *l. cum ita datur, de cond. & demonst.* Itemque legato relicto sub hac conditione, *Si Stichum seruum tuum manum.* Sticho mortuo viuo testatore, quo tempore non debuit manumitti, debetur legatum, *l. turpia §. pen. de leg.* 1 *l.* 8. *quotiens, de cond. inst.* Sticho autem mortuo post mortem testatoris ante manumissionem non debetur legatum, *l. inde Nerat. §. idem Iul. D. ad l. Aq.* Item legato relicto sub conditione, *lego Tit. centum, si moretur cum matre mea*, mortua matre viuo testatore, debetur legatum, mortua matre post mortem testatoris, cum nondum cum matre moraretur, non debetur legatum, *l. annua in prin. de annuis leg.* Vt autem aliquid de matrimonio inter consobrinos dicamus, prisco iure cum consobrinis fuit connubium vsque ad Theod. Imperat. qui prohibuit nuptias inter consobrinos sine venia Principis. *l.* 3. *C. Theod. de incest. nupt. l.* 1. *C. Theod. si nupt. ex rescript.* Quia scilicet consobrini sunt tanquam fratres & sorores, & dicuntur etiam fratres & sorores patrueles vel matrueles. Horruit Theod. licitum propter proximitatem illiciti, propter communionem nominis, censuitque, vt inter fratrem & sororem, ita & inter fratrem & sororem patruelem, qui consobrini dicuntur, prohibendas esse nuptias sine venia Principis. sed eam constitutionem Theod. statim non obtinuisse patet ex *d. l. celebrandis*, obtinuit tamen successu temporis, & eo iure vtimur. Qua de causa *d. l. celebrandis* non est in Basilicis, & in *d. §. duorum*, Theop. addit negationem, quasi essent illicitæ nuptiæ & iniustæ inter consobrinos. Et in *h. l.* 2. Basilica habent πρωτεξαδέλφῳ, prp consobrino: Nam in Oriente prohibitæ fuerunt nuptiæ tandem, non tantum inter consobrinos, qui sunt in quarto gradu, & dicuntur πρωτεξάδελφοι, sed etiam inter sobrinos, id est, inter sobrinarum filios, qui sunt sexto gradu, & dicuntur δεύτεροι ἐξάδελφοι, non tamen prohibitæ inter sobrinorum filios, qui dicuntur τριτεξάδελφοι, & sunt octauo gradu. Hodie igitur, quia eo iure vtimur, vt hæc conditio, si consobrino nupserit, habeatur pro illicita, vt inter consobrinos sint illicitæ nuptiæ, dicemus hanc conditionem esse remittendam, & habendam pro non scripta, nisi scilicet testator conditionem ad ius retulerit, & ita acceperit, *si consobrino, vti oportet, nupserit*, siue petita venia a Principe vel Pontifice. Etiam vetustiores videntur inter consobrinos nuptias non admodum approbasse: Nam & Æschylus scribit, filias Danai Argos venisse fugientes consobrinos, a quibus appetebantur, & nuptias eas vocat οὐ σεβασμίους γάμους, id est, *non venerabiles*, non persequendas vel appetendas.

appetendas. At forte non hac ratione, ſed alia, quod A conſobrinis eas inſequentibus & appetentibus nuptiæ admodum nefariæ & infelices fuerint, & infelicitas ſæpe arguit eas diſplicere naturę. Lex 3. eſt de alio genere conditionis, de conditione emancipationis. mater ſi filium hered. instituit ſub conditione emancipationis, *Fili heres eſto ſi a patre emancipatus fueris*, Filius non fuit emancipatus a patre, ſed ſui iuris effectus eſt alio modo, puta mortuo patre vel capite deminuto. Quæritur an admittatur & adire poſſit hereditatem maternam. Lex ait ius ei eſſe adeundæ hereditatis cum ſua cauſa, cum onere æris alieni, cum onere legatorum, etiamſi non emancipatione ſui iuris effectus ſit. Id lex ſumpſit ex voluntate defunctæ, quæ regit conditiones, & quæ ideo adſcripſit hanc conditionem, ſi a patre emancipatus fueris, ne patri per filium adquireretur hereditas, quoniam nole- B bat ad maritum ſuum bona ſua peruenire, quæ vtique etiam peruenient ad eum, ſi filius alias ſui iuris effectus ſit, vel mortuo patre, vel deportato vel in metallum condemnato ſine emancipatione vel dignitate aut ſacerdotio obueniente filio. Et hæc quidem ratio apponendæ conditionis eſt communis matri, & extraneo cuilibet & frequentiſſima. de herede inſtituto ſub conditione emancipationis *l. quidam, de hered. inſt. l. duos, l. Auia, de condit. & demonſt. l. filius, ſup. de inof. teſtam.* Vbi etiam ait matrem, quod mores mariti ſuſpectos haberet, filium heredem inſtituiſſe ſub conditione emancipationis, in quo cauſam exprimit apponendæ huius conditionis. Sic etiam in *l. vlt. de petit. hered. l. 3. §. ſi heres, de minorib. l. pen. vnde liberi, l. diui, de iure codic.* & *Plin. lib.* C *8. Epiſt. 18. Curtius*, inquit, *peroſus generum ſuum, ſub hac conditione filiam eius neptem ſuam heredem inſtituerat, ſi eſſet manu patris emiſſa*. Et Sueton. in Vitellio: hunc heredem a matre ſub conditione inſtitutum, ſi exiiſſet e patris poteſtate, manu emiſit. Frequentiſſimum erat, vt inſtitutis filiisfamil. hanc teſtatores conditionem apponerent, vt ad eos non ad parentes perueniret hereditas. Igitur hæc etiam conditio, de qua eſt lex 3. imponitur inſtitutioni probabili conſilio defunctæ, imo & omnis conditio teſtamenti. Nam vt natura nihil fruſtra facit, ita nec homo ſanæ mentis. Et conditio igitur eſt, vt iis definitionibus, quas prima recitatione tradidi, vtar, Conditio eſt lex certa, qua teſtator probabili conſilio alium ad ſuum teſtamentum inuitat. Quod vero propo- D nitur in hac *l. 3.* idem ſequendum ex diuerſo, nimirum caſu mortis, ſi ſit poſitus in conditione inſtitutionis, ducto ad caſum emancipationis: Nam *vt ex hac l. 3.* caſus emancipationis, ducitur ad caſum mortis vel alium caſum, quo filius ſui iuris fiat: ita ex diuerſo caſus mortis deducitur ad caſum emancipationis, vt ſi filius inſtituatur ſub hac conditione, *ſi morte patris ſui iuris fiat*, & emancipetur a patre, ſtatim capiet hereditatem ex tacita voluntate teſtatoris, qui ideo expreſſit tantum caſum mortis, quia credebat patrem eum non emancipaturum, ac proinde non relicturum filio commodum hereditatis. Denique etiam caſus mortis trahitur ad caſum emancipationis, & quemlibet alium, quo ſui iuris fiat: Quæ eſt ſententia *l. fideicomm. §. ſi cui ita fuerit, de leg. 3.* E *& l. mulier, ad Senatuſconſ. Treb. & l. ſi ita eſſet, Quando dies leg.* Nec dicendum eſt, expectandam eſſe mortem patris, ſi filius eius ſit a matre vel extraneo inſtitutus ſub conditione, ſi morte patris ſui iuris fiat. Nam poſſet quis dicere, ſi emancipatus ſit, adhuc tamen eſſe expectandam mortem patris, antequam adeat hereditatem teſtamento delatam. Et prima fronte hoc videtur adſtruere *d. §. ſi cui ita fuerit*, niſi adhibeatur interpretatio. Primum enim lex ait, fideicommiſſum ita relictum filiofamil. ſi morte patris ſui iuris fiat, tum ſubiicit, filio emancipato a patre non videri defeciſſe conditionem, quod conuenit cum ſuperioribus omnino. Verum ſubiicit, ſed & cum mors patri contingat, quaſi exiſtente conditione ad fideicommiſſum admittetur, vt videatur exigere mortem patris, nec ſit contentus emancipatione. Sed hic eſt omnino ſenſus huius legis, vt admittatur ad fideicommiſſum, ſiue contingat mors patris ſiue emancipatio filii. Vtroque caſu vt dies fideicommiſſi cedat ex tacita voluntate defuncti, cui potiſſimum adſeruire debemus, quæ regit & facit conditionem, non ſermo, non ſcriptura conditionalis, *l. in conditionibus, & l. pater, de cond. & demon.* Et ita etiam in *l. vlt. hoc tit.* demonſtrabitur in ſubſtitutionibus ſæpiſſime caſum expreſſum duci ad tacitum, & vbique eſſe ſeruandam ſemper defuncti voluntatem.

Ad legem V.

L. 5. Reprehendenda tu magis es, quam mater tua: illa enim ſi heredem te ſibi eſſe vellet, id quod eſt inutile, matrimonium te dirimere cum viro non iuberet, tu porro voluntatem eius diuortio comprobaſti. Oportuerat autem etſi conditio huiuſmodi admitteretur, præferre lucro concordiam maritalem: Enimuero cum boni mores hac obſeruari vetent: ſine vllo damno coniunctionem retinere potuiſti. Redi igitur ad maritum, ſciens hereditatem matris, etiamſi redieris, retenturam: quippe quam retineres, licet prorſus ab eo non receſſiſſes.

Lex 5. hoc tit. tractat de conditione diuortii, & valde pertinet ad bonos mores. Mater filiam inſtituit ſub conditione, ſi a marito diuerteret. Hæc conditio eſt inutilis, quia eſt contra bonos mores & remittitur, *l. 2. inf. de condit. inſert. l. 8. de vſu & habit.* Et ait *d. l. 2.* eam nonnunquam remitti, quia aliquando poſſit eſſe diuortii iuſta cauſa & probabilis. Frequentius remittitur. Igitur filia heres inſtituta a matre ſub conditione diuortii, etiamſi non diuertat a marito, hereditatem maternam capere poteſt. Et ſi forte diuertat, dum putat ſe aliter non poſſe peruenire ad bona matris, quam ſi pareat voluntati eius, id eſt, conditioni teſtamento ſcriptæ & diſcedat a marito, ſi inquam hoc faciat filia per imperitiam, neſciens diuortii conditionem iure publico remitti, maiori reprehenſione eſt digna, quam mater, quæ diuortium indixit, vt ait hæc lex rectiſſime & ſanctiſſime: Nam mater odio generi filiæ diuortium indixit genere conditionis. Filia lucri auidior, quam fidei & concordiæ maritalis diuortium fecit, mater voluit diuortium fieri, filia diuortium fecit, maius eſt delictum facientis quam iubentis, vt recte colliges ex *h. l. 5.* Suadent ergo merito Impp. filiæ, quæ per imperitiam diuertit a marito, dum putat, non niſi facto diuortio hereditatem maternam adire poſſe, vt redeat ad maritum & nihilominus retineat bona materna, quæ & habuiſſet & retinuiſſet, etiamſi non diuertiſſet. Hæc eſt ſententia legis 5. cui addenda eſt etiam explicatio *d. leg. 2. inf. de cond. inſer.* maxime quod in ea dicatur eius legis ſpecies multum longeque ab iſta lege differre. Sciendum eſt heredem, a quo legatum relictum eſt in diem certum, ex edicto Prætoris interim ante diem debere cauere legatario de legato ſoluendo cum dies venerit, ſi hoc legatarius deſideret & petierit, niſi ſcilicet teſtator heredi hanc conditionem remiſerit: Poteſt enim remitti ex conſtitutione D. Marci quolibet indicio voluntatis, *l. 2. inf. vt in poſſ. leg.* Nam finge: pater filiam heredem ſcripſit, & ab ea Lucio Titio legatum reliquit in diem certum, vel in conditionem certam: idem filiæ ſuæ remiſit cautionem eius legati, ſi a marito diuerteret, dum cauit, vt ita demũ hanc caueret cautionem legatario, ſi a marito non diuerteret. Si igitur diuertit, vt nõ ſubiret onus cautionis: Illa vero non diuertit a marito, nõ paruit volũtati patris, qui omnino volebat eam diuertere a marito, & fecit vt probam decet, quæ fidem ſeruauit viro libentius, quam paruit patri. Sed ſi ideo etiam detrectet cauere de legato, facit improbe contra voluntatem patris, quæ pugnabat cum vtilitate publica, quæ exigit ne temere coniugia diſſol-

uantur, fecit improbe contra patris voluntatem, contra ius publicum, id est, contra edictum Prætoris, simul & contra voluntatem patris, non cauendo de legato. Nam quatenus non diuertit a marito, facit quidem contra voluntatem patris, sed secundum bonos mores, quatenus non cauit de legato, facit & contra edictum prætoris, & contra voluntatem patris, qui voluit eam cauere de legato, si non diuerteret. Igitur si non diuertat, omnino cauere debet de legato, & alia est causa legati aut hereditatis filiæ relictæ sub conditione si diuerteret: Nam si non diuertat, nihilominus heredit. aut legatum capiet. Remissa autem cautione legati si diuerteret, si non diuertat, non remittitur etiam cautio legati, quia absurdum est negligi formam edicti perpetui quod non paret voluntati defuncti. Igitur fecit quidem probe si non diuertat, sed facit improbe si hoc colore, quod non obtemperauerit patri diuertendo, velit se exonerare onere satisdandi, aut fideicommisso. Hæc est sincera interpretatio huius legis 5. Transeamus ad legem 6.

Ad Legem VI.

Generaliter sancimus, si quis ita verba sua composuerit, vt edicat, si filius vel filia intestatus vel intestata, vel sine liberis aut sine testamento, vel sine nuptiis decesserit: & ipse vel ipsa liberos sustulerit siue nuptias contraxerit, siue testamentum fecerit: firmiter res possideri, & non esse locum substitutioni eorum vel restitutioni. Si enim nihil ex his fuerit subsecutum: tunc valere conditionem, & res secundum verba testamenti restitui, vt incertus successionis morientis exitus videatur, certo substitutionis vel restitutionis fine concludi. Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem [illegible]m habuerit: pro[illegible] verborum angustias liberos eius omni pene fructu paterno defraudari? Viam itaque impiam obstruentes, vt ne quis alius deuiet, huiusmodi facimus sanctionem: & hanc legem in perpetuum valituram inducimus, tam patribus quam liberis gratam: quo exemplo etiam aliis personis, licet extraneæ sint, de quibus huiusmodi aliquid scriptum fuerit, medemur.

¶ *Cum autem inuenimus excelsi ingenij Papinianum in huiusmodi casu, in quo paterfiliis suis substituit, nulla libeberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse, euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit, intelligentem non esse verisimile, patrem si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem: humanitatis intuitu hoc latius & pinguius interpretandum esse credidimus, vt & si quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vsque ad modum, quem nos statuimus, & substitutioni eos subiugauerit, nulla liberorum eorum mentione facta: & hic intelligi euanescere substitutionem, liberis eum excludentibus, & intellectu optimo his, qui ad substitutionem vocantur, obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire, sed ad filios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente, & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis & fideicommissis specialibus locum habere sancimus.*

DVæ quæstiones in hac *l. 6.* explicantur a Iustiniano. Prima pertinet ad hanc speciem: Quidam in testamento ita scripsit: *Rogo te mi heres, vt si sine testamento, vel sine liberis, vel sine nuptiis vita decesseris, hereditatem restituas Caio Seio*, id est, si intestatus, orbus vel cœlebs vita decesseris. Hæc est sententia testatoris. Decessit intestatus, non orbus, non cœlebs. Quæritur an fideicommisso locus sit? Quod videtur, quia dixit sub disiunctione, si intestatus vel orbus vel cœlebs decesseris, sufficit vnum euenire, vt monet disiunctiua oratio, & ita

A euenit vnum, quia intestatus decessit. Hoc satis est vt sit fideicommisso locus. Aliter tamen statuit Iustinianus, aut statuendum censet ex præsumpta voluntate defuncti, quasi præsumpsisset defunctus disiunctionem pro coniunctione, vt non admittatur ad fideicommissum L. Titius, nisi & intestatus & orbus & cœlebs decesserit, quod est in iure frequentissimum vt coniuncta accipiantur pro disiunctis, & retro disiuncta pro coniunctis, quod in *l. pen. inf. de verb. sign.* appellatur ὑποδιάζευξις, id est, falsa disiunctio, quæ coniunctio potius est, & Latine vno verbi dicitur subdisiunctio, cui contraria est ὑποσύναψις, id est, falsa coniunctio, quæ sit pro disiunctione accipienda ex mente scriptoris, vel eius qui hæc verba nuncupauit. Hoc igitur in prima parte huius legis statuit, vt intelligatur in his verbis, *Si intestatus vel orbus vel cœlebs decesserit*, esse subdisiunctionem, seu ὑποδιάζευξιν potius quam disiunctionem, vt scilicet (*vel*) accipiamus pro coniunctione, nec aliter vocemus fideicommissarium, quam si hæc tria euenerint, id est, si intestatus & orbus & cœlebs decesserit, & non si vnum vel duo ex his euenerint. Fuit hac de re controuersia inter iuris peritos, quam Iustinianus demum voluit in hac lege dirimi & finiri. Transeamus ad alteram quæstionem quæ est in §. *cum autem.* Finge: liberi, veluti filius aut nepos, aut pronepos a parente heredes instituti sunt, & rogati hereditatem restituere post mortem suam Lucio Titio, nullo herede adiecto: *Rogo te fili mi, vt post mortem meam hereditatem restituas Lucio Titio.* Sciendum est, ita demum fideicommisso locum esse, id est, substitutioni precariæ, si liberi heredes instituti decesserint sine liberis: Nam si liberos reliquerint, liberi eorum fideicommissarium excludent, licet simpliciter & pure rogati sint ei hereditatem restituere post mortem suam, non adiecta conditione hac, *si sine liberis decesserint*, quia hoc semper intelligitur, cum scilicet liberi sunt instituti & onerati fideicommisso hereditatis: Idque sumitur ex voluntate defuncti, quia præsumitur patrem a filio vel a nepote L. Titio relicturum fideicommissum non fuisse, si nepotem aut pronepotem cogitasset ex eo nasciturum. Et hanc præsumptionem, & coniecturam ex pietate paterna primus duxit Papinianus, vt fuit acutissimus coniector perscrutandæ voluntatis testatorum, & ll. qui bene coniicit ne dicas vatem, sed etiam Iurisconsultum esse optimum. Et hanc coniecturam quam primus dixit Papinianus ex pietate paterna, approbat Iustinianus in *l. cum acutissimi, inf. de fideicommiss.* Et exstat Papiniani responsum in *l. cum auus, de condit. & demon.* Ergo secundum hanc coniecturam pietatis paternæ conditio si sine liberis decesserit, quæ non est apposita, pro apposita habetur, & minus scriptum, quam dictum intelligitur. Denique cuilibet institutioni precariæ factæ liberis, tacite inest hæc conditio, *Si sine liberis decesserit.* Et est pene similis coniectura in specie legis *cum pater* §. *cum inter, de leg. 2.* Qui habet plures libertos & libertas, eis reliquit fundum, & petiit, vt eum fundum in familia libertinorum retinerent. Ex iis liberta vna suscepit filium, qui quidem, vt est euidentissimum, non est ex famil. libertorum, sed ex aliena, nimirum patris sui familia, non ex familia matris, & vult liberta partem, quam in eo fundo habet, in filium transferre, exclusis collibertis, quibus omnibus simul lex indicta erat, ne fundus exiret de familia eorum. Exit de familia eorum si transit ad filium libertæ, qui est ex familia aliena. Et tamen lex ait, filium libertæ præferri collibertis, quod patronus videatur voluisse, vt liberti partes suas conseruarent suis liberis, & his deficientibus, collibertis, & ita demum fideicommisso locus esset, si non filiis aut collibertis, sed aliis partes suas darent vel relinquerent. Et eadem est coniectura pietatis patroni erga filium libertæ, qui & ipse libertus est, si vterque sit vno eodemque testamento manumissus, vt sæpe manumittitur pater vel mater cum filio, ne seiungantur,

vt adhæreat semper alter alteri, & ne dura separatio A inducatur. Hanc autem definitionem, cuius, vt dixi, auctor est Papinianus, & approbator Iustinianus, in *hoc* §. Iustinian. etiam porrigit ad filios naturales, id est, quæsitos ex concubinatu, siue contubernio, non ex iustis nuptiis: Nam siue instituti sint filii iusti, id est, quæsiti ex iustis nuptiis, siue naturales, & rogati restituere hereditatem post mortem suam fideicommissario, tacito sensu, & optimo intellectu, vt ait, *καλῶς οἱ πάλαι* inest hæc conditio, si sine liberis decesserint. Idem Iustinianus porrigit hoc loco ad legata & fideicommissa specialia, vt si liberis iustis vel naturalibus legatum relictum sit, quod rogati sint restituere post mortem suam, id non debeatur, si liberos reliquerint. Illud interea valde notandum est, hanc conditionem, si sine liberis decesserint, siue exprimatur siue tacite intelligatur semper B ita esse accipiendam, si sine liberis iustis decesserint. Liberi enim naturales non excludunt fideicommissarium. Et hæc est honesta interpretatio, ne videatur inuitari ad procreandos iniustos liberos. Ergo siue sit expressa siue tacita conditio, semper est accipienda de iustis liberis, non de naturalibus. Et hoc lex significat in fine hoc loco, *sine iusta sobole*. Et confirmat lex *ex facto* §. *si quis rogatus, ad Senatusc. Trebell.* Et generaliter verum est, liberorum appellatione contineri iustos, non naturales, nisi aliud suadeat voluntas defuncti: totum enim facit voluntas defuncti, vt in specie *l. cum pater* §. *volo, de leg. 2.* vbi proponitur eadem conditio, *si sine liberis decesserint*, liberorum appellatione continetur filius naturalis in seruitute susceptus a patre, propterea quod comprehendebatur fideicommisso & legato, id est, οἱ & patri C colliberto & aliis collibertis simul idem fuerat per fideicommissum relictum, vt qui continetur fideicommisso ex voluntate defuncti, facile videatur etiam contineri conditione fideicommissi, *si sine liberis decesserit*. Et sic etiam in *l. vlt. inf. de iure delib. l. Lucius* §. *Damæ, de legat. 2. l. heredibus* §. *vlt. ad Senatusc. Trebell.* ex voluntate defuncti, non aliter, liberorum appellatione etiam naturales comprehenduntur.

Ad L. VII.

LEx septima est constitutio Græca, & est pars legis *53. §. 2. sup. de episc. & cler.* Sententia constitutionis hæc est: si legatum aut fideicommissum relictum sit ab herede sub conditione, *si sine liberis decesserit*, & heres D nullis susceptis liberis deuouit se in monasterium vel clerum, ita vt iam non possit vxorem ducere, & nulla sit spes procreandorum iustorum liberorum, vt tamen fideicommissum non debeatur quasi conditione existente fideicommissi, quod iam certum sit, hunc iustos liberos non procreaturum, qui transiit in Monasterium, & tamen vt dixi, non est fideicommisso locus. Quinimo poterit heres res fideicommisso relictas erogare in pias causas, nec seruantur fideicommissario. Et ratio hæc videtur esse, quia hæc conditio videtur tantum imposita iis, qui sunt in ea conditione, vt liberos iustos suscipere possint, non qui conditionem suam mutarunt in melius, vt vitam viuerent cœlibem. Eodemque modo, E quod prima specie videtur esse nouum, si cui sit relictum fideicommissum sub conditione liberorum hoc modo, cum liberos susceperis, & hic non susceptis liberis (quæ conditio accipitur etiam de iustis) dederit se in monasterium vel in clerum, ita vt iam non possit sperare nuptias vel liberos, ei statim debetur fideicommissum, siue sit mas siue fœmina. Deuota igitur virgo (sic ab Ausonio sanctimonialis appellatur) cui fideicommissum relictum erat sub conditione liberorum, statim feret fideicommissum atque deuouerit se. Sic igitur statuo: deuotis personis, quæ abdicato mundo sese deuouerunt numini & Maiestati diuinæ, has conditiones remitti, id est, conditionem liberorum, vt ea obliterata nihilominus consequantur fideicommissum, quod eis sub conditione liberorum relictum est, vel etiam obliterata conditione si sine liberis decesserint vt non onerentur fideicommisso.

Ad Leg. VII. VIII. & penult.

Si quis heredem scripserit sub tali conditione, si ille consul factus fuerit vel prætor, *vel ita filiam suam instituerit heredem*, si nupta fuerit: *viuo autem testatore, vel ille consul processerit, vel prætor fuerit factus, vel filia eius nupta fuerit, vel viuo adhuc testatore consulatum quidem vel præturam ille deposuerit, filia autem eius a marito diuerterit, omni veterum dubitatione explosa sancimus, quandocunque* B *impleta fuerit conditio, siue viuo eo, siue mortis tempore, siue post mortem, conditionem videri esse completam. Quod & in legatis & fideicommissis & libertatibus obtinendum esse censemus: ne dum nimia vtimur, circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur.*

L. 8. Si testamentum ita scriptum inueniatur, ille heres esto secundum conditiones infra scriptas, *si quidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est: superuacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, & testamentum puram habere institutionem. Et argumento vtimur quod Papinianus respondit, Vicos Reipublic. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte* C *præuentus non fecit. Sin autem conditiones quasdam in quauis parte testamenti posuit: tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, & sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quæ infra conscripta sunt.*

IN lege 8. proponitur heres scriptus sub conditione *si Titius Consul factus fuerit*: & filia heres scripta sub hac conditione, *si nupta erit*. Prior conditio est casualis, *l. si quis instituatur*, §. *pen. de hered. instit.* Posterior quoque est casualis. Et alia est conditio si nupta erit, alia si nupserit. Hæc iniungit nuptias, illa non iniungit nuptias, sed confertur in casum euentumque futurum. Quæritur autem hæ conditiones, *Si Titius Cos. factus fuerit, si Titia nupta erit*, quo tempore implendæ sint? Casualis conditio quolibet tempore impleri potest, aut D viuo aut mortuo, aut moriente testatore, *l. 2. l. 11. de cond. & demonst.* Hæ autem conditiones sunt casuales, ergo post factum testamentum, si viuo testatore Titius consul factus fuerit, licet eodem viuo consulatu abierit, vel si viuo testatore filia nupta fuerit, licet eodem viuo nupta esse desierit, conditio institutionis impleta esse videtur: Semel enim conditionem impleri sufficit. Et ita omnino definit Iustinianus in hac *l. 8.* antiquata illorum sententia qui existimabant propositas quidem conditiones *in hac l.* non impleri posse viuo testatore, sed ita demum habendas esse pro impletis, si Titius esse consul perseuerasset in diem mortis testatoris, vel si Titia in eum vsque diem nupta permansisset, quod Iustinianus non desiderat. Et ait *l. si consul processerit*, respiciens ad E solemnes, quæ in vrbe publice fiebant pompas, & processus Coss. quos ὑπάτους vocat in *Nouella de Coss.* de quibus est lex *nam & Imp. D. de donat. int. vir. & vxor.* Sequitur lex *pen.* Quidam ita scripsit, *ille heres esto sub conditione infra scripta*, nec vllam conditionem infra scripsit, ait Iustinianus in hac *l. penult.* si nulla inueniatur conditio infra scripta, puram esse institutionem, siue data opera, siue obliuione, siue præueniente morte conditionem testator omiserit, nullius momenti esse pollicitationem conditionis. Et hoc confirmat ex responso Papiniani, id est ex *l. cum pater* §. *vlt. de leg. 2.* Cuius species hæc est: Quidam legauit vicum Reipub. vicum non pagum, nam pagus significat prouinciam. Vnde in

idiotiſmo dicimus *pays*. Pagi nomine ſignificatur vniuerſitas ciuitatum apud bonos auctores, Plinium, Cæſarem, Tacitum: & inde in teſtamento Caroli magni, pagus Turonicus, Cabilonenſis, Matiſconenſis. Igitur magna eſt differentia inter vicum & pagum: vicum inquam, Reipublicæ quidam legauit, cuius fines infra ſcriberet, nec infra fines vllos ſcripſit, & certum tamen eſt, quem vicum legauerit, nec ſunt eius vici fines incogniti. an debetur legatum ob præteritam circumſcriptionem finium, quam teſtator pollicitus eſt? Et Papinianus reſpondet non ideo minus valere legatum, quod fines non ſcripſerit: & ita etiam non ideo minus valet inſtitutio, quod nulla, vt pollicitus erat teſtator, infra fuerit inſcripta conditio, quinimo inſtitutio pro pura habetur. Neque obſtat, *l. quotiens* §. *tantundem, de hered. inſtit.* quæ valde cruciat Accurſium, quæ lex ait, eum pro inſtituto non haberi, qui heres ſcriptus eſt pure, cum teſtator eum deſtinaſſet ſcribere ſub conditione. Sed nihil eſt, quod tam facile expediri poſſit, ſi dicamus breuiter & perſpicue, in illo §. *tantundem* errorem fuiſſe, quoniam pure fuit ſcriptus, quem teſtator ſcribere voluit ſub conditione, quoniam minus ſcriptum eſt quam dictum fuerit. Error hic vitiat inſtitutionem quaſi non videatur ſcripta ex iudicio defuncti. In ſpecie autem *l. pen.* nullus fuit error, ſed obliuio polliciti tantum, vel omiſſio conſulta, vel præſtandi polliciti morte prærepta facultas. Et nihil eſt præterea quod neceſſe ſit adnotare ad l. penult. Pergamus ad l. vlt. cuius ſpecies elegantiſſima, & vtiliſſima.

Ad L. vlt.

Cum [illegible] prægnantem habens coniugem, ſcripſit heredem ipſam quidem ſuam vxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, & adiecit, ſi non poſtumus fuerit natus, alium ſibi heredem eſſe, poſtumus autem natus impubes deceſſit: dubitabatur, quid iuris ſit? tam Vlpiano quam Papiniano viris diſertiſſimis, voluntatis eſſe quæſtionem ſcribentibus, cum opinabatur Papinianus eundem teſtatorem voluiſſe poſtumo nato & impubere defuncto, matrem magis ad eius venire ſucceſſionem, quam ſubſtitutum: Si enim ſuæ ſubſtantiæ partem vxori dereliquit, multo magis & luctuoſam hereditatem ad matrem venire curauit. Nos itaque in hac ſpecie Papiniani dubitationem reſecantes, ſubſtitutionem quidem in huiuſmodi caſu, vbi poſtumus natus adhuc impubes viua matre deceſſerit, reſpuendam eſſe cenſemus. Tunc autem tantummodo ſubſtitutionem admittimus, cum poſtumus minime editus fuerit, vel poſt eius partum mater prior deceſſerit.

Lex vltima eſt de ſubſtitutione directa, quod facile ſero propter vicinitatem tit. ſeq. qui eſt de ſubſtitutionibus directis. Nam & cæteræ omnes leges huius tituli ſunt *de inſtitutione & ſubſtitutione precaria, & de conditionibus in eis appoſitis.* Qua de cauſa in rubrica ipſa, *de inſtit. & ſubſti. ſeu reſtitutionibus*, opinor articulum (*ſeu*) additum, explicandi non ampliandi cauſa, & ἐν διαδοχῇ, in *l. 6.* ſubſtitutioni vel reſtitutioni, id eſt, ſubſtitutioni precariæ, & in *l. 7.* quæ Græca eſt, ἀποκατάστασιν ἢ ὑποκατάστασιν, reſtitutioni vel ſubſtitutioni. Sciendum eſt, vt accedamus ad quæſtionem huius *l. vlt.* in ſubſtitutione vulgari, quæ fit filio impuberi a patre herede inſtituto, tacite ineſſe ſubſtitutionem pupillarem, & viciſſim in hac illam, id eſt, vulgari ineſt tacita pupillaris, & pupillari tacita vulgaris: quod an ita eſſet, non erat olim certum, vt conſtat ex notiſſima illa Curiana, cuius multis in locis mentionem faciunt Cicero & Fabius. Sed hodie ex conſtitutione diuorum fratrum certum eſt in vulgari ineſſe pupillarem, & viciſſim in hac illam, vnius caſum duci ad caſum alterius in *l. 2.* §. *pen. l. iam hoc iure, de vulg. & pupil. ſubſt. l. quamuis, tit. ſeq.* Ergo omnis ſubſtitutio, directa, quæ fit filio impuberi

A heredi inſtituto eſt ſubſtitutio duplex, id eſt, ſubſtitutio vulgaripupillaris, vt Theophilus loquitur. Et ita poſtumo herede inſtituto, & dato ſubſtituto in hunc caſum: *ſi mihi poſtumus non naſcetur*, qui eſt caſus ſubſtitutionis vulgaris, euentus cauſa, poſtumo nato & impubere defuncto (qui eſt caſus pupillaris) ſubſtitutus, etiam ſi in eum caſum non ſit nominatim ſubſtitutus, admittitur ad heredem pupilli ex tacita pupillari, quod vtique verum eſt, ſi poſtumi mater non ſuperſit, quæ ab inteſtato ex SC. Tertulliano vindicet hereditatem pupilli. Nam ſi mater ei ſuperſit, ſi mater viuendo pupillum vicerit, quæſtionis eſt, an matri præferatur ſubſtitutus ex tacita pupillari, ex expreſſa pupillari veniet ſubſtitutus proculdubio, & excludet matrem. Quæſtio eſt, an etiam qui venit ex tacita pupillari excludat matrem pupilli.
B Hæc eſt quæſtio huius legis, cuius ſpecies hæc eſt. Qui habebat vxorem prægnantem, moriens eam heredem ſcripſit ex parte, & poſtumum ex alia parte, & adiecit ſubſtitutum vulgarem his verbis: *Si mihi poſtumus non naſcetur, in locum partemque eius L. Titius heres eſto.* Natus eſt poſtumus, & mox deceſſit impubes. Quæritur, quis ei ſuccedet, vtrum ſubſtitutus ex tacita pupillari, an mater ex SC. Tertulliano? Vlpianus & Papinianus, vt refert Iuſtinianus, dicebant, quæſtionem eſſe voluntatis, id eſt, facti, non iuris. Nam quid voluiſſet teſtator iudici exiſtimandum eſſe in *l. 14. ſup. de donat. inter vir. & vxor.* in *l. 2. ſup. plus val. quod agi. l. voluntatis, inf. de fideicommiſſ.* Et Papinianus quidem, vt ait,
C opinabatur, hoc potius voluiſſe teſtatorem, nato poſtumo & impubere defuncto, vt mater ei ſuccederet, non ſubſtitutus, tum quia heres erat adiecta, tum etiam, quia ſummus luctus ad eã perueniebat morte filii impuberis, vt etiam ad eam rediret luctuoſa hereditas filii excluſo ſubſtituto. Hoc opinabatur, inquit, Papinianus. Nam poſtea dicit, Papinianum de hac re dubitaſſe; hoc igitur opinabatur, non quaſi certus ſed quaſi dubitans: Opinari enim eſt dubitantis, *l. 1.* §. *pen. de contr. tut. & vtili act.* Et in Andria: *Opinor. narras? non recte accipis, Certa res*, inquit. Iuſtinianus autem in hac *l. vlt.* ex opinione Papiniani certum ius facit, & ſtatuit, tacitam pupillarem non excludere matrem. non eſſe igitur eandem vim expreſſi & taciti, quod euenit ſæpiſſime in iure, vt plus poſſit expreſſum quam tacitum, *l. 2. quibus mod. vſusfr. amit. l. creditor* §. *ſi inter, mand.* Expreſſam autem
D pupillarem excludere matrem in *l. precibus, tit. ſeq.* tacitam pupillarem non excludere. Imo contra matrem excludere tacitam pupillarem, aut eum, qui venit ex tacita pupillari. Quod vtique verum eſt indiſtincte, vt oſtendit *d. l. precibus.* ſiue teſtator fuerit miles, ſiue paganus, ſiue mater ſit coheres adiecta filio, vt in ſpecie. *l. vlt.* ſiue non. Nam etſi non ſit adiecta coheres filio, a ſucceſſione filii impuberis non repelletur per tacitam pupillarem. vt repellatur exprimi oportet caſum ſubſtitutionis pupillaris, quia non eſt teſtamentum filii, quoniam filius ipſe id ſibi non fecit, ſed pater id ei fecit. Non poteſt queri mater de teſtamento, quod maritus fecit, *l. Papin.* §. *ſed neque imp. ff. de inoff. teſt.* Non poterit etiam mater, ſi ſit expreſſa pupillaris ſubſtitutio, vllam deſide-
E rare portionem a ſubſtituto in bonis filii impuberis, *c. ſi pater, de teſtam. lib. 6.* Expreſſa igitur pupillaris omnimodo excludit matrem, tacita vero nullo modo excludit. Alium heredem legitimum excludet, matrem autem non excludet. hoc tantum datum eſt pietati maternæ, non cuilibet. Neque huic definitioni quicquam obſtat *l. Lucius, in fi. de vulg. & pup. ſubſt.* illo loco, *aliter ſi eiuſdem ætatis liberi, &c.* Sane non obſtat, ſi abeſſe debet ea extrema clauſula a lege *l. Lucius*, quemadmodum certe abeſt a Pandectis Florentinis, & videtur ex ora libri irrepſiſſe in contextum: ſed retineamus eam clauſulam, quoniam & ratione ſubnixa eſt, & proponemus ſpeciem illius extremæ clauſulæ. Duo ſunt filii impuberes heredes inſtituti a patre, & inuicem ſubſtituti his verbis communibus

communibus & generalibus, vos inuicem substituo: ille & ille filii mei heredes sunto, quos inuicem substituo, quæ dicitur substitutio mutua, & recurrens, siue reciproca, quæ quidem continet vtramque substitutionem, vulgarem & pupillarem. Hæc verba comprehendunt casum primum & secundum substitutionis, vt si alter ex fratribus heres non sit, vel si heres sit, & moriatur impubes, vt eius portio perueniat ad superstitem. Finge alterum mori impuberem. Quis ei succedet, mater an frater? ex tacita pupillari quæ inest huic orationi, *vos inuicem substituo*, lex ait hereditatem pertinere ad substitutum, non ad matrem. Ergo, inquiunt, tacita pupillaris, quæ diserte non fuerat expressa, excludit matrem. Sic sane in ea specie: quia substitutus non venit contra verba substitutionis, quandoquidem hæc verba generalia, vos inuicem substituo, admittunt vtrumque casum, & quasi quodammodo exprimunt. Igitur merito præfertur matri, quæ venit contra verba. At in specie nostra, vno tantum casu expresso puta vulgari, *si heres non erit, ille heres esto*. qui venit ex tacita pupillari, venit contra verba, & ideo non excludit matrem, nisi probet, aliam fuisse voluntatem defuncti. Res est euidentissima. Obseruandum in hac re, multum interesse substitutio reciproca fiat a pagano, an a milite. Nam si substitutio reciproca, hac communi oratione, *eosque inuicem substituo*, fiat a pagano duobus liberis impuberibus, est duplex substitutio, id est, vulgaris & pupillaris. Si fiat vni puberi, alteri impuberi, si imparibus personis, vt aiunt, substitutio facta tantum videtur in eum casum, qui vtrique personæ vtiliter congruit. Is autem est casus vulgaris substitutionis, non pupillaris. Nam casus pupillaris alteri tantum conuenit, puta impuberi. Ergo cum ita substituitur puberi & impuberi, *vos inuicem substituo*, hæc substitutio est tantum vulgaris, non pupillaris. Et hoc si paganus testamentum fecit. Nam receptum est, vt paganus non possit substituere directo puberi in secundum casum, non possit facere testamentum puberi in secundum casum, sed impuberi tantum filio. vt igitur paganus non possit substituere puberi in secundum casum verbis directis: miles autem, vt possit non inutiliter etiam puberi substituere directo in secundum casum. Cæterum non valebit substitutio, nisi iure fideicommissi, verbis directis inflexis ad fideicommissi causam, quod explicabitur in *l. precibus, tit. seq.* Nunc finge, militem instituto filio pubere, & filio impubere, qui vtique potest substituere in vtrumque casum, & non inutiliter eos inuicem substituere, communi verbo, *vos inuicem substituo*, Quæritur, an hæc substitutio dicatur esse duplex? Minime, cum scilicet sint personæ dispares, vnus pubes, alter impubes. Miles præsumitur tantum substituisse vulgariter hoc communi verbo, *vos inuicem substituo*, non pupillariter, & incumbit probatio puberi fratri, vt, scilicet, doceat, militem etiam voluisse comprehendere substitutionem pupillarem. Alioqui, si hoc non probauerit, dicemus eam substitutionem reciprocam tantum esse vulgarem, non pupillarem, *l. in testamento, sup. de testam. mil.*

AD TITVLVM XXVI.

De impub. & aliis substitut.

DIxit superiori tit. de substitutionibus precariis & condition.bus earum. hoc titulo dicturus est de directis, quæ post institutiones sequentem partem locumue in testamentis occupant, de quibus etiam ante dixit in *l. vlt. tit. super.* vt hoc veluti nodo hunc ei connecteret. Et vt primum constituamus quid sint, directæ sunt institutiones heredum, quas vel nobis ipsis fecimus in priorum locum, vel quibusdam liberis nostris non

A habentibus testamenti factionem. his verbis duo tantum notantur casus substitutionum, vt in *l. precib. h. t.* qui & euentus dicuntur, *l. iam hoc iure. eod. tit.* & causæ. *l. cum ex filio, §. filio, ff. eod.* Primo casu, si primo gradu institutus heres esse nolit, aut non possit, in locum eius alium nobis heredem substituimus. Et hæc est, quæ dicitur substitutio vulgaris, quod fiat communi iure a quolibet, & cuilibet, ex l. 12. tabul. Nam hæc verba l. 12. tab. *Paterfam. vti legassit super pecunia tutelaue sua, ita ius esto*, & instituendi & substituendi heredis in locum priorum tribuunt potestatem; imo & legandi & substituendi legatariis, *l. vt heredibus, de leg. 2.* Atque etiam tutoribus, hoc pacto, *ille filij mei tutor esto. si non erit, ille tutor esto, l. pen. de testamen. tut.* Et inde etiam fit, vt fiat substitutio vulgaris in fideicommissis & donationibus causa mortis, B quæ instar fideicommissi sunt, *d. l. vt heredibus.* Secundo autem casu substitutionis, si liberi nostri moriantur, antequam habeant testamenti factionem, puta impuberes, aut mente capti, heredem eis damus, quem substitutum vocamus, quod post heredem, quem nobis instituimus prima parte testamenti eum subiiciamus & substituamus liberis, quos in potestate habemus, ita vt duo testamenta sint, vnum quod facimus nobis, alterum quod facimus liberis impuberibus quorum potestatem habemus, quod dicitur pupillare testamentum, pupillaris substitutio, pupillares tabulæ, secundæ tabulæ, Paulus scripsit librum singularem de secundis tab. id est, de substitutionibus pupill. Nam secundarum tabularum C appellatio non cõuenit nisi pupillari substitutioni. Vulgaris substitutio locum primarum & principalium tabularum obtinet, quibus testator potissimum sibi heredem facit non alii. Et latior est secundi heredis, quam secundarum tabularum appellatio. Nam & substitutus vulgaris, quod inferiore parte testamenti scribatur, secundus heres dici potest, imo & coheres qui adiicitur heredi primo loco scripto secundus heres appellatur, licet vterque sit in primo gradu *l. si is qui testam. qui test. fac. poss.* At secundæ tabulæ dicuntur tantum de pupillari substitutione: pupillares etiam tabulæ vno tantum loco, id est, in *l. si mater, de vulg. & pupill. subst.* τροπικῶς dicuntur substitutiones pupillares de substitutione vulgari, quod in specie huius legis in vulgari substitutione insit casus substitutionis pupillaris, puta si impubes decesserit, non etiam vis & natura substitutionis pupillaris, qua datur heres pupillo, cum vulgari testator ipse det heredem sibi, non pupillo. Sed quia dando sibi heredem, id est, instituto substituendo vulgariter, vult huic substitutioni inesse hunc casum, si institutus impubes decesserit, eatenus videntur posse appellari pupillares tabulæ, quibus continetur tantum vulgaris substitutio, non vis & natura substitutionis pupillaris. Nam species hæc est: Mater quæ non potest facere pupillo secundas tabulas siue substitutionem pupillarem, quia non habet filios in potestate, & hoc tantum datum est patribus, in quorum potestate sunt impuberes: nec enim emancipatis licet hoc genere substituere. moribus receptum est, vt parentes substituant hoc modo in secundum casum *l. 2. ff. h. t.* quia & moribus recepta est patria potestas, *l. patre, de his qui* E *sui vel alieni iuris.* Ergo mater, quam constat non posse filio impuberi substituere in secundum casum, eum ita heredem instituit, *Filius meus, cum pubuerit mihi heres esto*, & adiecit substitutionem vulgarem, *si mihi filius heres non erit*, Caius heres esto. in his verbis, si mihi heres non erit, tacite inest ille casus, *si impubes decesserit*, quoniam noluit eum heredem esse nisi puberet. Et ideo, quia inest hic casus vulgari substitutioni, quodammodo existimari possunt hæ tabulæ esse pupillares, cum effectu tantum sit vulgaris substitutio, quandoquidem sibi non pupillo heredem facit. Pupillum, scilicet in primis, & si is non sit heres (qui est manifestissimus casus vulgaris substitutionis) alium substituit. Notandum est, ad exemplum substitutionis pupillaris, in similem casum posse

patrem substituere, siue testamentum facere liberis mente captis, si continua animi agitatione omni intellectu careant. Et hoc est ex constitutione Iustiniani, *in l. humanitatis, h.t.* Nam moribus hoc tantum datum erat parentibus, vt testamentum facerent liberis impuberibus in hunc casum, *si impuberes decederent, ante adeptam testamenti factionem*, non etiam mente lapsis in similem casum, *si mente capti decesserint, nondum recepta sanitate*, nisi scilicet ex beneficio principis, quod dedisset patri, vt faceret testamentum filio mente capto, hoc erat precibus oblatis petendum a Principe, *l. ex facto, D. hoc tit.* Hodie nihi opus est venia principis. Sed ex constitutione Iustin. sicut pater ipso iure impuberibus liberis, quorum potestatem habet, ita mente captis testamentum facere potest in secundum casum. An etiam poterit pater filio muto aut surdo substituere in secundum casum? B Nam & mutus & surdus testamenti factionem non habent. Et ex beneficio quidem principis etiam muto aut surdo filio, qui sibi heredem facere non potest, heredem faciet pater, *d. l. ex facto.* Vel etiam ipsemet mutus aut surdus sibi faciet testamentum ex beneficio singulari principis, *l. 7. qui testam. fac. poss.* Opus est venia principis, quia deficit constitutio, nam ipso iure non fit substitutio in secundum casum, nisi liberis impuberibus, quos in potestate habemus, aut mente captis. In primum casum fit omnibus & extraneis & liberis, & inde vulgari nomen: quæ fit pupillis aut mente captis, fit proprio iure, non vulgari. Et secundum hæc videmus, esse tantum duos casus substitutionum. Si igitur spectes substitutionum casus, duæ tantum sunt species, & vero casus potissimum spectari oportet. Nam in causa substitutionis ex causis sumendæ sunt diuisiones. Cum igitur non sint aliæ causæ substitutionum, nec etiam sunt aliæ C substitutionum species. Sed si personas spectes, quibus fiunt substitutiones, aliæ fiunt impuberibus, aliæ mente captis ipso iure, aliæ mutis aut surdis ex beneficio principis, liberis scilicet, qui sunt in potestate testatoris, & indistincte, siue sint heredes instituti, siue exheredati, licet patri facere testamentum ei, qui nihil ipse dat de suo, & est quod habeat ei gratiam filius, cuius interest quodammodo, ne moriatur intestatus: Captabant enim gloriam ex testamentis propriis, nec facile moriebantur intestati, vel vt venientibus etiam ab intestato deferrent ipsi hereditatem ex testamento, vel quemadmodum lex pro nobis intestatis testatur, mallent ipsi, quam, vt lex præscribit, quasi superuacuo testari, suoque potius nomine legitimis heredibus, quam legitimo D deferri, vt hanc heredes haberent gratiam memoriæ defuncti. Aliæ igitur fiunt liberis impuberibus, aliæ mente captis ipso iure, aliæ mutis aut surdis principis beneficio, siue heredes instituti, sint siue exheredati. Et iis omnibus fiunt substitutiones in secundum casum. aliæ autem fiunt extraneis, vel etiam liberis quibuscunque heredibus institutis, tantum in primum casum. Nam in persona exheredati ridicula est substitutio vulgaris. Et rursus hæ substitutiones vel fiunt specialiter alterutro casu expresso, quæ simplices substitutiones dicuntur, vt, *si primus heres non erit, ille heres esto*, simplex est vulgaris substitutio. *si heres erit & impubes decesserit*, vel cum fit exheredatis, *Si impubes decesserit*, est simplex pupillaris. vel fit etiam vtroque casu expresso, primo & secundo, E quæ dicuntur duplices substitutiones, id est, vulgaripupillares, vel fiunt neutro casu expresso, generaliter & compendio orationis, veluti *heredes meos inuicem substituo*, vel hoc modo: *Illum illi substituo, vt l. precibus hoc tit.* nullo expresso casu substitutionis, in qua lege est legendum (*compendio*) non compendiosa, id est, compendio orationis, *l. Maeuius §. duorum, de leg. 2.* Compendio orationis substituo, dum dico, *illum illi substituo*, vbi quæritur, quis hoc compendio orationis casus comprehendatur, & an vterque in *d. l. precibus*, vel etiam fit substitutio, nullo casu expresso rectissime, veluti, *Sempronius Plotij heres esto*, cum prius est Plotius a testatore institutus heres, *l. vlt. sup. de hered. instit.* vel etiam cum Plotius est testatoris filius impubes. Denique & hæc & illa substitutio potest fieri nullo casu expresso. Nam in testamentis idem est expressisse & intellexisse, *l. sed si non alias, de leg. 1. l. 6. de assignand. lib.*

Ad Leg. I.

Cum heredes ex disparibus partibus instituti & inuicem substituti sunt, nec in substitutione facta est vllarum partium mentio, verum est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quæ manifeste in institutione expressæ sunt.

Lex est Titi Ælij Antonini Pij de vulgari substitutione, vt si sint tres heredes scripti ex disparibus partibus, primus ex vncia, secundus ex quadrante, tertius ex besse, & inuicem substituti sint, non adscriptis partibus, tertio repudiante, qui est scriptus ex besse, primus & secundus ex besse, qui vacat, ferant partes, bessemque inter se partiantur pro ratione partium, ex quibus heredes instituti sunt. Ita vt primus ex illo besse ferat sextantem, secundus semissem, id est, duplo plus habeat secundus quam primus, vt qui maiorem partem ex institutione fert, & maiorem ex substitutione ferat. Imo vero ita partiendus est bes, vt quemadmodum ex institutione secundus habet plus duplo, quam primus, quoniam primus habet vnciam, ipse habet tres vncias, id est, duplum supra vnciam: ita in substitutione primus feret sextantem, secundus semissem, quia scilicet testator videtur easdem dedisse in substitutione, quas in institutione expressit. Hæc est sententia *l. 1.* cui etiam congruit §. *si ex disparibus, Instit. de vulg. substit. & l. si plures, l. coheredi §. 1. eod. tit.* Denique, qui tulit maiorem partem ex institutione, feret etiam maiorem ex substitutione. Et maior intelligitur non tantum, quæ ab initio est maior, sed quæ postea fit maior, veluti per ius adcrescendi, *l. 5. eod.* Quoniam quod adcrescit, etiam ex voluntate defuncti proficiscitur. Et ita sæpissime in iure: quam quis legem dixit primo gradui, aut primæ scripturæ, eandem videtur etiam dicere, licet eam omittat, sequentibus. Conditio data instituto, videtur etiam data substituto vulgari, aut legatum datum ab instituto, videtur etiam datum a substituto vulgari, *l. licet, de leg. 1. l. cum pater, §. ab intestato, de leg. 2.* Mutua siue reciproca substitutio facta in hereditate, videtur etiam facta in fideicommisso sequenti, *l. cum proponebatur, de leg. 2.* Conditio imposita institutioni videtur imposita legato, *l. vlt. §. vlt. de dol. except. l. cum seruus, de condi. institut.* Et imposita legato, videtur etiam tacite repetita in translatione legati, *l. legatum sub conditione, de cond. & demonst.* Et ita non est mirum, si partes adscriptæ in institutione, intelligantur repetitæ in substitutione. Posui speciem in tribus heredibus scriptis ex disparibus partibus. Nam in duobus heredibus non potest poni species, in quo errauit Theophilus. Nam verbi gratia, si primus heres sit institutus ex besse, secundus ex triente, vel primus ex septunce, secundus ex quicunce, repudiante primo, qui maiorem partem habuit in institutione, integer bes aut septunx, alio non concurrente herede, pertinebit ad secundum, non pro triente tantum aut quincunce, alioquin testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod abhorremus. Igitur non potest poni exemplum, nisi in tribus heredibus aut pluribus. Loquitur lex, vt dixi, de vulgari substitutione; sed idem est in pupillari quæ fit hoc modo, *Quisquis mihi heres erit*, cum plures heredes scripsisset ex disparibus partibus, *idem filio impuberi heres esto.* Filio impubere mortuo substituti easdem partes sunt habituri in hereditate filii, quas habent in hereditate patris, *l. si in testamento, l. qui*

l. qui liberis §. vlt. l. si plures, de vulg. & pupill substit. Idemque sequimur in substitutione precaria, vt constat ex *l. Lucius §. Mæuia. & l. quotiens. ad SC. Trebell.* vt si sint plures heredes, & vnus rogetur partem suam restituere heredibus, restituet seruata ratione partium, ex quibus coheredes instituti sunt, nec fient inter eos æquales partes, sed quales eis sunt adscriptæ in institutione. Sed semper est addenda hæc exceptio, nisi alia mens fuerit testatoris, vt in *d. l. si plures.* Et mirum est quod adiecit, *nisi fuerit alia voluntas testatoris, quod vix credendum est,* vt alias scilicet voluerit portiones seruare in substitutione, quam in institutione, nisi sit euidenter expressum. Et placet, quod ait, vix: Nam etsi non sit euidenter expressum, si modo euidens sit voluntas defuncti, dicemus in substitutione æquales aut viriles partes, quæ personales dicuntur, esse seruandas, non hereditarias: vt in hac specie: si sint quatuor heredes, primus, secundus, tertius & quartus ex disparibus partib. & primus & secundus rogati sint ex die certo restituere hereditatem ceteris coheredibus suis acceptis ab vno quoque decem. Hic ratio postulat, vt dandi & accipiendi eadem sit proportio, voluit æquales partes pecuniæ fideicommissarios dare, id est, singulos decem. Ergo voluit eos inuicem accipere æquales partes fideicommissi, vt eadem seruetur ratio in accipiendo, quæ est expressa in dando a testatore, vt eandem partem seruarent fideicommissarii, *d. l. quoties.* Coniectura recta ducitur ex comparatione dationis & acceptionis, & ex qualibet alia comparatione, vt in *l. 1. de reb. dub.* Item alio casu videtur euidens esse voluntas testatoris, vt in substitutione precaria fiant inter substitutos fideicommissi æquales partes, non quales iidem fideicommissarii habuerunt in institutione, cum essent coheredes & fideicommissarii: videlicet, si eorum propria nomina expresserit dicendo, *Rogo vos primus & secundus, tertio & quarto restituite hereditatem.* Hoc casu fideicommissum tertius & quartus ex æquo inter se partientur, quia enumeratio personarum exequat eos in fideicommisso vel substitutione precaria, vt in aliis omnibus causis, semper in iure enumeratio personarum exæquat personas, *l. si heredes nominatim, de leg. 1. l. qui fundus, de condit. & demonstrat.* Enumeratio personarum tantum, non expressa, aut non animaduersa qualitate earum, qui exprimit earum propria nomina Titio aut Caio, *restituito,* Enumeratio inquam personarum exigit, vt personales partes etiam fiant, id est, æquales: secus si dixisset, *coheredibus restituito.* Hæc appellatio desideraret inter eos fieri diuisionem fideicommissi pro ratione partium, ex quibus heredes scripti sunt, vt ostendit *l. nonnumquam, ad SC. Trebell.*

Ad L. II. & IV. h. t.

L. 2. Hereditatem quidem defuncti intestati filij, delatam tibi dubitari non oportet. Substitutio enim testamento patris facta, ad pubertatis tempora porrigi non potest: quia ipso, & aliis non eiusdem conditionis heredibus institutis, & inuicem substitutis, propter eoru personam, quibus in vnum casum duntaxat substitui potest, etiam in filio debere idem seruari, & ratio suadet, & diuus Marcus pater constituit.

L. 4. Quamuis placuerit substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita, si heres non erit, *porrigi ad eum casum, quo postea, quam heres existit, impubes decesit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur: cum tamen proponas ita substitutionem factam esse,* si mihi Firmianus filius, & Ælia vxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto: *manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo vtrique heredum substitui poterit.*

Lex 2. est de impuberum, & aliis substitutionibus, & etiam de vulgari substitutione. Si testator duos filios impuberes, quos habet in potestate, heredes instituerit, & inuicem substituerit generaliter, certi iuris est ea verba, *vos inuicem substituo,* complecti vtrumque casum, vtramque substitutionem, & vulgarem & pupillarem *l. iam hoc iure, de vulg. & pupill.* Sed si vterque filius non sit in potestate patris, si vnus ex eis sit in potestate, puta filius legitimus quæsitus ex iustis nuptiis, alter sit sui iuris, puta filius naturalis tantum. Si, inquam, filium legitimum & naturalem, cum vterque esset impubes instituerit, & inuicem substituerit, ea verba substitutionis reciprocæ continent tantum eum casum, quo vtrique substitui potuit, is est primus casus. Nam in secundum casum ei qui est sui iuris substitui non potest, substituimus in secundum casum liberis tantum quos in potestate habemus, non naturalibus, quos in potestate non habemus, non liberis emancipatis, qui exierunt potestate nostra. Est igitur illa substitutio reciproca, simplex substitutio vulgaris, & consequenter mortuo impubere, qui erat in potestate patris, mater ei succedet ab intestato ex SC. Tertull. excluso filio naturali tantum, qui in eum casum non intelligitur esse substitutus, & qui etiam ab intestato non excludit matrem, quod maxime notandum. Frater vterinus non excludit matrem, frater naturalis non excludit matrem ab intestato, sed frater consanguineus tantum, *§. frater, Instit. de SC. Tertull. l. 3. § si mater, de Carbon. edict. l. 2. C. Theodos. de secundis nupt.* Excluso igitur fratre naturali omnimodo mater rem filii intra pubertatem defuncti obtinebit ab intestato. Et hæc est sententia *l. Lucius, de vulg. substit.* In qua vulgo adiiciuntur hæc verba (*aliter, si eiusdem ætatis liberi, &c.*) hæc, inquam, clausula, de qua hodie est magna contentio, merito abest a ff. Florentinis & Noricis. Quia dum ait, *aliter,* videtur velle opponere casum aduersum superiori, & non opponit tamen. Nam & supra proponitur, *si eiusdem ætatis liberis,* id est, impuberes. Denique Paulus in *d. l. Lucius,* posuit patrem fecisse substitutionem reciprocam filiis impuberibus, legitimo & naturali, vbi legitimum vocat quæsitum ex iustis nuptiis, filium iustum & legitimum, non filium adoptiuum, vt Augustinus opinatur, cum tractat de matre eius vxore defuncti. Naturalem a, vocat quæsitum in seruitute, cum seruitutē seruiret pater ex ancilla, ex contubernio, vel quæsitum ex concubinatu, qui & ipse hoc iure, id est, ante constitutiones Christianorum solidi capacitatem habuit, sicut quilibet extraneus: ex iis constitutionibus filii naturales solidi capacitatem non habent ex testamento patris. Naturales igitur liberi, de quibus egit supra Paulus, sunt etiam eiusdem ætatis, id est impuberes, sed non sunt eiusdem conditionis. Vnus enim est in potestate, alter sui iuris. Proinde igitur ex aduerso ita debuit constitui casus: *Aliter si eiusdem conditionis liberi,* congruenter superioribus, vel, *aliter si eiusdem conditionis, & ætatis liberi.* Sed & quia non satis est, eam clausulam non congruere superioribus, demonstrabimus etiam eam clausulam esse superuacaneam. Nam & ita posito casu aduerso, vt fuerint eiusdem conditionis, vt fuerint in potestate patris, ambo legitimi, impuberes ambo, stultum est adnotare, altero mortuo impubere, fratrem iure substitutionis reciprocæ matri præferri, cum & in legitimo iure, id est, iure intestati matri præferatur, quia est frater consanguineus, &, vt ante dixi, frater consanguineus excludit matrem, & repellit commodo SC. Tertull. Frater naturalis, vt ante docuit Paulus, qui non fuit in eiusdem patris potestate, neque iure substitutionis, quæ intelligitur tantum in casum vulgarem facta, neque iure intestati præfertur, quia non est consanguineus, non est agnatus, quæ omnia valde sunt notanda: Nam explicant totam *l. Lucius.* Eadem est ratio *l. 2.* Cuius species hæc est: Pater filium impuberem, quem solum habebat, & Titium & Caium extraneos sibi heredes instituit, eosque inuicem substituit. Lex ait, heredes non fuisse

conditionis eiusdem, quo nomine significatur, non fuisse status eiusdem, nimirum, quia filius fuit in potestate patris, coheredes fuerunt sui iuris. Et ideo ait, mutuam substitutionem factam videri in primum casum tantum, quod iis, qui erant sui iuris, non potuerit fieri in secundum casum. Atque ita propter extraneos coheredes, quibus non potuit substitui in secundum casum, ex illis verbis: *vos inuicem substituo*, debet eadem ratio seruari in filio, vt videantur coheredes ei substituti in primum casum tantum, sicuti ipse est coheredibus substitutus tantum in primum casum. Quia absurdum est in filio esse duplicem substitutionem, in coheredibus solam vulgarem. Ideoque mortuo filio impubere, mater ei succedet ab intestato, exclusis coheredibus institutis, qui in hunc casum substituti non intelliguntur, sed in primum tantum, si filius se abstineret ab hereditate paterna, quem ponimus patri heredem extitisse, sed intra pubertatem decessisse vita, hæc est sententia *l. 2*. Addamus ex *l. iam hoc iure ff. eod. tit. & l. 6. sup. de testam. milit.* idem nos sequi vel obseruare, si pater duos filios, quos habet in potestate, vnum puberem, alterum impuberem, non ergo eiusdem ætatis heredes instituerit, & inuicem substituerit, quia in eum tantum casum videtur substituisse eos inuicem, quo vtrique pari ratione substitui potest, id est, in vulgarem casum, propterea quod a pagano testatore puberi directa sit substitutio frustra prorsus & inutiliter *l. verbis, de vulg. subst.* Et licet a milite puberi substitutio directo non fiat inutiliter, quod iure fideicommissi sustineatur *l. precibus, hoc tit.* facta tamen a pagano in secundum casum substitutio, nullo iure sustinetur. Licet igitur facta a milite puberi non omnino sit inutilis, tamen in specie *l. 6. sup. de testam. milit.* si a milite frater pubes, & filia eiusdem militis impubes instituti, & inuicem substituti sint, ea substitutio reciproca valet tantum iure substitutionis vulgaris, non pupillaris. Et ideo, si filia heres exstiterit patri, & impubes decesserit, mater ei succedet ab intestato excluso fratre defuncti patruo filiæ: nisi, inquit, probauerit patruus aliam fuisse voluntatem militis, vt scilicet fratrem & filiam inuicem substitueret in vtrumque casum & euentum. Probandi onus incumbit patruo. Ergo iure etiam præsumimus militem, qui inuicem substituit puberem & impuberem, eos tantum voluisse substituere vulgari modo, non altero. Et ita explicanda est lex sexta. Nunc tempus est, vt iis addamus interpretationem *legis 4. hoc tit.* quod in illa eadem etiam seruetur ratio iuris. Primum proponitur in ea *l.* in vulgari substitutione facta filio impuberi a patre, quem habet in potestate, contineri tacitam pupillarem, & in pupillari vicissim tacitam vulgarem, vt in *d. l. iam hoc iure*, nisi, inquit *l. 4.* probetur aliam fuisse voluntatem defuncti, vt scilicet in eum tantum casum valeret substitutio, qui exprimeretur, non in casum omissum, alioquin casus vulgaris, qui solus exprimitur, *si heres non erit*, ducitur etiam ad casum pupillarem, *si heres erit & impubes decesserit*. Et secundus pupillaris, qui solus exprimitur, *si heres erit, & impubes decesserit*, ducitur tacito intellectu ad casum vulgarem, *si heres non erit*, nisi probetur aliam fuisse voluntatem defuncti. Et videtur alia fuisse mens defuncti, si in singulos casus filio impuberi, singulos substitutos dederit, veluti, *si filius heres non erit, Caius heres esto. Si filius heres erit, & impubes decesserit, Sempronius heres esto*: Nam cum ita proprium det filio substitutum in secundum casum, non videtur substitutum ei in primum, etiam substituisse in secundum. Expressum inquiunt DD. facit cessare tacitum, *l. cum ex filio §. fil. de vulg. substit.* Alioquin si Caius solus substituatur filio in hunc vel illum casum, non etiam in vtrumque casum nominatim. Substitutus vulgariter intelligitur etiam substitutus pupillariter, videlicet si soli filio impuberi fecerit substitutionem vulgarem: Nam trahitur vulgaris etiam ad pupillarem. Sed si filium & vxorem instituerit, quæ est species huius legis 4. & vulgari modo ita eis substituerit, *si filius & vxor heredes non erunt, in locum eorum Caius heres esto.* In hac substitutione vulgari non inest tacita pupillaris, quia pupillaris non potuit fieri vxori. Igitur in eum tantum casum valet substitutio, quo vtrique pariter substitui potest, id est, in casum expressum, qui fuit vulgaris, non in casum omissum, qui est pupillaris, in quem vxori non substituimus, vel extraneo, vel puberi filio. Denique mortuo filio intestato hereditas filii pertinebit ad matrem, non ad Caium substitutum vulgariter tantum, vel deficiente matre pertinebit ad alium legitimum heredem filii. Hæc est sententia *l. 4.* Cui Accursius non male opponit *l. falsa §. vlt. de cond. & demon.* cui tamen non respondit ita, vt satisfaciat quidquam. Si testator separatim filio & vxori heredibus institutis substituerit in primum casum hoc modo, *si filius heres non erit, Caius heres esto.* In substitutione facta filio, non negabis inesse tacitam pupillarem, quæ tamen mortuo filio impubere non excludet matrem, alium tamen legitimum heredem filii excluderet *l. vlt. sup. tit. prox. & d. l. precibus.* Ergo ita separatim singulis, filio scilicet & vxori facta substitutione vulgari in ea, quæ facta est filio, tacita inest pupillaris, & valeret aduersus alium legitimum heredem filii, non aduersus matrem, cuius luctui & mœrori hoc datur, ne ex tacita pupillari, ex tacito intellectu, quæ filium amisit, etiam amittat filii hereditatem & bona, hæc est propositio. Assumptio est. Atqui pluralis ille sermo, qui proponitur in hac *l. 4. si filius & vxor non erunt heredes*, pro eo debet accipi ac si diuisim & separatim dixisset ita, *si filius meus heres non erit, Caius heres esto, & si vxor mea heres non erit, Caius heres esto.* Sicut in specie *l. falsa §. vlt.* si quis ita legauerit: *Stichum & Phamphilum do, lego, si mei erunt cum moriar.* Hic pluralis sermo pro eo accipi debet, ac si separatim Stichum, & separatim Pamphilum legasset, vt alienato Sticho viuo testatore legatario superfit petitio Pamphili, qui fuit testatoris tempore mortis: cur non similiter etiam diuidas illam scripturam, *si filius & vxor hered. non erunt.* Quod si diuidas, necessario sic fiet, vt quæ dicitur esse simplex substitutio *in hac l. 4.* nempe vulgaris tantum, in persona filii censeatur esse duplex, id est, vulgaris & pupillaris. Sed ne circumscribamur, dissimiles sunt species *l. falsa §. vlt.* & huius *l. 4.* Nam qui ita legat, *Stichum & Pamphilum do lego, si mei erunt cum moriar*, ita demum vult legatarium habere Stichum si & Pamphilum habeat, nec aliter, cum sit in potestate legatarii si velit, cum vterque remansit in potestate testatoris, repudiare Stichum & amplecti Pamphilum. At qui substituit coniunctim filio & vxori vulgariter, noluit solum substitutum venire in locum filii, nisi veniret etiam in locum vxoris: cur enim iuncta scriptura eis substituerit, considerandum est: & coniuncta scriptura vtrique substituit in vulgarem casum, non alio fine, quam vt ius legitimæ successionis seruaret matri in bonis filii, & substitutum vocaret repudiante vtroque vel abstinente se. Et ita est respondendum ad *l. falsa §. vlt.*

Ad L. III. & V.

L. 3. Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti & ab intestato bonorum possessionis ius habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde si substitutus hereditatem amplexus est: actionibus quæ tibi aduersus matrem competebant, ipsum conuenire, non successionem ab intestato potes vindicare.

L. 5. Post aditam hereditatem directæ substitutiones non impuberibus filiis factæ, exspirare solent.

Lex 3. & 5. quæ simul explicabuntur, pertinent etiam ad substitutionem vulgarem, & l. 3. docet hæc verba substitutionis vulgaris, *Si heres non erit*, sic esse accipienda, *si ex testamento heres non erit.* Nam si filiam

mater filiam heredem instituat, eique substituat, *si heres non erit*, & filia ex testamento non adeat hereditatem matris, sed ab intestato eam possideat ex SC. Orfitiano, locus est substituto vulgari, quia verum est, filiam ex testamento heredem non esse. Hæc est sententia *l. 3.* quæ confirmatur etiam *l. si filius meus* §. *vlt. si quis omis. causa test.* & *l. filium emancipatum, de adq. hered.* Igitur in filiæ locum veniet substitutus, & filia, quæ ab intestato adiuit vel possedit bona materna, non erit eorum heres & bonorum posses. cum re, cum effectu, quia substitutio vulgaris excludit intestati successionem: ac similiter etiam substitutio pupillaris excludit intestati successionem *l. 7. hoc tit.* quæ hoc tantum vult, substitutionem pupillarem vel substitutum in secundum casum excludere legitimum heredem *d. l. 7.* quæ est prima lex in *hoc tit. de pup. subst.* Nam præcedentes sex leges huius tit. sunt de vulgari substitutione. Sequentes quinque sunt de pupillari. Adeo autem hæc substitutio pupillaris excludit legitimum heredem pupilli, vt & matrem eius excludat *l. 8. hoc tit.* Vtraque est testamentum, substitutio vulgaris & pupillaris. Substitutio vulgaris est testamentum meum, substitutio pupillaris est testamentum filii mei: & vbi est testamentum, semper cessat legitima successio. Sed tamen hoc interest inter vulgarem & pupillarem substitutionem, quod qui venit ex vulgari expressa vel tacita, omnimodo excludat matrem heredis instituti, quia nulla fit iniuria matri, cum ex substitutione vulgari tacita vel expressa succedatur marito eius, non filio. At expressa pupillaris excludit matrem, tacita non excludit, vt iam diximus. Vnde apparet non semper esse eundem effectum expressi & taciti. Et ita etiam in specie *l. 2. quib. mod. vsusfr. amit.* si expressim & nominatim legetur Titio vsusfructus, donec vixerit, vsusfructus repetitus videtur, forte legatario capite deminuto, nec exstinguitur capitis deminutione, aut si exstinguatur renouiscit protinus, ex repetitione. Sed si simpliciter sit legatus vsusfructus, nec additum sit, donec vixerit, quamuis hoc tacite insit (nam omnis vsusfructus finitur morte legatarii) tamen vsusfructus repetitus non videtur. Non idem est effectus taciti & expressi. Et sic etiam in *l. tale* §. *1. de hered. instit. l. seruo libertatem, de condit. & demonstrat.* Si seruum meum liberum esse iussero & heredem sub hac conditione instituero, *si meus erit cum moriar*, & post testamentum eum vendidero: atque ita meus non sit mortis tempore, hereditas mea non sequitur emptorem, id est, emptor per eum seruum non fit heres meus, propterea quod dixi nominatim & diserte, vt ita demum esset meus heres, si meus esset cum moreretur. Atque etiamsi hoc non edixero nominatim, *si meus erit cum moriar*, tacite tamen inest illa conditio, *si in dominio testatoris permanserit, vt ita demum sit heres & liber*, si testatoris fuerit tempore mortis: & tamen emptor per eum seruum fiet heres meus. Et generaliter ita concludit, *l. seruo libertatem*, sæpe numero mutari effectum rei, quamuis testator id expresserit, quod etsi non fecisset, inesset tamen. Et sic igitur non est mirum, si sit alius effectus expressæ pupillaris, longe alius tacitæ. Sed vt ad speciem *l. 3.* reuertamur, filia cui ex testamento matris hereditas deferebatur, si omittat testamentum, & ab intestato bona possideat materna, non erit heres ab intestato aut bonor. posses. cum effectu, quia legitimæ successioni obstat substitutus vulgaris. Non erit etiam heres ex testamento, quia quæ omisit testam. & ab intestato matris bona possidere voluit, videtur penitus renuntiasse testamento, quia non ignorauit sibi ex testamento hereditatem deferri, & sciens prudensque eam ab intestato amplecti possidereque maluit. Igitur neque heres ei erit ab intestato, quia obstat ei substitutus vulgaris, neque ex testamento, quia noluit, quia lege maluit quam iudicio matris heres esse. Sed vt adiicit l. 3. si quam actionem personalem filia habuit aduersus substitutum ex contractu vel quasi, eam potest exer-

A cere aduersus substitutum tanquam solum heredem ex testamento matris. Concludamus igitur hoc modo: Adita hereditate vel agnita bon. poss. veluti ab intestato, non finitur substitutio vulgaris, adita autem hereditate ex testamento finitur & euanescit substitutio vulgaris, & ita accipienda *l. 5. hoc tit.* ait, post aditam hereditatem, ex testamento scilicet si sit voluntarius heres vel extraneus. Sed addamus, hoc etiam posse porrigi ad gestionem pro herede. Nam postquam heres institutus se pro herede gessit ex causa testamenti, exspirat substitutio vulgaris. Et similiter post agnitam bonorum possessionem ex testamento exspirat substitutio vulgaris, quia qui agnoscit bonorum possessionem, pro herede gerere videtur, *l. puberem, inf. de iure deliber.* Addamus

B etiam post immistionem, si suus heres institutus sit, exspirare substitutionem vulgarem, & nudum nomen sui heredis, qui scilicet statim existit heres a morte parentis, etiam inuitus & ignorans, non excludit substitutum vulgarem. Atque ita non recte dices, postquam exstitit suus heres & apparuit: nam existentia appellatur ἀνάφανσις, Non potes, inquam, dicere, ipso iure expirasse substitutionem vulgarem, sed postquam immiscuit se bonis paternis, immistio excludit substitutum vulgarem, etsi suus heres, qui iam adierat, post immistionem fuerit in integrum restitutus abstinendi causa: Nec enim conualescit substitutio vulgaris, quam semel exstinxit immistio, vt non sit regressus a priuatione ad habitum, vt aiunt philosophi. Et hoc ostenditur in *l. & si sine* §. *sed quod Papinianus, de minor.* Secundum hæc verba substitutionis vulgaris, *si heres non erit*, quæ latissime manant & comprehendunt hos casus omnes, *si non adierit, si non gesserit se pro her. si poss. bon. non agnouerit ex test.* vel *si non*

C *misc. se bonis ex caus. testam.* Denique post aditam vel alio modo adquisitam hereditatem substitutiones vulgares exspirant. Et ita etiam si legatario facta sit substitutio vulgaris, post agnitionem primi legatarii euanescet, *l. 6. inf. de legat.* non etiam si legatario substitutio facta sit in secundum casum. Nam (quod est maxime notandum) hac in re differentia est inter hereditatem & legatum. In hereditate non potest cuilibet substitui in secundum casum, sed impuberi tantum filiofamil. cuius potestatem testator habet, vel etiam mente capto. In legato cuilibet potest substitui in secundum casum, vt *l. si fundum sub conditione* §. *Stichum, de leg. 1.* hoc modo: *Titio do, lego Stichum: si Titius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Caio do lego.* Recte fit legatario

D substitutio in secundum casum, id est, in casum adquisiti legati, nec impletæ voluntatis, aut præcepti testatoris. Sequitur in hac lege, vt singula explicem, substitutiones non impuberibus filiis factas, quibus verbis significantur substitutiones vulgares. Substitutiones igitur puberibus factæ, id est, vulgares. Quia puberibus non possunt fieri nisi vulgares substitutiones. Puberibus non possumus substituere directo in secundum casum, §. *vlt. Inst. de pupil. subst.* Dixit ergo, *substitutiones non impuberibus filiis factæ*, discretione pupillarium substitutionum, quæ non finiuntur aditione heredis scripti, sed pubertate *l. in pupillari de subst. vulg.* Et secundum hanc sententiam, si forte impuberi filio facta sit substitutio vulgaris simplex, quæ intelligitur sola esse vulgaris,

E hæc proculdubio extinguetur aditione, quia dixit *substitutiones factæ puberibus*, discretione substitutionum pupillarium, non quod & impuberibus factæ vulgares simplices non finiantur post hereditatem aditam vel alio modo adquisitam heredi instituto. Et rursus ait in hac *l. directæ*: quia precariæ substitutiones post aditam hereditatem valent. Ideoque etiam heres institutus, cui precariis verbis facta est substitutio, id est, cui relictum est fideicommissum hereditatis restituendæ alteri, cogitur adire hereditatem, nec intercidit substitutio precaria. Tantum igitur abest vt precarias extinguat aditio, vt non aliter confirmetur, quam aditione, vel

etiam immistione, si heres institutus sit suus heres & rogatus sit hereditatem restituere alteri, *l. recusare* §. *sed & ad filium, ad Senatusc. Trebel. l. 5.* §. *vlt. Quod cum eo qui in alien. &c.* Ac præterea precariæ substitutiones etiam puberib. fieri possunt & extraneo, *d.* §. *vlt. Inst. de pup. subst. l. coheredi* §. *nec aliud, de vulg. & pup. subst.* Postremo ait hæc lex, *expirare solent.* Quibus verbis significatur esse regulam iuris. Nulla autem est regula iuris quæ non aliquando vitietur. Et hæc quoque vitiari videtur in specie *Nou. de her. & Falc.* vbi heres institutus qui adiit hereditatem, si non exequatur voluntatem defuncti, si non præstet legata, aut fideicom. & libertates, contumacia eius & indeuotio eius ita coercetur, vt ei eripiatur hereditas, & transferatur in substitutum vulgarem, quem tamen exclusit aditio, quia scilicet hoc casu venit substitutus, non tam iure substitutionis, quam beneficio Nouellæ Iustiniani, quæ hac ratione heredem inobedientem voluit coerceri & contumacem. Eadem est ratio *l. & si sine* §. *sed quod Papinianus, de minorib.* Minor 25. annis adiit hereditatem vel immiscuit se. Deinde restitutus est abstinendi causa, an in eius locum veniet substitutus post abstentionem? Minime. regulariter non conualescit substitutio vulgaris, quam semel extinxit aditio vel immistio. Excipitur tantum vnus casus in illo §. si substitutus sit vulgariter seruus, & hereditas non sit soluendo, ita vt omnino creditores bona defuncti sint distracturi. Nam hoc casu nullo existente herede, quia legitimi exclusi sunt adita hereditate ex testamento, substitutus seruus, quamuis ipse exclusus sit, tamen venit in locum heredis abstinentis se post aditionem vt bona defuncti veneant potius serui nomine quam defuncti. & ait hunc casum singularem introductum esse rescripto diui Pii & Seueri. vnde possis dicere eum substitutum vocari magis ex eo rescripto, quam substitutionis iure, vt subueniatur famæ atque memoriæ defuncti, propterea quod bonorum venditio, quæ fit nomine defuncti, defuncto irrogat infamiam, vt plane substitutus seruus necessarius heres videatur, potius infamiam assequi, quam hereditatem, quod eius nomine bona veneant potius quam defuncti, vt ait lex *3. C. Theodos. de inoffic. testam.*

Ad L. VI.

L. 6. Testamento iure facto, multis institutis heredibus, & inuicem substitutis: adeuntibus suam portionem etiam inuitis coheredum repudiantium adcrescit portio.

Lex 6. est etiam de vulgari substitutione, cuius sententiam explicaturi sumus. Si plures sint heredes instituti, & inuicem substituti vulgariter, quoniam sunt extranei heredes, portiones eorum, qui non adierunt, adeuntibus adcrescunt, etiam inuitis, ex sententia l. Obueniunt igitur portiones vacantes iis, qui adierunt, magis iure adcrescendi, quam iure substitutionis reciprocæ, quæ vulgaris esse intelligitur, quia substitutio illa imitatur ius adcrescendi, *l. si quis heres, de acquir. hered. l. pen. de iniusto, rupto & irr.* Differentia est inter ius adcrescendi & substitutionis ius. Nam hereditas ex substitutione defertur tantum volenti, non inuito. Ius adcrescendi defertur etiam inuito, *l. vn.* §. *his ita definitis, de cad. toll. inf.* Vno tantum casu excepto quo etiam ex substitutione hereditas defertur inuito, videlicet si heres coheredi vulgariter substitutus sit, & vnus pro sua parte adierit, alter repudiauerit. Nam portio quæ vacat, pertinet ad eum qui adiit sine noua aditione. Denique pars, quæ omissa substitutione obueniret iure adcrescendi, obuenit inuito secundum naturam potius accretionis, quam substitutionis, quia ea substitutio, vt ait *d. l. si quis heres,* fuit appendix præcedentis institutionis, id est, accretio potius quam substitutio, & remedium inducendi iuris adcrescendi contra caduca, contra l. Iuliam & Papiam, quæ subuertit ius adcrescendi & impugnat, non substitionem. Et ita *in princip. tit. de cad. tollend. inf.* ait, substitutiones introductas esse, ne hereditates caderent in fiscum, substitutiones heredum scilicet reciprocas, vel omnium heredum factas vni, vel vnius factas omnibus, vt in *l. 5. D. de vulg. substitut.* vt non abs re in *l. miles* §. *vlt. de legat. 2.* dicatur, coheredes esse substitutos, quibus vult inuitis obuenire portionem coheredis deficientis. Et non tam iure substitutionis igitur, quam iure conditioneque adcrescendi. Quod tantum adnotare ad l. 6. satis est.

Ad legem VIII.

L. 8. Precibus tuis manifestius exprimere debueras, maritus quondam tuus miles defunctus, quem testamento facto heredem communem filium vestrum instituisse proponis, & secundum heredem scripsisse, vtrumne in primum casum, an in secundum filio suo, quem habuit in potestate mortis tempore, si intra decimum quartum suæ ætatis annum aut postea decesserit, substituerit. Nam non est incerti iuris, quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri heres exstitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio. Si vero substitutio in secundum casum vel expressa vel compendio non vsque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & adierint hereditatem. Si vero post pubertatem, tunc eius te successionem obtinente, veluti ex causa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerint, a te peti possunt.

Lex *precibus* est potissimum de substitutione pupillari facta a milite filio impuberi, quem in potestate habuit mortis tempore, quod exigitur semper in substitutione pupillari, vt is, cui facta est, in potestate morientis fuerit. Nam emancipatione finitur substitutio pupillaris. Quæstio autem huius legis est a tota doctorum familia tractata. Species hæc est. Quædam mulier precibus oblatis Imperatori exposuit, militem maritum suum communem filium impuberem, quem moriens in potestate habuit, testamento heredem instituisse, & ei directo substituisse Sempronium, & filium vita decessisse, & quæsiuit ab Imperatore, vtrum filio ipsa succederet an substitutus. Respondit Imperator vt in *l. exprimere, inf. de duobus reis,* eam mulierem in precibus suis exprimere debuisse, vtrum pater filio Sempronium substituisset in primum casum, si heres non esset, an in secundum casum, si filius moreretur intra pubertatem, aut post pubertatem: Nam si ei substituit in vulgarem casum, & filius patri heres exstiterit per immistionem (quo genere proprie sui adquirunt hereditatem) hoc casu omnimodo, inquit, siue filius decesserit ante, siue post pubertatem, ei ab intestato ex Senatusconsulto Tertulliano succedit mater. Quia & substitutionem vulgarem exstinxit immistio filii, & tacita pupillaris, quæ inest vulgari, non excludit matrem, *l. vlt. sup. tit. præced.* Nec obstat, quod in specie huius legis non ponitur mater coheres adiecta filio, vt in specie, *d. leg. vlt.* ad præferendam matrem substituto venienti ex tacita pupillari, quia non ea tantum ratione vtitur, quod mater sit coheres adiecta filio, sed etiam (quæ ratio est potior, quod sit æquum, matrem ad quam summus mœror morte filii peruenit, & filii amissi & luctuosæ hereditatis damnum non sentire, ex solo tacito intellectu substitutionis pupillaris. Quæ ratio etiam locum habet, matre non adiecta coherede filio. Ergo indistincte, siue fuerit mater coheres adiecta filio, siue non, tacita pupillaris eam non excludit. Tacita pupillaris alium heredem legitimum filii facile excludit, matrem autem non excludit. Hoc datum pietati paternæ. Et hac in re nihil omnino distat miles a pagano, cum scilicet testator substituit in vulgarem casum, & post immistionem decessit filius superstite matre. Quod si in secundum casum miles substituit filio impuberi, vel expressa certa ætate, veluti si intra pubertatem decesserit, intra decimum

decimum quartum annum vel, vt in *l. centurio, ff. eod.* A si intra vigesimum quintum annum decesserit, vel etiam *compendio* (sic legendum) id est, compendio orationis, hoc modo, *quandocunque filius decesserit*, non expressa certa ætate, dum breuitati studet miles, tunc filio moriente intra pubertatem, certo certius est, substitutum, qui adiuit hereditatem pupilli, excludere matrem, tanquam ex expressa pupillari substitutione. Nam satis est expressa pupillaris substitutio, & quæ generali breuiorique sermone concipitur & constringitur, vt non sit necesse ad eum sermonem quidquam supplere, & satis est interpretari, quid eo contineatur. Nota est differentia inter supplere & interpretari ex *l. Gallus §. quid si qui filium & §. seq. de lib. & post.* Et hac etiã in parte nihil interest inter militem & paganum testatorem. Vtrobique B enim expressa pupillaris substitutio specialiter vel generaliter excludit matrem, si substitutus substitutionem amplecti velit. Sed si filius, cui miles directo substituit vel nominatim, si post pubertatem decederet, puta intra 25. annum, vel cui substituit compendio orationis, quandocunque decederet: si, inquam, is filius post pubertatem moriatur, hoc casu mater ei succedet ab intestato, sed debet, *vt ait l.* Sempronio substituto filii restituere hereditatem, veluti ex causa fideicommissi, vbi veluti, non significat similitudinem, sed approbationem & confirmationem, nimirum, vt hoc casu, fauore militiæ, quod hoc voluerit testator, vt veniret substitutus etiam post pubertatem defuncto filio fauore voluntatis militatis, verba directa substitutionis deflectuntur ad causam fideicom. & pro precariis accipiuntur, ità vt substitutus veluti ex causa fideicommissi non C capiat bona propria filii, sed bona tantum, quæ militis cum moreretur fuerunt, & quæ ab eo ad filium peruenerunt, mater autem retineat bona propria filii, & si quid filio deest ex bonis patris ad conferendam Falcidiam, id est, portionem legitimam. Nam pupillo quidem directo substitui potest in secundum casum, etiam in legitimã portionem: quia datur ei heres, qui sibi heredem facere non potest, si moriatur intra pubertatem, in *l. ex tribus, sup. de inoffic. testam.* Ergo pupillo in hunc casum, si moriatur pupillus, pater directo substituit recte, etiam in portionem legitimam, post pubertatem autem puberem filium non potest onerare fideicommisso in portione legitima, quam æquum est filium habere sine onere vllo, sine fideicommisso, sine dilatione, D sine conditione. Et ita Accursius notat recte in vltima glossa h. leg. Notanda igitur hac in re differentia inter substitutionem pupillarem directam, & substitutionem fideicommissariam siue precariam, vel quæ cum figura verborum sit directa, benigne accipitur pro precaria conseruandæ voluntatis militis causa: Nam qui venit ex pupillari directa, non tantum capit bona, quæ habuit pupillus a patre, sed etiam bona aduentitia, quæ aliunde habuit propria, quæsita post mortem patris, vel etiam ante mortem patris, vel ex causa, vnde non adquirat filiusfam. patri, in *l. sed si plures §. ad substitutos, ff. eod.* Qui autem venit ex fideicommissaria substitutione, non capit bona filii propria, sed bona tantum, quæ a testatore ad eum peruenerunt, *l. coheredi, §. quod si heredem, eod. tit.* Quia fideicommisso nemo onerari potest vltra E id, quod a testatore accepit, *l. 6. de leg. 3. l. ab eo, inf. de fideicommiss.* De suo enim quisque fideicommissa aut legata relinquere, de suo largiri, non de alieno debet. Et ita in fine huius legis precibus, vt euidentiùs ostendat, substitutionem a milite factam filio impuberi verbis directis post pubertatem valere tantum iure fideicommissi, addit valere tantum in bonis profectis a patre, non in bonis propriis filii, hæc remansura penes matrem, iure legitimæ successionis. Est hæc est omnino sententia huius legis. Eademque est penitus sententia *leg. centurio, ff. h. tit.* tantum abest, vt pugnent inter se. Illius legis species hæc est: Centurio, & miles igitur, filio impuberi directò substituit, expressa certa ætate, sed in longius tempus, puta si intra vigesimum annum sine liberis decederet: filio moriente intra pubertatem, substitutus iure communi, non tantum bona patris occupat, sed etiam bona filii propria, iure scilicet substitutionis pupillaris directæ, quæ secum trahit omnia bona pupilli, vnde profecta fuerint. Filio autem moriente post pubertatem intra vigesimum annum, substitutus ex priuilegio militum, nec iure communi iam, sed iure singulari capiet tantum bona centurionis cum fructibus inuentis in hereditate, quoniam & ii fructus bonis centurionis adnumerantur, fructus quos posteà filius percepit bonis propriis filii connumerantur, *l. postul ante §. vlt. ad Trebell. l. 24. de vsufr. leg. l. 1. inf. de his quibus vt indig.* Non dicitur nominatim in *l. centurio*, eam substitutionem post pubertatem valere iure fideicommissi, quod dicit aperte lex *precibus.* sed cum ait, substitutum tantum capere bona patris, quid aliud significat quàm substitutum venire iure fideicommissi? Hic enim effectus est fideicommissi quo longe amplior est effectus & maior substitutionis directæ, quæ occupat omnia bona. Ergo ea tantum bona, quæ centurionis, cum moreretur, fuerunt, substitutus capiet de manu matris vel alterius heredis legitimi filii, & legitimus heres retinebit propria bona filii. Hæc est vera interpretatio leg. *centurio*, secundum quam apparet nullum inter eam & leg. *precibus*, esse dissidium, nullas inimicitias, quia *lex centurio*, non loquitur de matre, vt hæc lex precibus, sed generaliter; nec spectat, quis filio succedat ab intestato, mater an alius legitimus. Ex eo, inquam, apparet, etiamsi mater non sit in medio, sed alius legitimus heres filii, substitutionem directò à milite factam filio in longius tempus post pubertatem tamen valere iure fideicommissi in bonis profectis a patre. Quod igitur dicitur in parte vltima huius legis, haberet locum & in alio successore, nec vt habuit ante proprium mater, ne excludatur per tacitam pupillarem, ita etiam hoc proprium habet, vt propter matris interuentum substitutus filio post pubertatem, non veniat iure directo, sed iure tantùm fideicommissi: Nam ex *l. Centurio*, quæ generaliter loquitur, apparet idem esse, si quis alius legitimus heres filii interueniat, & errore labi eos, qui interueniente alio herede legitimo quam matre, putant post pubertatem eam substitutionem valere iure directo, quod nusquam reperietur. Nam est facta quidem iure directo, sed directæ effectum non habet, propterea quod & militem puberi, qui sibi potest facere testamentum, absurdum est testamentum facere. Nemo dat alii heredem habenti testamenti factionem. Sed tamen, quia ita voluit miles, vt qualiter qualiter satis ei fiat, porrectis verbis directis ad fideicommissum, post pubertatem eam substitutionem, quam directò concepit, accipimus pro precaria, constituto proximo agnato herede ab intestato, & onerato tantum restitutione bonorum patris militis, qui eam substitutionem fecit, non cæterorum bonorum filii. Et notandum etiam est, hac vna tantum in parte esse discrimen inter militem & paganum. in superioribus partibus adnotauimus nullum esse discrimen inter militem & paganum. in hac parte vltima huius legis, cum scilicet post pubertatem filius moritur, est discrimen, nimirum, quod miles post pubertatem substituat filio non inutiliter, vt in hac *leg. & d. l. centurio, l. 6. sup. de test. milit. l. miles §. pen. ff. hoc tit.* Cur ait non inutiliter militem post pubertatem filio directo substituere? quia scilicet ea substitutio valet saltem iure fideicommissi in bonis profectis a patre milite, qui ita testatus est, vt ait lex *centurio*, ex priuilegio militum, subindicans, non idem esse in paganis apertissime, cum dicat esse priuilegium militum. Iure ergo communi directa substitutio facta post pubertatem, nec iure fideicommissi valet. Denique paganus post pubertatem substituit prorsus inu-

tiliter, *l. verbis, eod. tit.* Verbis ciuilibus, id est, directis, A substitutionem post pubertatem frustrà fieri conuenit. Non fieret frustra, si post pubertatem valeret: vt fideicommissum, & loquitur *l. verbis* de iure communi non de priuilegiario, quod militibus competit, sed de iure paganico, & adiicit eum substitutum post pubertatem non posse etiam venire vt coheredem adiectum in partem bonorum paternorum, diuiso asse in duos semisses, παχυμερέστερον, vt in §. *vlt. Instit. de vulg. substit. & l. si paterfamil. de hered. instit.* quod exposui in *l. 3. sup. tit. 24.* Quoniam euidens est in hac specie patrem nullum coheredem filio adiicere voluisse. Ergo ille substitutus neque veniet vt coheres, neque vt fideicommissarius. Et ad summam à pagano directo facta filio substitutio, post pubertatem nullo iure valet, neque directo, neque obliquo. Cum enim ex priuilegio militis tantum datum sit, B vt valeat iure obliquo, consequens est idem non dari secundum ius commune. Et hæc est verissima huius rei definitio. Sunt innumeri qui tentant etiam iure communi ex testamento pagani post pubertatem substitutionem valere tanquam fideicommissum. Nec igitur hac in re vllam esse differentiam inter paganum & militem, contra manifestissima legum verba. hanc opinionem a nobis amotam volo, nec moueri volo *c. Raynutius, de testam.* quoniam quod in eo definitur, vt iure communi post pubertatem valeat, tanquam fideicommissum, manifestissimum est ductum id esse ex praua opinione interpretum iuris ciuilis. Et vt solet error vnus alium ducere errorem, etiam ex opinione praua eorundem interpretum in illo *c. Raynutius* filio rogato restituere hereditatem dantur duæ quartæ, quod vt C quodam loco ostendimus, omnino pugnat cum iure ciuili, & originem sumpsit non ex iure ciuili, sed ex praua opinione. Nihil etiam moueri debemus *l. Scæuola, ad Senatusc. Trebell.* quæ est arx istius opinionis. Sciendum est, in codicillis inutiliter heredem institui vel substitui directo, inutiliter exheredari quemquam. Nunc finge: pater filium impuberem testamento instituit, & codicillis ei directò substituit Lucium & Caium in secundum casum, qui exstitit filio mortuo impubere. non potest substitutus venire iure directo, quia in codicillis nihil directo scribitur vtiliter. Sed benigna interpretatione substitutus venit iure fideicommissi, & a fratre legitimo herede filii impuberis mortui capiet bona, quæ a patre ad filium defunctum peruenerunt. D Et si illi duo substituti Lucius & Caius inuicem sibi substituti sint, consequenter inter eos reciproca substitutio valebit iure fideicommissi, id est, mortuo filio impubere. At eius heredes legitimi capient bona profecta à patre deducta Falcidia, quoniam est testamentum pagani iure fideicommissi Denique si vnus ex duobus substitutis moriatur, iure mutuæ substitutionis portio illius pertinebit ad alium, tanquam fideicommissum. Et secundum hæc substitutio directò facta pupillo in codicillis, cum habeatur pro fideicomissaria, etiam ipsi inter se habebuntur pro fideicommissariis, & reciproca substitutio directò facta inter eos, declinabit etiam ad causam fideicommissi, per consequentias prioris substitutionis directæ factæ pupillo, quæ declinat etiam ad causam fideicōmissi. & hæc est sententia *l.* E *Scæuola*, cui respondendum est. Quæres, cur etiam directa substitutio a pagano facta post pubertatem non valeat iure fideicommissi: id est, cur dicatur frustra fieri, *in l. verbis ciuilibus*, nec valere etiam iure fideicommissi? Quia hoc non expressit testator, quod exprimere debuit, si voluit constituere fideicommissum, §. *vlt. Instit. de pupil. substit. & l. coheredi §. cum filia, eod. tit.* Et ita recte in *l. in pupillari*, quæ pertinet ad ius commune, si in pupillari substitutione longius tempus comprehensum sit, tamen substitutio euanescet pubertate, sicut etiam Carboniana bonorum possessio, quæ est pupillaris, dicitur euanescere pubertate, nec in longius tempus vllo iure produci, *l. 3. §. puberi, l. de bonis §. vlt. l. quæritur, de Carbon. edic.* Quæro igitur in specie huius legis, exemplo *l. Scæuola*, verba directa substitutionis cur non trahantur ad fideicommissum? Et respondeo, aliam esse speciem & causam huius legis & illius. Nam substitutio filio impuberi directo facta codicillis erit prorsus inutilis, nisi sustineatur iure fideicommissi. Igitur ne frustra videatur facta substitutio maxime pupilli, vt qui ex codicillis heredem habere non potest, habeat tamen fideicommissarium, qui ei sit loco heredis, vti scriptura illa directa perperam scripta in codicillis, si non potest valere *vt testamentum pupilli, valeat vt codicillus a pupillo factus ab intestato, si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum.* Directa enim verba habere pro precariis, est testamentum habere pro codicillis, vt pupillus, qui non habet testamentum, habeat codicillos, & ita moriatur. Cæterum in *l. precibus* substitutio, quæ directo est facta impuberi in longius tempus, puta in vigesimum quintum annum, vel quandocunque decesserit, etiamsi dicamus post pubertatem eam nullo iure valituram, quod etiam omni asseueratione confirmamus, tamen non ideo erit inutilis prorsus substitutio, quia potest valere intra pubertatem iure directo. Et fauor hic pupilli nullus interuenit, cum pubes mortuus est, vt non abs re dicatur, post pubertatem nec iure fideicommissi valere substitutionem factam a pagano, etsi ii, qui sunt instituti, inuicem substituti sint, & consequenter reciproca illa substitutio inter eos nullo iure subsistere potest.

AD TITVLVM XXVII.

De necessariis hered. inst.



Vm ante dixisset de heredibus instituendis, vel substituendis, nunc heredum qui instituuntur & substituuntur diuisionem & qualitatem exequi parat: nec enim omnium heredum eadem est qualitas, non omnium idem ius in successionem defuncti, non omnium idem ius & in omne ius defuncti: alii sunt voluntarii, alii necessarii, & rursus necessariorum alii sunt sui, alii necessarii tantum non sui. de necessariis tantum est hic tit. 27. de suis est tit. 28. & 29. de voluntariis est 30. Et necessarii quidem, de quibus agitur hoc tit. sic appellantur, quod dominis a quibus cum libertate instituti vel substituti, aut liberis dominorum impuberibus ignorantes & inuiti heredes existunt, adeo vt & pœna afficiantur si eorum hereditatem spernant, aut hereditatem amplecti detrectent, *l. 4. hoc tit.* Et abstinendi beneficium non habent, quod tamen prætor dat suis heredibus, qui etsi necessarii sint, non adeo tamen necessarii sunt, vt prætor non possit illos hac necessitate absoluere data abstinendi licentia. Illi omnimodo necessarii sunt, vt nec beneficium abstinendi habere possint, *l. necessariis, in fine, D. de adq. hered.* Existunt autē heredes ipso iure confestim .i. apparent heredes a morte testatoris, & ante apertas testamenti tabulas, vt Stephanus notauit recte in *l. eius qui, in pr. D. de reb. cred.* Et ante aditam hereditatem a coheredibus: nam & a coheredibus libertatem non accipiunt, sed a semetipsis ἀμέσως, id est, *immediate*, nullo actu, nullaue persona media interueniente, *l. 6. §. vlt. D. de hered. instit. l. ex parte, D. de adq. hered.* videlicet si, vt posui, cum libertate heredes instituti sint adiectis coheredibus. nam si sola libertas eis relicta sit non etiam hereditas, libertatem non accipiunt a semetipsis, sed ab heredibus, a quibus liberi esse iussi sunt. Quamobrem post mortem heredis libertatem non posse dari recte scribit Vlp. *lib. reg.* Et alia est conditio tutelarum: Nam vt ait *l. 7. D. de*

A

de test. tut. tutores non ab herede, sed a testatore protinus proficiscuntur. Cuius rei argumentum est, quod heres ipse tutor dari potest, qui non iure daretur si daretur a semetipso. Item quod post mortem heredis tutor dari potest, qui etiam non recte daretur si tutoris datio proficisceretur ab herede: Et hoc ita dicitur in *d. l. 7.* sane ad differentiam legatorum, & fideicommissorum & libertatum, quoniam hæc ab herede proficiscuntur: Legata omnino ab herede, vt nec heredi ob eam rem a semetipso possit legari, *l. legatum §. 1. D. de legat. 1.* nec post mortem etiam heredis alii, id est, ab herede heredis, *§. post mortem, Instit. de legat.* fideicommissa quoque heredi a semetipso relinquuntur inutiliter, sed hoc proprium in fideicommissis, vt non tantum proficisci possint ab herede, sed etiam ab herede heredis: Et libertates similiter, vt ante dixi, ab herede proficiscuntur, libertates testamentariæ scilicet, si iij quibus dantur non sint heredes instituti: nam si sint heredes instituti, eam a semetipsis accipiunt, vel quod pene idem est, a testatore protinus, vt *l. 1. hoc tit.* ab ipso testatore seruum liberum & heredem existere necessarium ab ipso testatore, id est protinus, *ἀμέσως*, id est, clausis testamenti tabulis, necdum adita hereditate a coherede. Et ita in §. 1. *Instit. de hered. qualit. & diff.* seruum heredem institutum siue velit, siue nolit, omnino post mortem testatoris protinus liberum & necessarium heredem fieri. Et hinc manat regula illa iuris ciuilis, quæ dictat libertatem auferri non posse, cuius fit mentio in *l. si ita scriptum §. regula, D. de lib. & post.* Siquidem, vt iamdiu ostendi & probaui cunctis, si in eo §. reponatur vox *libertatis*, vt dixi, & remoueatur vox *hereditatis* quæ ascita est, vt hæc non sit regula vera hereditatem adimi non posse, sed hæc libertatem adimi non posse, quæ tamen falsa videtur esse non minus quam illa, ex tit. *de adempt. libert, & l. si peculium §. 1. D. de manumiss. test. & l. si seruus, D. de fideic. libert.* hæc vero falsa est nisi vt idem §. ostendit, coangustetur ad speciem propositam de seruo proprio, quem dominus in testamento liberum & heredem esse iussit, vt huic eodem testamento libertas adimatur inutiliter hac ratione: quia a quo legari non potest, nec adimi ab eo quicquam potest: ab herede autem ipsimet heredi a semetipso legari non potest: Ergo ab herede ipso ipsimet adimi nihil potest *d. l. 5. in fin. D. de hered. instit.* quia vna eadem est causa & adimendi & legandi, vna eadem causa contrariorum. Et hæc de appellatione necessariorum heredum dicta sufficiant. Nunc causam exponamus instituendorum necessariorum heredum. Causa instituendorum necessariorum heredum est pudor & existimatio testatoris, vt conseruetur, quia plerumque seruus necessarius heres scribitur ab eo qui soluendo non est, vt eius heredis nomine, qui non potest non esse heres, potius quam testatoris nomine bona a creditoribus possideantur & distrahantur, quod est ignominiosum, vel inter creditores diuidantur: quæ ratio diligenter obseruanda est in *l. fratres, C. de inof. test.* adhibita *l. seruus, C. Theod. eo tit.* quæ eleganter ait, seruum necessarium heredem institutum, non tam patrimonium, quam infamiam consequi, quia non instituitur nisi ab eo qui soluendo non est, vt hic tueatur famam defuncti, & exponat suam pro defuncto, distractis bonis suo, non defuncti nomine. Et integra sententia *l. fratres* est, fratrem non agere de inoff. testamento fratris, quod in eo sit præteritus, nisi frater sibi instituerit heredem infamem vel turpem personam, vel leui nota insignitam: nam si leuicula sit nota, æquum est præferre fratrem in vindicandis bonis fraternis, atque etiam si frater sibi instituerit heredem libertum suum, æquum est liberto præferri fratrem, nisi sit libertus, qui maximis beneficiis assequutus sit testatorem, vt inquam, optime meritus sit de testatore, alioquin non excludet fratrem ab hereditate agentem querela inofficiosi. Excipiendum esse etiam lex censet libertum Orcinum, id est, seruum testatoris quem cum libertate, cum non esset soluendo, necessarium heredem fecit. quoniam vix frater præteritus aduersus eum acturus est de hereditate quæ detrimentosa est: nam si a fratre qui soluendo sit, heres institutus sit necessarius præterito fratre, vtique huic seruo frater præferendus est, argumento *l. vlt. hoc t.* Et hæc ita adnotauerunt etiam Græci summa cum ratione ad *d. l. fratres.* Eadem quoque interuenit ratio in specie *l. etsi sine §. sed etsi quod Pap. D. de minoribus*, cuius species hæc est: quidam pupillum heredem instituit non filium suum, sed extraneum, & ei substituit vulgari modo, si heres non esset, seruum suum proprium cum libertate, qui vtique deficiente pupillo herede instituto, & repudiante hereditatem ex vulgari substitutione erit necessarius heres. At finge, pupillus heres institutus adiuit hereditatem, mox sese abstinuit ab hereditate beneficio restitutionis in integrum, an admittetur substitutus? Minime, quia aditione hereditatis semel extincta est substitutio vulgaris: & hoc ita verum est, nisi testator fuerit non soluendo: nam hoc casu vt eius famæ subueniatur & consulatur, ne scilicet eius nomine bona veneant post aditam hereditatem, etiam substitutus necessarius heres admittetur hoc colore quasi sit hoc casu aditio habenda pro non facta, quam abstentio irritam fecit: Eademque est ratio *l. qui potuerunt D. de manumiss. test.* Lege Ælia Sentia minor 25. annis, vt scitis, non potest manumittere seruum nisi causa probata apud consilium: variæ sunt causæ probabiles, & inter cæteras hæc vna est, vt habeat heredem necessarium seruum, videlicet cum soluendo non est, & suæ vult prospicere existimationi & memoriæ post mortem. eadem etiam omnino fuit ratio l. Æliæ Sentiæ in conseruanda libertate data in fraudem creditorum vni ex seruis heredi instituto ab eo qui soluendo non erat ne iniuria defunctus afficeretur a creditore, suo nomine venditis bonis atque distractis, §. 1. *Instit. qui & quibus ex caus.* Sed exigitur vt nemo alius ex testamento heres extiterit, adeo vt si seruo proprio instituto cum libertate, ab eo qui soluendo non est, datus sit substitutus vulgari modo liber homo, rescisso primo gradu incipiat a secundo, id est, substitutione, *l. 57. D. de hered. instit.* Exigitur etiam vt heres seruus, qui cum libertate institutus est ab eo qui soluendo non est, non sit specialiter creditori obligatus, vel pignori datus: nam quandiu durat pignus, inuito creditore ad libertatem perduci non potest. Et hæc est sententia *l. 1. hoc tit.* hæc est vis specialis & manifestarii pignoris, quæ non est eadem generalis, & taciti pignoris in *l. 2. & 3. inf. de seruo pignori dato manu. l. pen. D. in quibus caus. pig.* nec alia ratio differentiæ est, quam quod videantur magis nexa creditori, quæ specialiter, quam quæ perfusorie pignorata sunt, quæ speciali conuentione, quam quæ iure tacito. Igitur seruum quem ei qui nobis locauit ædes inhabitandas specialiter ex conuentione obligauimus, non possumus manumittere antequam locatori satisfactum sit. Seruum tamen eum quem intulimus in ædes conductas, qui tacito iure pensionis nomine intelligitur pignori obligatus & omne quicquid intulimus in eas ædes, possumus manumittere. non est igitur eadem vis taciti & expressi pignoris, nisi, inquit *d. l. pen.* pensionis nomine præcludatur, quod vt explicemus, moris erat inquilino non soluente pensionem locatori, interneniente publica persona aperire ædes, & describere res omnes, & mancipia omnia quæ inquilinus in eas ædes intulerat *l. cum domini, D. loc.* ac deinde rebus descriptis omnibus, mancipiisque illatis in ædes conductas, solebat auctoritate publica ostium ædium obsignare, fores præfigere & præcludere, adhibito claustro vel consepto, quod illo loco in Basilicis est *τὸν οἶκον ἀσφαλίζεσθαι, domum firmare*, eoque genere locator videbatur detinere ea mancipia quæ incluserat

in eas ædes cum cæteris rebus illatis. Denique eos videbatur habere in sua poteſtate, nec iam erat tacitum pignus, ſed reale, & corporale, & manifeſtarium, ideoque nec a præcluſis ædibus inquilino ius erat eorum ſeruorum manumittendorum, vt inquit *d. l. pen.* quæ eſt elegantiſſima. Deriſus eſt Nerua iuriſc. qui monſtrauerat per feneſtram ſeruos detentos ob penſionem, atque incluſos manumitti poſſe, puta in feneſtra exhibito vel ſeſe offerente ſeruo, & domino dicente teſte populo eum ſe liberum eſſe velle: deriſus autem non inſultando, non ſolent enim prudentiſſimi & religioſiſſimi iuris auctores alii aliis inſultare. Sed deriſus argumentando eſt, dum certa ratione aut probabili rationi eius cæteri adſenſi non ſunt, quia ſi ea ratione quam monſtrauit Nerua, ſerui manumitti poſſunt qui incluſi ſunt in ædes conductas, quaſi non plane detinerentur quibus patent feneſtræ, ſed etiam præfigendæ eſſent & obſtruendæ feneſtræ & proſpectus omnes, quod vtique nemo dixerit, & ſi penſionis nomine ſeruus eſſet locatori pignori traditus, & ab eo detentus in ſuis ædibus atque diligenter obſeruatus, eadem ratione poſſet beneficio feneſtræ manumitti a domino tranſeunte. Et ita quoque apud Senecam 1. ep. lib. 12. ridere, eſt obiicere rationem quæ confirmet ſententiam alterius, hoc eſt deludere, leuiter atque honeſte declinare, *quemadmodum*, inquit, *oppoſita ſimili interrogatione derideatur, attende.* & ita in *l. ſed an vltro D. de negot. geſt.* cum Labeo dixiſſet (eſt ſpecies elegans) eum habere actionem negotiorum geſtorum qui negotium alterius geſſit vtiliter, etiamſi negotium effectum non habuerit, vt ſi domum fulſit & poſtea exuſta ſit, vel ſi ſeruum alterius curauerit, & poſtea mortuus ſit, nihilominus repetet impenſas fulcimenti & curationis actione negotiorum geſtorum. Et cum ad Labeonem adnotaſſet Proculus hanc definitionem non eſſe perpetuam, nec enim eum habere actionem expenſorum vel negotior. geſtorum qui domum fulſit, quam dominus quaſi impar ſumptui dereliquiſſet, vel quam neceſſariam non putauit, cum, inquam, ad Labeonis definitionem hoc Proculus adnotaſſet, hanc adnotationem Celſus, inquit, deridet, oppoſita hac ratione ſola: is quem Labeo dixit habere actionem negotiorum geſtorum vtiliter negotia geſſit. Is autem quem poſuit Proculus, non geſſit vtiliter rem & negotium, qui non neceſſariam rem & oneroſam patrifamilias agreſſus eſt. Igitur ea adnotatio non eſt bene appoſita ad definitionem Labeonis. Nondum eſt ſatis: ex quo reddidi rationem appellationis neceſſariorum heredum, expoſui cauſam inſtituendorum neceſſariorum heredum: reſtat tantum definitio eorundem. Alia autem eſt definitio iuris veteris, alia iuris noui. vetus definitio hæc eſt: neceſſarii heredes ſunt ſerui proprii, qui in eadem cauſa permanſerunt, eodem gradu, & teſtamento cum libertate heredes inſtituti, vel ſubſtituti in primum, aut ſecundum gradum. Demas illa verba, eodem gradu, & teſtamento cum libertate, & erit definitio iuris noui. dixi, ſerui proprii, quia ſerui alieni voluntarii ſunt, non neceſſarii, *l. 3. hoc tit.* dixi, qui in eadem cauſa permanſerunt, quia ſi teſtator ſeruum proprium, quem teſtamento liberum & heredem ſcripſit, viuus manumiſerit, vel alienauerit, voluntarius eſt heres, non neceſſarius, quia in eadem cauſa non permanſit, §. *ſeruus autem, Inſtit. de hered. inſtit.* §. *ceteri, Inſt. de hered. qualit. & diff.* hæc ſunt notiſſima. præterea dixi eodem gradu; quia ſi ſeruus proprius qui primo gradu ſit heres inſtitutus ſine libertate, & a ſecundo gradu, id eſt, a ſubſtitutione libertatem acceperit, vel contra, non fit heres neceſſarius, quia non eodem gradu & liber & heres eſt ſcriptus ſecundum ius vetus, nam hodie ex conſtitut. Iuſtinian. nihil refert quo gradu ſeruo adſcribatur libertas, *l. 4. hoc tit.* dixi præterea eodem teſtamento, quia ſecundum ius vetus ſi ſeruo proprio data ſit hereditas teſtamento & libertas

A codicillis, etiam non efficitur heres neceſſarius: quia non poteſt videri recte data libertas codicillis, ne videatur hereditas codicillis confirmata, quod regula iuris non permittit, quæ dictat hereditatem codicillis neque dari, neque confirmari poſſe, nam qui confirmat, hereditatem dat, vt tutor qui confirmatur datiuus eſt non teſtamentarius, *l. tutores D. de confirm. tut. l. iure* §. *vtile, D. de teſtam. tut.* Sed id quoque mutat Iuſtin. *in l. pen.* §. *ſed cum veteres, hoc tit.* nam ſi vt idem Iuſtinian. conſtituit in eadem *l.* neque teſtamento, neque codicillis ſeruo proprio heredi inſtituto relicta ſit libertas, tamen præſumitur κατὰ πρόληψιν, per præſumptionem, ex ſcriptura inſtitutionis vel ſubſtitutionis. Et multo magis aſſumetur ſi ei ſit codicillis vtcumque relicta. Poſtremo dixi cum libertate, id eſt, nominatim adſcripta libertate

B & hereditate ſimul, hoc modo, liber & heres eſto. Alioquin non recte inſtitutus heres, ſicut pluribus iuris auctoribus viſum eſt in §. *1. Inſtit. de hered. inſtit.* πολέων δέ τε μῆτις ἀρείων, vt ait Apollonius, *multorum vero conſilium melius.* vnde quæri poteſt, quid ſit dicendum, ſi quis ſeruum proprium heredem inſtituerit ſub appellatione liberti, hoc modo: Stichus libertus meus heres eſto, an erit heres neceſſarius? minime, quia heres ſcriptus ſeruus ſine libertate non eſt heres neceſſarius, & nuncupare libertum non eſt ſeruo adſcribere hereditatem. Et hoc ita verum eſt ſummo iure: nam ex reſcripto Antonini ad Aufidium Victorinum, id eſt, ex *l. 2. hoc tit.* benigna interpretatione ea ſcriptura, *Stichus* &c. accipitur, ac ſi dixiſſet, *Stichus liber & heres eſto d. l. 2. hoc tit.* Et tamen quod mirum eſt, eadem l. 2.

C dicit, eandem benignam interpretationem non eſſe admittendam in legato. ergo legatum eſt inutile ita relictum, *Sticho liberto meo* 100. *do lego*, quia ſeruo proprio inutiliter legatur non adſcripta libertate, *l. ſeruus, inf. de leg. l. ex his verb. ſup. de teſtam. milit.* Et libertum appellare non eſt adſcribere libertatem. Quæſo cur potius valet inſtitutio ſerui proprii facta non adſcripta libertate, ſi modo inſtitutus ſit ſub nuncupatione liberti? Cur benigna interpretatio magis admittitur in hereditate, quam in legato? non poſſis adferre rationem aliam libertatis, quam eam quam adfert *l. filium* §. *ſed & ſi portio, D. de legat. præſt.* quod hereditatis plenius ſit beneficium quam legati, ac proinde admittat etiam pleniorem interpretationem, quod plenior honor hereditatis ſit, quam legati, adeo vt ſi quæ fiat benigna & fa-

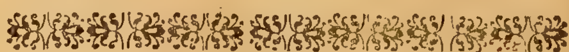
D uorabilis interpretatio in legato, multo magis in hereditate, non contra. Quod in alia re apparet euidentius ex *l. pen.* quandoquidem *ex ead. l. pen.* ex ſola ſcriptura inſtitutionis, vel ſubſtitutionis ſerui proprii, etſi non ſit adſcripta libertas, competit: hodie tamen ex ſolo legato quod ei relictum eſt non competit libertas, ex *d. l. pen.* §. *illo videlicet.* Legatum tamen etiam non valet ſeruo relictum ſine libertate. Sed in illo §. Iuſtinian. vt pietatis arbiter impios exiſtere ait heredes qui ſeruo legatum non præſtant ex voluntate defuncti, qui ſeruiles labores debita remuneratione defraudant, nec vllam tamen de legato actionem competere ſtatuit, ſed tantum improbe factum ſcribit, nihil vltra, quam quod impie factum ſit, ſtatuit in heredem. Quædam ſunt leges imperfectæ quæ vetant aliquid fieri, ſed nihil vltra

E adiecerunt, quam non recte fact ũvt in *l. ſi quis* §. *funus, D. de relig.* vel improbe factum, vt in l. Valeria apud Liuium lib. 10. ſatis arctum eſt vinculum ll. Expoſita neceſſarii heredis appellatione, vnde deducta ſit, & quam ob cauſam neceſſarius heres potiſſimum ſcribatur, & neceſſarii heredis definitione vetere & noua, veterem quidem dixi fieri nouam, ſi ex ea detrahantur hæc verba, *eodem gradu, & teſtamento cum libertate:* Nam olim ſerui proprii inſtitutio non aliter valebat, quam & ſi libertas ei eodem gradu & teſtamento adſcripta fuiſſet hoc modo: Stichus liber & heres eſto: deinde placuit eum quoque ſeruum recte heredem ſcribi, qui ſcribitur

ſub

sub nuncupatione liberti ex benigna interpretatione Antonini Imp. id est, ex *l. 2. hoc tit.* Post hæc vero, quod nunc nobis explicandum est, benignitas illa Antonini, quæ paulum inflexit rigorem iuris veteris, tandem elicuit a Iustiniano pleniorem dignitatem & abolitionem totius iuris veteris, nempe vt institutio serui proprii valeret, etiamsi neque sit adscripta libertas, neque nuncupatio liberti, institutioni serui proprii tacite inesse libertatem, institutum seruũ proprium sine libertate videri institutum cum libertate, *l. pen. hoc tit.* Quod & idem Iustinian. *in Instit. tit. de hered. instit.* qui locus est singularis, ait esse æquius, id est, benignius, & Attilicino IC. placuisse vt a constitutione Iustiniani stet vnus auctor iuris, ac proinde non sit omnino noua sententia Iustiniani. Et nunc videamus quo argumento hanc sententiam Iustinianus confirmet. Si quis filiis suis impuberibus seruum proprium tutorem dederit sine libertate, ex ipsa tutelæ datione præsumitur tacite ei etiam dedisse libertatem: quod omnes veteres iuris auctores approbarunt, *l. si hereditas §. vlt. D. de testam. tut. l. & si non adscripta in fi. de fideic. libert. §. 1. Instit. qui testam. tut. dari poss.* Sed est inter illum §. & illam l, *& si non adscripta,* notissima omnibus pugna quædam, in eo quod §. 1. assignet directam libertatem, lex *& si non adscripta,* fideicommissariam, cui nos finem imponemus. Inde vero ita argumentatur Iustinian. si per præsumptionem adsumitur libertas in persona serui proprii qui tutor datus est sine libertate, & assumenda igitur est in persona serui qui heres scriptus est sine libertate: quæ conclusio est vitiosa & fallax. Maior enim est ratio præsumendæ libertatis in tutore quam in herede: Nam in persona tutoris duplex est fauor, libertatis & pupilli, vt tutorem habeat, vt ait lex *& si non ads.* In persona heredis scripti vnus tantum est fauor, libertatis. duplex fauor facilius elicit hanc præsumptionem quam vnus. Ac præterea in persona tutoris dati lex *& si non ads.* adsumit tantum fiduciariam libertatem in persona heredis scripti, Iustinian. in hac *l. pen.* assumit directam. Sunt igitur casus dissimiles. itaque idem Iustin. vt hanc dissimilitudinem minuat & conterat, & augeat similitudinem qua vtitur, & vt quam minimum claudicet efficiat, etiam in persona tutoris dati, sicut in persona heredis scripti assumit directam libertatem in *d. §. 1.* vt fortiter possis defendere liberum esse seruo hoc vel illo iure vti, id est, vel iure directo ad libertatem peruenire, vel ex causa fideicommissi, sicut si quis eodem testamento & pure & per fideicommissum liber esse iubeatur. Si cui per testamentum sit relicta directa & fidecommissaria libertas, in potestate eius est ex directo, an ex fideicom. ad libertatem peruenire velit, *l. si quis seruo D. de man. testam.* & ita sensisse videtur Thalelæus in *d. l. & si non ads.* dum ait, eum qui non assumit in persona serui proprii tutoris dati fideic. libertatem, non ideo remouere directam, & integrum esse seruo hanc vel illam sibi assumere ex tutelæ datione, & ita nodus explicandus est. Nunc si quæras ad hæc quod veteres quæsierunt, vt refert *l. pen.* quid sit dicendum, si seruus proprius heres institutus sine libertate ante institutionem vel post institutionem eodem testamento alii legatus sit, an valet institutio? an valet legatum? Et hodie quidem res in expedito est: quia libertas, quæ tacite inest institutioni, est potior legato, siue præcedat legatum, siue sequatur institutionem, *l. si idem, D. de legat. 2. l. si peculium §. 1. D. de manu. testam. & l. si seruus, D. de fideicom. libert.* Olim cum libertas non inerat institutioni tacito intellectu magna erat quæstio περὶ ἐγκληματώδης, vtrum valeret legatum serui heredis instituti: Nam videtur seruus heres ipse alii a semetipso legari inutiliter, ne idem sit debitor, & res debita Et vix etiam euenire id vnquam posse ait Iustin. in hac *l. pen.* vt quis seruum heredem suum alii leget. Institutio quoque videtur non valere quæ præcessit legatum, quod non sit ei adiuncta libertas si is seruus accipiatur pro seruo proprio testatoris: Nam si accipiatur pro alieno, vt pote legato, valeret institutio si & legatum valeret: & ita hereditas perueniret ad legatarium per seruum legatum: atqui ostendit non posse valere. Item quærebatur an valeret institutio serui legati, cum scilicet legatum præcessit institutionem: quia dubitatur vtrum is seruus sit accipiendus pro alieno, vt pote legato, quo casu constat institutionem valere, & hereditatẽ adquiri legatario per seruum adeuntem iussu legatarii, cui a coherede forte vtiliter legatus est. An vero sit accipiendus pro seruo proprio testatoris, quo casu inutilis est institutio, quæ non habet adiunctam libertatẽ, vt indicat *l. si seruus in fi. ff. de vulg. subst.* Dum ait seruum legatum posse institui cum libertate: Nam ex contrario præbet argumentum vt videatur non posse institui sine libertate secundum ius vetus, de quo tractamus. hunc locũ ament iuuenes dialecticis imbuti, nec veteris iuris imperiti: neque vero noui potest esse peritus, qui antiqui est imperitus, sed si spectas ius nouum hæc quæstio inanis est, quoniam libertas tacita, quæ semper intelligitur inesse institutioni, facit vt euanescat legatum quocumque loco fuerit adscriptum ante institutionem, vel post institutionem. Eiusdem generis est quæstio proposita in *§. vlt. l. pen.* finge: proprius seruus testatoris quem testator alii legauit eodem testam. filio impuberi substitutus est in secundum casum, puta si ante pubertatem moreretur sine libertate. An valet substitutio? an valet legatum? Si seruum acceperis pro alieno, vt pote legato, valet substitutio, & quandoque existente conditione substitutionis hereditas pupillaris legatario adquiritur adeunte seruo iussu legatarii: Nam & substitutio & legatum valet. Sed si eum acceperis pro seruo proprio testatoris, qualis est tempore testam. & mortis, nõ valet substitutio pupillaris, cũ non est adscripta substituto libertas. Id vero explicatu difficillimũ est, siquidẽ id velis explicare secundum ius vetus. Hodie est facillimum: nã institutus vel substitutus sine libertate habetur pro instituto vel substituto cũ libertate. Et vbi seruus alii legatus cũ libertate pupillo substitutus est, constat in suspenso & in pendenti esse libertatẽ quoad extiterit vel defecerit conditio substitutionis: Ea existente competit libertas quæ data est, & euanescit legatum: ea deficiente debetur legatum, & euanescit libertas, *d. l. si seruus §. vlt. ff. de vulg. subst.* Igitur idem etiam erit omnino hodie si seruus alii legatus pupillo substitutus sit sine libertate. Et sequitur alia quæstio in l. vlt. hoc tit. finge: seruum proprium pure heredem scripsit sub conditione, liberum esse iussit. & constat iure veteri ex *l. 3. §. 1. & l. qui filio §. si quis seruum, ff. de her. instit.* institutionem illam puram quamuis sit pura, differri in tempus, quo libertas quæ data est sub conditione, expleta conditione obtingat. Ideoque expleta conditione demum liber & necessarius heres erit, deficiente conditione, neq; liber, neque heres erit. Et non distinguitur vtrum casualis an potestatiua conditio fuerit. Et iure veteri in eo nullus est labor. At hodie quid dicemus cum placeat Iustin. institutioni semper tacite inesse manumissionem & libertatem. An præualet tacita manumissio, vt non sit expectanda conditio adscripta libertati? Sicut si quis eodẽ testam. & pure institutus, & sub conditione in alia parte testam. liber esse iussus sit, præualet institutio pura, *l. 1. ff. de man. testam.* An vero dicemus in hac specie nec hodie quidem institutioni tacite inesse manumiss. quia vt vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitũ, *l. vlt. sup. de pact. conuent. sup. dot. l. cum ex filio §. 1. l. vlt. ff. de fidei. lib.* An igitur expressa manumissio quæ facta est sub cõditione facit cessare tacitã? Et Iustinian. in hac *l. vlt.* distinguit inter conditionem potestatiuam & casualẽ. Potestatiua est in arbitrio & voluntate serui cui imponitur, vt si dederit 10. si ierit Lutetiã: casualis est in casu atque fortuna, vt si nauis ex Asia venerit, In potestatiua Iusti-

nian. probat quod ait *d.l.* 3. §. 1.*de hered.inst.* Ne seruus ante fiat heres & liber, quã potestatiuam illam conditionem impleuerit, ea non impleta vt neque heres sit, neque liber. Sed velim addi exceptionem, nisi ei postea in codicillis pure sit relicta libertas ex *l. qui filio* §. 1.*de her. instit.* Cuius speciem explicare necesse est. Finge: seruũ quis proprium heredem fecit pure, & eodem testamento ei libertatem reliquit, eodemque gradu sub conditione, si intra cal. decem dederit, quæ plerumque est potestatiua conditio: post deinde in codicillis eidem seruo pure reliquit libertatem. pendente conditione seruus neque heres fuit, neque liber, non certe ex testamento, quia pendet conditio adscripta in testamento sine qua heres domino esse non potest, non etiam ex codicillis, ne videatur codicillis confirmari hereditas, quod regula iuris non patitur, quia confirmare hereditatẽ est dare vt *l. pen.* §. *sed cum veteres.* At si deficiat conditio si intra cal. non dederit 10. proculdubio erit liber ex codicillis: heres autem non erit, quia ex eodem testamento libertatẽ non accepit: qui est insignis locus iuris veteris qui ita explicandus est. In casuali autem cõditione Iustinian. ita distinguit rursus in hac *l. vlt.* Aut hereditas domini soluendo est, aut non est. si non est soluendo, & immineant creditores, etiamsi defecerit conditio libertatis, tamen vt consulatur famæ defuncti seruus protinus liber & necessarius heres fit. Liber, inquam, ex tacita intellectione. Itaque expressa manumissio non facit cessare tacitam, cuius etiam causa est melior, cum tacita manumissio sit pura, expressa est conditionalis. Et vbi occurrit illa diuersitas inter expressum & tacitum, proculdubio expressum non facit cessare tacitum. Sed si hereditas sit soluendo, si sit locuples hereditas, & defecerit conditio libertatis, ea hereditas veniet ad substitutum vulgari modo seruo datum si quis fuerit: At si non fuerit substitutus vulgaris veniet ab intestato ad legitimum heredem excluso seruo ab hereditate, non etiam vt constituit, excluso à libertate, quod mirum est. Nam libertas ei conseruatur ex institutione, quæ tamen ipsa non conseruatur, quia ab instituto hereditas transit ad substitutum, vel ad legitimum: atque ita euenit vt expresso vitiato non vitietur tacitum, quod extorsit fauor libertatis, vel vt loquitur, humanitatis intuitus. Alias enim vitiato expresso & tacitum quod ei inest vitiatur in *l. 3. in fi. ff. de seruit. rust. præd.* Et hic quoque expressa manumissio non facit cessare tacitam, & ita in hac *l. vlt.* In casuali conditione Iustinian. subtiliter distinguit, vtrum fuerit soluendo testator vel non. Et ita, quod notandum, dicebam heri *ad l. fratres sup. de inoff. test.* esse distinguendum, vt si non sit soluendo hereditas fratris qui seruum proprium heredem instituit, fratrem præterierit, is seruus liber & necessarius heres fiat, submoto fratre præterito a querela inoff. testam. Sed si soluendo fuerit hereditas, vt vocetur frater superstes ab intestato excluso seruo per querelam inoff. testam. fraterni. Huius quæstionis species, vt dixi initio, hæc est: Seruum fuisse institutum pure & manumissum sub cõditione eodem testam. quæso quid dicemus e contrario, si sit institutus sub conditione & manumissus pure? Et hoc facile est definire ex *l. Trebatius* §. 1. *& l. seq. ff. de her. inst. & l. cum seruus, ff. de man. test.* vt deficiente cõditione institutionis liber fiat ex manumissione pura, non etiam heres: Existente autem conditione, vt liber fiat & heres necessarius. & quod postremo adieci in definitione necessariorum heredum: heredes instituti vel substituti in primum aut secundum casum, sic accipe: Substituti in 1. casum, heredes sunt testatoris, substituti in 2. casum heredes sunt pupilli: Nam in 2. casum tantum fit substitutio pupillaris. hæc ergo adieci, vt ostenderem, quem quis sibi necessarium heredem facere potest per institutionem, & per substitutionẽ vulgarem, & illum posse eundẽ facere heredem necessariũ suo filio impuberi per substitutionem pupillarẽ ex *l.* 2. §. *prius, & l. sed si plures* §. 1. *ff. de vul.* 9. *sub.* Sic fit vt frater fratri possit esse necessarius heres, & vt libertius patrono.



AD TITVLVM XXVIII.

De liberis præteritis vel exheredatis.



TIt. 28. est de liberis præteritis, vel exheredatis. Ergo de suis heredibus. Hi enim sunt liberi qui in potestate morientis & gradu proximiores sunt delatæ hereditatis tempore, *l. scripto, ff. vnde lib.* §. 1. *&* §. *cum autem, Inst. de her. quæ ab intest. def.* Est etiam hic tit. de his qui non sunt sui, sed a prætore ad successionem parentum vocantur inter suos. hi sunt liberi emancipati quos prætor in successione parentum adæquat suis. Denique hic tit. est non tantum de liberis, qui sunt in potestate, sed etiam de emancipatis. Et sui quidem heredes etiam necessarii heredes sunt statim ipso iure, id est, ex 12. tab. tam ex testamento quam ab intestato, §. *necessarij, Instit. de hered. qual. & diff.* & tam ex directo quam ex fideicommisso, *l.* 19. *de rebus dub.* nec eis necessaria est aditio, quia ipso iure heredes existũt & apparẽt derepente, *l. in suis, ff. de suis & legit. hered.* Aditio, inquam, eis non est necessaria, id est, superuacua eis est, *l.* 7. *ff. de inoff. test.* Nam si ex abundanti velint adire solemniter hereditatem parentis, sane non prohibebuntur, atque ita fit vt nonnunquã in iure sui dicantur adire non tam ex necessitate iuris, quam ex sponte sua *l. si duo, ff. de acq. heredit. l. si filius, ff. de collat. bon. l.* 4. *sup. de instit. & subst.* Vt si sint præteriti silentio, petere possunt bonor. possessionem cont. tab. quæ tamen eis non est necessaria, *l. is qui in potestate, ff. de leg. præst.* Sui igitur & necessarii sunt videlicet iure ciuili: Nam iure prætorio abstinere se possunt hereditate parentis, atque ita defugere onera hereditaria, & iniuriam qua forte afficerentur a creditoribus si non est idonea hereditas. Et puberes quidẽ possunt se abstinere beneficio prętoris si non miscuerint se bonis paternis, impuberes etiãsi miscuerint se, *l. qui impuberibus, l. necessariis, ff. de acq. hered.* quod tamen beneficium heredes necessarii tantum non habẽt. liberi autem emancipati voluntarii heredes sunt, quia alieni, & extranei heredes sane sunt, qui in familia morientis non sunt, quales sunt liberi emancipati, & omnes voluntarii heredes, atque etiam necessarii tantum, id est, serui cum libertate heredes instituti, nec enim sunt sui. & hi liberi sui vel emancipati dicuntur præteriti, si neque instituti, neque rite exheredati sint, etiamsi legata, aut fideicommissa eis relicta sint, §. *eadem, Inst. de hered. quæ ab intest. def.* Vel etiam sic definiamus: Præteriti liberi sunt qui institutionis vel substitutionis gradu, vel in omnibus gradibus silentio omissi sunt: eadem forma qua præteriti Senatores apud Sextum Pompeium qui non sunt lecti a Censoribus, atque adeo tacite loco moti videntur. Exheredati autem sunt quos parentes a successione sua certo iudicio submouere, quod fieri debet pure non sub conditione, in *l.* 3. §. 1. *ff. de lib. & post. l.* 18. *ff. de bon. poss. cont. tab.* Et alii quidem liberi exheredantur nominatim, alii inter cæteros, alii præteritione atque silentio solo, si eorum non sit facta mentio in 1. gradu, vel in 2. vel in nullo: nam qui sunt præteriti a matre, vel auo, aut proauo materno pro exheredatis habentur: horum parentum silẽtium exheredatio est, §. *vlt. Instit. de exher. lib.* Item preteriti a patre vel auo, vel proauo paterno testam. iure militari facto etiam pro exheredatis habentur, *l.* 12. *in prin. l. Paulus* 2. §. *vlt. ff. de bo. lib. l. sicut, sup. de test. milit.* At præteriti a patre pagano, & faciente testam. iure communi, vel ab auo vel proauo paterno & pagano & faciente testam. iure cõmuni, pro exheredatis non habentur, sed vel ab eis nominatim exheredandi

heredandi sunt, vel inter cæteros: Idq; non quibuscumque verbis, sed directis verbis, certis, conceptisque verbis, ne temere liberos suos bonis suis pellant, vel excludant, vt hoc modo, *ille filius meus exheres esto:* dubitabatur an & recte exheredaretur filius hoc modo: *filius exheres sit, vel filius exheres erit:* Sed placet & hoc modo exheredationem recte fieri, *l. fily, de lib. & post.* Dubitabatur etiam an his verbis recte fieret exheredatio: *filius meus alienus mea substantia fiat.* Sed hæc verba etiam Iustin. pro exheredatione sumit in *l. 3. hoc tit.* Ante Iustinian. licet is qui exheres esse iubetur alienus fiat a bonis paternis, & indignus esse existimetur successione paterna, *l. 12. §. si patronus, de bon. lib.* tamen hæc verba non erant exheredationis propria, abdicationis erant forte propria, vt cum apud Valer. Maxim. lib. 5. cap. 8. Torquatus filium suum Syllanum abdicat hoc modo: *Cum Syllanum pecuniam de sociis accepisse mihi probatum sit, & Reip. & domo mea indignum iudico, & protinus e conspectu meo abire iubeo.* quæ abdicatio erat alterū fulmen patrum aduersus filios potius, quam aduersus filias, vt eleganter ait Quintil. in declam. 259. *Fulmen istud patrum*, inquit, *aduersus ferociam adolescentiæ datum est aduersus filios, filias abdicare non decet, potius filios qui peccare plus possunt:* sic est legendum. Nam vulgo perperam ita legitur nullo sensu: *Fulmen istud patrum aduersus ferociam adolescentiæ datum est aduersus filias abdicare non debet plus filios qui peccare plus possunt.* Sed hodie abdicatione non vtimur, & restat patri tantum vnum fulmen exheredatio, quæ etiam fit tantum mortis causa: Nec enim valet nisi post mortem patris, & post aditam patris hereditatem, *l. pen. §. 1. ff. de bon. poss. cont. tab.* Abdicatio fiebat inter viuos: Et initio in exheredatione idem fuit ius omnium liberorum cuiuscumque sexus & gradus, nimirum vt non esset necesse eos exheredare nominatim, vt possent omnes exheredari inter cæteros, puta hoc modo, ille mihi heres esto: cæteri omnes amici & cognati exheredes sunto: hoc est exheredare inter cæteros, veluti in aggere & auersione. Sed postea iuris auctores varias differentias constituerunt inter liberos: ac potissimum sunt tres, quæ nunc sunt explicandæ, atque ita explicabitur celeberrima *l. vlt. hoc tit.* Prima differentia hæc est, filius si non instituatur heres, debet nominatim a patre exheredari, filia, nepos, neptis, & reliqui liberi possunt exheredari vel nominatim, vel inter cæteros, *§. 1. Inst. de exher. lib. l. si quis legatum §. si institutus, D. ad l. Cornel. de fals.* Et hoc est quod ait in *hac l. vlt. & aliis verbis exheredari debere filium sanxerunt, alius filiam.* Obstare tamen videtur *l. 2. hoc tit* quæ exigit, vt nepos exheredetur nominatim, quem tamen diximus non esse necesse exheredari nominatim, sed posse exheredari inter cæteros. Sed animaduertēdum est legem 2. hoc tit. loqui de lege Iul. Vellea, & de eo tantum nepote qui succedendo in locum sui heredis, id est, in locum patris sui mortui viuo auo, atque ita subintrando in locum & portionem sui heredis rumpit testamentum veluti agnatione, si in eo non sit institutus, vel nominatim exheredatus, *§. postum. Instit. de exher. lib.* nominatim exheredandus est, quia redigitur ad conditionem filii per successionem, qui nominatim exheredari debuit, *l. sed & si cond. §. 1. D. de her. inst.* Et quod ait *l. 2. h. t.* nepotem succedentem in locū sui heredis mortuo patre suo viuo auo si in testamento aui sit præteritus rumpere testam. sine impedimento l. Velleæ, hoc ideo dicit sine impedimento l. Velleæ, quia tunc tantum impedit l. Vellea rumpi testamentum, cum nepos inuenitur in eo institutus, vel nominatim exheredatus, *l. Gallus 29. §. sequenti D. de lib. & postu.* Et ad hoc etiam valde notandum est, in nepotibus exheredandis, aliud fuisse ius ciuile aliud ius prætorium: Nam iure ciuili nepotes & omnes liberi cuiuscumque gradus vel sexus excepto filio possunt exheredari inter cæteros: Iure autem prætorio, quo vocantur emancipati liberi perinde atque sui, siue ad instar suorum, excepto filio, nepotes & cæteri liberi masculi sunt exheredandi nominatim: Fœminas satis est exheredari inter cæteros. Et ita est proditum in *§. emancipati, Inst. de exher. lib. & in lib. reg. Vlp. tit. 22. §. emancipatos.* Et id est, omnino quod voluit notare *l. vlt.* his verbis: *Et inter nepotes exheredandos*, quē locū doctorū nostrorū intellexit nemo. Secunda differentia hæc est: filio præterito iure ciuili nullum est omnino testamentum, iure prætorio, præterito filio datur bonorum possessio contra tabul. in assem, id est, in hereditatem totam: filia autem & nepote & reliquis liberis præteritis, valet testamentum, sed iure ciuili liberi præteriti habent ius accrescendi in portionem certam, id est, scriptis suis heredibus accrescunt in virilem portionem, scriptis autem extraneis accrescunt in semissem, *d. §. 1. Inst. de exhered. lib. & in Nou. Maioriani, & Leonis de Sanctim. & viduis.* Et vbi ita accreuerunt forte scriptis extraneis heredibus in semissem præstant legata omnibus, nedum exceptis personis, quæ sunt in testamento relicta pro ratione semissis, quem auferunt scriptis, perinde ac si ipsi scripti essent, quod valde singulare est, vt non scriptus heres oneretur a quo nihil legatum est, deducta tamen Falcidia, id est, deducto quadrante semissis, qui est sescuncia, *l. qui duos D. de vulg. subst* nos in idiotismo nostro diceremus Sescunciam tres semiuncas, vt sesquisextarium dicimus tres heminas, *trois demi-septiers, trois chopines*, & sesquimodium, tres semimodios. Ita vero, vt notat Iustinian. in hac *l. vlt.* eueniebat, vt minus haberet filia præterita, minus auferret ex bonis paternis, quam quæ exheredata erat, quæ iniuria exheredationis certo iudicio patris effecta erat, quod euenit etiam in specie *l. pen. §. vlt. ff. de bon. poss. cont. tab.* Nam vt hoc demonstrem, filiæ exheredatæ relinqui, vel repleri debet quadrans totius assis ad excludendum centumuirale iudicium, id est, querelam inofficiosi testamenti: Nam in hac *l. vlt.* in qua fit mentio centumuirorum, respicit ad querelam inofficiosi testamenti, quę est centumuirale iudicium, *l. Titia, l. qui repudiantis, D. de inoff. testam.* A quo iudicio vt submoueatur filia exheredata, necessario, vt ante dixi, ei repleri debet quadrans totius assis. Præteritæ autem filiæ, vt dixi, sufficit quadrans semissis, id est, sescuncia, atque ita minus habet, quæ silentio omissa est, quam quæ affecta est atque notata summa iniuria, ictaque illo fulmine, quia scilicet filiæ præteritæ non patet aditus ad assem, vel quadrantem assis per querelam inofficiosi testamenti, quia hæc actio est subsidiaria *§. tam autem, Inst. de inoff. testam.* Id est, non datur ei actio inofficiosi testamenti cui aliud ius aliaue actio suppetit. Et filiæ præteritæ suppetit ius accrescendi: & hæc ita quidem se habebant iure ciuili, cum quo non consentiebat ius prætorium: Nam iure prætorio filiæ & reliquis liberis præteritis dabatur bon. poss. cont. tab. in assem cum onere præstandorum legatorum personis tantum exceptis, puta liberis aut parentibus, aut nurui, aut vxori in edicto de legat. præstand. non omnibus legatariis. Sed vt refert idem Iustin. in *hac l. vlt.* qui locus est singularis, nec habet parem in toto iure ciuili, ex constit. Antonini filiæ & reliquis liberis præteritis non datur bon. poss. cont. tab. nisi in eam portionem pro qua iure ciuili heredibus scriptis adcrescunt, id est, in virilem vel in semissem. Hactenus de 2. differentia. Sequitur tertia. filius sub potestatiua tantum conditione institui heres potest, nisi institutus sub casuali in defectum eius nominatim exhederetur At filia, nepos, & reliqui liberi sub omni conditione heredes institui possunt, & sub casuali igitur, licet in defectum eius nominatim non exheredentur, *l. suus, l. sed & si cond. §. 1. ff. de hered. instit. l. 1. §. sciendum, ff. de suis & legit. hered.* Et hæc 3. differentia prætermissa, nec sublata: Nunc Iustin. in hac *l. vlt.* tollit superiores omnes, reducto iure vetustiore, qui tamen & hanc 3. differentiam tollere debuit,

cum pendeat ex consequentia superiorum. Nam cur filius non potest institui sub conditione casuali? quia ea deficiente inueniretur præteritus, & ita corrueret testamentum. cur nepos tamen & reliqui liberi possunt institui sub conditione casuali? quia ea deficiente inuenientur exheredati inter cæteros ex vulgari clausula quæ solebat apponi testamentis, *Cæteri præter quos heredes scripsi exheredes sunto*, *l. Titius*, *D. de lib. & post.* Igitur & hanc tollere debuit, quod cum non fecerit, manet. Nam syllogismi nihil valent in nouis constitutionibus, nihil argumenta a consequentibus, quia non licet ius nouum extendere vltra suos fines. Et vult ergo tantum Iustinian. vt sicut ab intestato inter liberos nulla est differentia sexus, vel gradus in successione parentum, ita etiam vt nulla sit differentia inter eos in testamento, sed vt omnes nominatim exheredentur, si parens velit eos exheredare, non inter cæteros, cuiuscumque gradus sint vel sexus: & si forte præteriti sint, vt omnes sine distinctione sexus & gradus eadem iura habeant, quæ habuit filius iure ciuili & prætorio. Verum nequid prætermittamus eorum quæ continentur in hoc titulo, notandum in l. 1. quam nondum attigi, filium vel exheredari ab vno gradu, puta ab instituto tantum, vel a substituto tantum, in casum institutionis tantum, vel in casum substitutionis tantum: Et tunc is tantum gradus valet, & ab eo incipit testamentum, etsi remotior gradus sit a quo filius exheredatus est: Cæteri gradus in quibus præteritus est, nullius momenti sunt. Ab vno autem ex heredibus vnius gradus filius inutiliter exheredatur, *l. nonputauit* §. *si quis ab vno*, *D. de bon. poss. cont. tab.* quia non exheredatur a toto gradu, sed a parte gradus, a re certa, aut portione certa, & a re certa non fit recte exheredatio, vel in partem casus tantum, *l. cum quidam*, *D. de lib. & post.* Exheredandus est igitur a toto gradu, non a parte, id est, ab vno ex institutis, vel ab vno ex substitutis: vel etiam filius exheredatur ab omnibus gradibus, & vtique videtur exheredatus ab omnibus gradibus si ante gradus omnes exheredetur, si primo loco vel prima parte testamenti exheredetur, vel etiamsi exheredetur inter institutionem & substitutionem, & a consequenti, & a subsequenti gradu exheredatus videtur: ab omnibus igitur exheredatus videtur. Quid si exheredetur ab omnibus gradibus heredum, id est, post omnes, hoc casu non videtur exheredatus nisi a posteriore gradu & in posteriorem casum. Igitur a posteriore gradu incipiet testamentum: Superiores nulli erunt in quibus est præteritus. Denique sic statuamus. exheredatus post omnes gradus, a posteriore tantum exheredatus videtur, non ab omnibus, cum hac exceptiones ex *l. 1.* nisi appareat eam fuisse mentem testatoris, vt quem exheredaret ab vltimo gradu, exheredaret ab omnibus. Nam plerumque in testamentis idem est scripsisse aliquem, & sensisse nec scripsisse: quia totum facit sententia defuncti: Nam quid senserit explorandum est: Idem est expressisse & intellexisse, *l. 88. D. de legat. 1. l. 6. ff. de assig. libert.*



AD TITVLVM XXIX.

De postumis heredibus instituendis, vel exheredandis.



Tit. 29. est etiam de suis heredibus: nam est de postumis, (id est, de his qui sunt in vtero, quique nati nobis sui heredes futuri sunt) heredibus instituendis, vel exheredandis, id est, non prætereundis. Superior titul. est de iam natis, hic est de nascituris, de quib. cum fuerit etiam finis tituli superioris, id est, §. *vlt. l. vlt.* ex eo quam apte hic tit. mox illi coaptatus sit, intelligi potest. Separati autem sunt tit. de liberis & postumis: Nam & inter liberos & postumos sunt separationes siue differentiæ plures, quas explicaturus sum. Et prima quidem differentia hæc est: In liberis superstitibus præteritis ius ciuile fecit differentiam sexus, vt heri ostendi, atque etiam ius prætorium, quod olim obtinuit: in postumis præteritis nullam fecit differentiam sexus, sed cuiuscumque sexus sint postumi præteriti agnascendo iure ciuili totum testamentum rumpunt *l. 1. h. tit.* & iure prætorio habent bo. poss. cont. tab. *l. 2. sup. de bon. poss. cont. tab. l. 1. §. 1. ff. eod.* Rumpunt autem testamentum agnatione, vt dixi, id est, statim atque nati sunt, quamuis illico decesserint, ne voce quidem emissa, aut eiulatu vllo, in manibus assæ, siue obstetricis quibus excipiuntur, modo nati sint viui, & homines non monstra, *l. 3. h. t.* Nam abortu testamentum non rumpitur, agnatione rumpitur, *l. 2. h. tit.* Sed neque aborsu rumpitur: & & inde Paul. 4. sent. aborsum vel abactum ventrem partum non facere. Abordiri est non ordiri, vel in ipso ordiendi initio fœtum eiici nondum vllo spiritu preditũ. Aboriri autem est non oriri, non agnasci: Varro 4. de ling. Lat. *De re*, inquit, *vbi omnia oriuntur, vbi aboriuntur.* Abortiui igitur sunt, qui mortui vtero prodeunt, qui a veteribus dicti sunt exterranei apud Festum: proinde abortiui non sunt liberi: quia nec nati sunt, qui mortui prodiere, *l. qui mortui, ff. de verb. sig.* Augustin. 22. lib. de ciuit. Dei cap. 12. *Abortius*, inquit, *fœtus non nati, sed effusi.* Monstri quoque vel prodigii ortu siue alterius magis animalis, quam hominis partu non rumpitur testamentum, *l. 3. in fi. hoc t.* quia hæc monstra siue prodigia etiam liberos non appellamus, *l. non sunt liberi, ff. de stat. hom.* Neque obstat *l. quæret ff. de verb. sig.* quæ etiam monstra non dicit esse liberos, non dicit esse partus, sed vult mulieribus cedere & proficere partus loco in odiũ l. Iuliæ & Papiæ, de qua est illa lex, quæ mulieres orbas liberis vel steriles plus nimio coercet. Non omittam quamuis sit admodum leue, vt conseruem fidem scripturarum, in *l. 3. h. t.* in hoc loco, *Veterum animi*, omnes libros antiquos habere, *veteres animi.* Et ita etiam scriptũ reperies in omnibus antiquis libris, vt in *l. 22. inf. de leg. veteres animos mouit.* Et sic scribendum est, & maneat integra ea scriptura in *l. 9. sup. qui test. fac. poss. Antiquos animos mouit.* Et est frequens in Nouellis græcis impressis ea locutio. Quod ait *l. 2. hoc tit.* non conualescere, non restitui testamentum, quod rupit agnatio postumi, etiamsi illico decesserit. Quod ego retuli ante, hoc ita verum est, si post mortem testatoris natus, & illico mortuus sit: Nã si viuo testatore nascatur postumus, & denascatur, id est, moriatur illico, ex æquo & bono testam. conualescet, maxime si in eo fuerit scriptus, qui omnino ab intestato rem habiturus est. Et hæc est elegãtissima sententia *l. post. ff. de ini. rupt. & irr.* quæ est ita adducenda in concordiam cum *l. 2. hoc tit.* & hac in re quod notandum est, & hæc erit secunda differentia inter postumum & filium superstitem, a postumo distat filius superstes, quia etiamsi filius præteritus moriatur viuo patre, testamentum non restituitur, non conualescit, §. 1. *Instit. de exher. lib. l. 7. ff. de lib. & postu.* Et ratio diuersitatis hæc est, quæ constituet tertiam differentiam inter postum. & filium superstitem, quia filius superstes præteritus in testamento patris statim ab initio, & semper iniustum & nullum testamentum facit: postumo autem præterito testamentum valet ab initio, sed rumpitur si nascatur, *l. 3. §. ex his apparet, ff. de ini. rupt.* Et facilius ergo conualescit, quod valuit ab initio, quam quod numquam valuit: hæc est ratio diuersitatis, & 3. differentia inter postum. & filium superstitem. Quamquam & ex æquo & bono vbi ab initio non valuit testamentum, puta filio præterito, testamentum sustineatur & tueatur potius, quam cõualescat ex voluntate filii præteriti, cuius interest. Quidni? si se abstineat a bonis paternis, nec velit iniuriam præteritionis

tionis exequi, *l. filio præterito, D. de ini. rupt.* Sicut codicilli irriti sustinentur, & quodammodo restituuntur ex voluntate heredis, *l. cum quasi §. vlt. D. de fideic. lib.* Postumi igitur non rumpunt testam. antequam nascantur: Nati rumpunt si modo nati sint sui, vel post mortem testatoris, qui sunt postumi legitimi, vel post mormentum factum viuo testatore, qui sunt postumi Velleiani ex 1. cap. l. Velleæ. Alii sunt postumi Iuliani, qui post factum testamentum viuo testatore nati sunt non sui, sed postea eodem testatore viuo succedunt in locum sui, de quibus omnibus est *l. Gallus D. de lib. & post.* Alii sunt non postumi, sed quasi postumi, siue postumorum loco, qui scilicet cum nati essent testamenti tempore, nec essent sui, postea viuo testatore in locum sui succedunt, & quasi agnascuntur, siue renascuntur, de quibus est 2. caput *l. Velleæ. d. l. Gallus, & l. 2. sup. tit. prox.* Et hi omnes quos recensui, agnatione, vel quasi agnatione, id est successione, rumpunt testamentum in quo silentio præteriti sunt. Et inde existit differentia inter postumum & filium superstitem: Namque omnes differentiæ quæ inter eos sunt, catenatæ sunt, & nectuntur aliæ ex aliis. Quarta hæc est, si postumus a primo gradu sit præteritus, a 2. exheredatus, id est, a substituto, rupto primo gradu agnatione postumi, quod in eo fuerit præteritus, rumpitur etiam 2. gradus, in quo tamen ei satisfactum est: quia postumus rumpendo primum gradum locum sibi facit in hereditate, bona & occupat & consequenter excludit secundum gradum. At si filius superstes sit præteritus a 1. gradu, a 2. exheredatus, secundus gradus valet, & ab eo incipit testam. quia primus gradus pro nullo est, *l. 5. §. vlt. de ini. rupt.* Addamus quintam differentiam, quę est vltima, & quam solam sustulit Iustin. Quinta igitur differentia hæc est: filia superstes secundum ius vetus potest exheredari inter cæteros sine adiectione legati: filia postuma cæteræque fœminæ postumæ non recte aliter exheredantur inter cæteros, quam si eis aliquid legetur, id est, cum adiectione legati, ne videantur præteritæ per obliuionem: Nam legatum eis relictum argumentum dabit earum meminisse testatorem, atque adeo data opera eos exheredasse, atque comprehendisse sub appellatione cæterorum, *§. Postumi, Inst. de exhered. liber.* Sed hanc differentiam Iustinianus tollit in fine tituli superioris, & vult filios & filias postumos & postumas æque omnes exheredari nominatim, hoc scilicet modo: Quicumque mihi genitus erit ex vxore mea exheres esto: vel, Venter exheres esto. Postumus in hoc loco est venter, vel, postumus & postuma exheres esto, vt in *l. 3. §. nomin. D. de ini. rupt.* vt iam eis exheredatis nominatim eo modo non sit necesse adiicere legatum, quo videatur testator eorum meminisse. Quod etiam olim fuisse obseruatum in postumis masculis refert Vlp. *lib. Reg. tit. 22.* Sed ad hæc notandum est ex *Nou. 115.* hodie exheredationem postumi ipso iure nullam esse, quia exheredatio nulla est sine elogio, id est, non adscripta causa ingratitudinis, & probata etiam ab herede liquidis & indubitatis probationibus vt ait *l. vlt. sup. de secund. nupt.* Quæ autem potest esse ingratitudinis causa in postumo? quæ causa irascendi ventri? etiam notandum est ex eadem Nouella hodie ex causa exheredationis vel præteritionis si deficiat elogium, vel si non probetur, per querelam inofficiosi testamenti non rescindi totum testamentum, vt olim, non rescindi omnem tenorem testamenti, sed tantum institutionem, legata omnia conseruari & fideicommissa, & præstari ab exheredato qui obtinuit querela inofficiosi testamenti: atque ita fit vt non scriptus heres oneretur legatis a se non relictis: sicut olim, vt heri dixi, filia præterita quæ scriptis heredibus accrescebat in semissem, pro semisse legata præstabat omnibus. Conseruari etiam tutelas & libertates & tabulas pupillares & omnia quæ sunt scripta in testamento præter institutionem. Sed ne circumscribamur, ne latissime accipia-

Cod.

A mus nouam constitutionem, dum ait ex causa exheredationis vel præteritionis solam institutionem infirmari, sed eam tantum accipiamus de præteritione quæ pro exheredatione habetur, vt si facta sit a matre, vel auo materno, vel a patre milite, vel a filio, vel a fratre: nec accipiamus eam de præteritione quæ pro exheredatione non habetur: Nam hæc præteritio totum testamentum infirmat, & nullum ab initio facit, & ea Nouella pertinet tantum ad querelam inofficiosi testamenti quæ datur exheredatis tantum, aut præteritis qui pro exheredatis habentur. Neque vero pertinet ad bonorum possessionem contra tab. quæ datur præteritis, qui pro exheredatis non habentur, neque ad querelam iniusti testamenti, nullius aut rupti: & ita etiam rectissime sensit Alciatus 4. Parerg. cap. 9. & fui semper in ea
B sententia, nec me pœnitet: Nam vtar eodem argumento quo Iustinianus ipse vtitur in *l. si quando sup. de inoffic. testam.* Vnico verbo pręteritionis adiecto exheredationis verbo e propinquo, Principem Romanum qui iura tuetur, non videri obuertisse totam obseruationem testamentorũ multis vigiliis excogitatam atque inuentam. Et tamen in alia sententia sunt & Latini & Græci plerique omnes. Non est omittendum quod habetur *l. vlt. hoc tit.* quandoquidem est valde nouum, & dabit finem huic recitationi & huic titulo, Si postumus sit heres institutus in hunc casum, Si post mortem meam nascatur, heres esto, qui est casus iuris antiqui, siue legis 12. tabul. & nascatur viuo testatore, non post mortem, quia in eum casum non est institutus, si me viuo
C nascatur, sed in alterum tantum, an videtur in eum casum præteritus, vt viuo testatore natus rumpat testamentum? minime: Quoniam ex hac l. vltima, casus ille iuris antiqui, si post mortem nascatur, porrigitur ad casum l. Velleæ, si me viuo nascatur, latius assumpta voluntate defuncti, quod omnino pugnat cum lege *commodissime, & l. Gallus §. forsitan, D. de lib. & post.* ex quibus casus ille non ducitur ad alium casum. Pugnat cum *l. si pater filium, D. de vulg. subst.* & cum Paulo in 3. *Sentent. tit. de testamentis.* & omnino in hac l. vltim. Iustinianus voluit abrogare sententiam veterum IC. qui restrictius accipiebant institutionem postumi, & in suo casu coercebant, nec eam ducebant ad alterum casum: quod præsumatur testator & eos &
D postumum fuisse instituturus si quidem putasset postumum nasciturum se viuo. Iustinianus ita proponit fuisse conceptam institutionem, Si filius vel filia intra 10. menses editi fuerint post mortem meam heredes sunto. Illud spatium 10. mensium solebat apponi in institutionibus postumorum, quoniam hoc est spatium partus legitimi, *l. vlt. D. de fideicomm. libert. l. 3. §. vlt. D. de su. & legit. hered. & d. l. Gallus,* vt rectissime dicat Oppianus de venatione, lib. 1.

Ὡς δ' ὅτε τις κούρη δέκατον περὶ μῆνα σελήνης
Πρωτοτόκος λοχίοισιν ὑπ' ὠδίνεσσι τυπεῖσα.

Et quamuis adiecerit post mortem meam, id est, intra
E decem menses numerandos a morte mea, qui nascetur post mortem meam heres esto, tamen & ex testamento heres erit si nascetur viuo testatore, nec pro præterito habebitur. Accursius putat idem non esse dicendum in exheredatione, vt, si sit exheredatus qui nascetur post mortem meam non videatur etiam exheredatus qui nasceretur me viuo post testamentum: forte aliud dicendum est & omnino idem statuendum in exheredatione quod in institutione rumpatur testamentum: Nam etiamsi dicatur non esse exheredationes adiuuandas interpretatione, sicut institutiones, quod sint odiosæ, *l. cum quidam, D. de lib. & post.* tamen nonnumquam adiuuandæ sunt vt in proposita specie in hac lege vltima, si testator ita dixerit, si filius vel filia nascentur, heredes sunto; vtroque nato filio &

Ll ij

filia vterque videtur institutus, & disiunctio accipitur pro coniunctione: & idem omnino est in exheredatione, si ita dixerit, si filius vel filia mihi natus nataue erit, exheres esto: vtrisque natis non rumpitur testamentum, quia vtrique exheredati videntur, *l. si ita facta, ff. de ini. rup.* Atque ita exheredatio admittit nonnunquam latiorem interpretationem confirmandi testamenti gratia. Neque huic sententiæ obstat quicquam lex 1. §. *sed etsi, ff. de ventre in poss. mitt.* vbi exheredatio stricte accipitur: Nam si testator ita dixerit, si filius mihi nascatur exheres esto, & nascatur filia, non erit exheres filia, vel si nascantur plures filii, nulli erunt exheredes, quia adhæremus scripto præfracte, & ita scripsit, si filius vnus, sed differentiæ causa est in conceptione verborum, quia dixit, si filius vnus, in specie proposita dixit, si filius vel filia, & elegantissime Græci in illum locum quod potest accommodari frequenter, ἡ διαφορὰ τῆς σφραγῖδος τῶν ῥημάτων τοῦ διαθεμένου διάφορον ἀποτέλεσμα ἐργάζεται, id est, *differentia conceptionis vel consignationis verborum testamenti diuersos effectus parit.* Vnum omisi supra de exheredato qui agit querela inofficiosi testam. si forte ei pater reliquerit legatum amplissimum forsitan, an hodie, quia ex causa exheredationis non infirmantur legata, sed institutio tantum, an possit petere legatum, qui per querelam institutionem euertit. Et respondet Accurs. in *l. vlt. sup. tit. prox.* non petiturum legatum, qui expugnauit testamentum per querelam inofficiosi testamenti, quod etsi non comprobat Accursius, tamen, vt notant interpretes, est vero verius, vt apparet ex *l. filium §. omnibus, ff. de leg. præst.*

AD TITVLVM XXX.

De iure deliberandi, & de adeunda vel adquirenda hereditate.



Ic titulus est de voluntariis heredibus: Nam iure ciuili voluntariis tantum heredibus competit ius deliberandi, id est, potestas consultandi vtrum expediat adire hereditatẽ necne, quia inuiti non adeunt cum sint voluntarii, *l. 16. hoc tit.* videlicet suo periculo: Nam alieno periculo possunt compelli adire, puta ex SC. Trebelliano ab eo cui rogati sunt hereditatem restituere, quod notissimum est. Iure autem Prætorio etiam suis heredibus competit ius deliberandi, quia se abstinere possunt: necessariis heredibus, id est, seruis propriis defuncti, neque iure ciuili, neque iure Prætorio competit ius deliberandi: & hoc primum posito, deinde adnotemus ad deliberandum vel a testatore ipso dari certorum dierum spatium, quod dicitur *cretio*, vt Vlpianus docuit *lib. reg. tit. 17. & 22.* & intra eos dies a testatore præfinitos, num velit heres esse, debet cernere: inde appellata est cretio, quia proprium est heredis instituti cernere, vt didicimus a veteribus, nostri vtuntur verbo decernere, & scire, vt in *l. pupillus, D. de adq. hered.* Pupillum posse adire tutore auctore licet ea ætas neque scire, neque decernere quicquam possit, non magis quam furiosus, & *l. is qui heres §. pen. ff. eod.* substitutum inutiliter repudiare antequam heres institutus decernat de hereditate: cuius rei gratia datur ei cretio, id est, tempus ad cernendum siue decernendum: Et ita quod olim veteres dicebant cernere ferro, hodie dicimus decernere: Seneca initio Epistolæ 58. *Simplicia*, inquit, *quædam in vsu erant, sicut cernere ferro inter se dicebant, Idem Virgilius hoc probabit tibi cum ait:*

Inter se coiisse viros, & cernere ferro.

Quod nunc decernere dicimus: simplicis illius verbi vsus amissus est: vel etiam ad deliberandum moderatum tempus præfinitur iudicis arbitrio, *l. 9. hoc tit.* Ita tamen, vt ne pauciores dies dentur a iudice quam centum, *l. 2. D. eod. tit.* quia & solemne cretionis tempus fuit centum dierum, vt apparet ex hac formula cretionis, *Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis*, apud Vlpian. & in *l. si Titio §. 1. quando dies leg. ced. l. 3. §. & si heredes, ff. de minor.* hodie quem diem princeps vel iudex a quo petitur tempus ad deliberandum constituere debeat, definitum est in *l. vlt. §. & hac quidem, vers. sed quia, hoc tit.* Ne princeps det ampliorem anno, ne iudex ampliorem 9. mensibus, & ne iterum det hic vel ille post annum, vel post 9. menses, cui semel dederit annum vel 9. menses ad deliberandum vel consultandum de hereditate adeunda vel non. Olim sæpius dari poterat ius deliberandi, dummodo iudici suaderetur tempus quod primum aditioni præstitisset non sufficere, *l. 3. ff. eodem tit.* & hodie etiam dabitur sæpius intra annum, vel 9. menses si initio breuius dederit, non etiam post annum vel 9. menses. quæ est sententia *d. vers. sed quia.* At si neque a testatore, neque a principe, aut iudice datum sit tempus ad deliberandum heredi instituto, vel heredi legitimo, forte nullis creditoribus postulantibus, nullis liberis exheredatis, ius adeundi, vt opinor, est perpetuum, non vt ius agnoscendæ bonorum possessionis temporarium. hæc est differentia inter ius ciuile & prætorium: Nam iure ciuili adeundi facultas est perpetua, si a iudice, aut testatore non sit præscriptum tempus deliberationis: Iure autem Prætorio agnitio bonorum possessionis est temporalis, id est, annua, aut centum dierum: & hoc ita etiam adnotarunt Græci interpretes ad *l. 4. sup. qui admitti ad bon. poss. possint.* his verbis: τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεται, id est, *ius ciuile tempore non excluditur:* adeo vt etiamsi suus heres non petat bonorum possessionem intra tempora constituta, possit post ea tempora adire hereditatem, eamque transmittere ad suos heredes. Ergo ita est, si non sit præstitutum deliberationis tempus a testatore vel a iudice, ius adeundi esse perpetuum. neque tamen hoc ita probabis recte, vt faciunt quidam. petitio hereditatis est perpetua, quod est verum, non excluditur longo tempore, *l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 4. inf. in quib. caus. longi temp.* ergo ius adeundæ hereditatis est perpetuum. vitiosa est collectio: Nam & possessoriæ actiones, aut possessoria bonorum petitio hereditatis, quæ bonorum possessori datur, est perpetua, *§. 1. Inst. de perpet. & temp. act.* Et tamen ius agnoscendæ bonorum possessionis non est perpetuum. male etiam probabis ex *l. 8. hoc tit.* quam tamen in eam rem citant vulgo, ius adeundi vel ius miscendi se esse perpetuum: Nam l. 8. cum loquatur de suis heredibus, qui ipso iure heredes existunt, necessaria eis aditio non est: & cum dicat ea lex, *vindicent*, loquitur potius de petitione hereditatis, quam dicit non excludi præscriptione longi temporis. Denique hoc tantum vult, petitionem hereditatis quæsitam ei qui ipso iure heres existit, esse perpetuam. contra male etiam colliges ex *l. 1. §. vlt. ad Tertullian.* ius adeundi non esse perpetuũ, quod tentant hoc modo ex hoc loco, apparet filiam præscriptione longi temporis repelli ab hereditate materna: ergo ius adeundæ hereditatis maternæ non est perpetuũ. Sed respondetur illum locum, quę pars est SC. Orfitiani, referri ad præteritum tempus, quod fuit ante SC. & quo filius ab intestato non præferebatur agnatis matris suæ, nec poterat ab eis vindicare hereditatẽ maternam, vt scilicet etiam nunc post SC. Orf. filius ab eis vindicare non potest si eam ante longo tempore possederit. nec enim hoc casu filio competere petitionem hereditatis. Et hæc sufficiant de his verbis huius tit. *de iure delib.* Sequitur, & *de adeunda hereditate*, quod ostendit etiam hunc titulum de voluntariis heredibus,

quibus

quibus solis est necessaria aditio, suis non est necessaria aditio, vel bonorum possessio, *l. in suis, ff. de suis & leg. hered. l. 7. ff. de inoff. testam. l. 13. hoc tit.* Aditio sic dicitur quasi aditus & accessus ad hered. adire hered. adire bona, adire testamentum, sic enim loquuntur varie: est accedere ad hereditatem, accedere ad bona, accedere ad testamentum, quod etiam dicunt subire, & obire hereditatem, & duo significat: Namque aditio alias accipitur pro cretione, quæ dicitur intra tempus a testatore constitutum, id est, pro aditione solemni, alias pro aditione simplici & nuda contestatione amplectendæ hereditatis, qua hodie vtimur, detractis cretionis solemnibus: Neque enim in adeunda hereditate infinitas illa testium requiritur, quæ requirebatur olim, vt indicat epist. quædam Cic. 13. ad Atticum. Nec solemnia B cretionis verba diligentius obseruamus qualia retulit Vlp. *Cum Mænius me heredem instituerit, eam hereditatem adeo cernoque*: nec etiam dicentem adire se hereditatem necesse est, quod olim erat necesse, cum arripere rerum hereditariarum corpus aliquod, idque tenentem eum dicere se adire hereditatem, vt *l. 1. C. Th. de legit. hered.* non est necesse digitis concrepare, eoque signo demonstrare iactam esse aleam, & se hereditatem defuncti amplecti, se obligare æri alieno defuncti & omnibus hereditariis oneribus: quem morem Ambrosius melius, quam Cicero, & euidentius expressit in 3. de off. *Non ego, inquit, in hereditatibus adeundis digitorum concrepationes & nudi successoris salutationes notabo, &c.* Hæc solemnia cretionum primum remissa sunt in hereditate materna, vel qua alia delata filiof. vt scilicet etiamsi eam non creuisset iubente patre, nihilominus mortuo filio C transmitteret in patrem in cuius potestate fuit, *l. 4. & l. 8. Cod. Th. de Mat. bonis, l. 1. C. Th. de cret. vel bonorũ poss.* Postea ea solemnia cretionum remissa sunt omnibus heredibus, & ideo cum in d. l. inserta essent hæc verba, *Si materna hereditas filiofam. vel alia quæcumque deferatur*, Tribonianus in *l. cretionum, hoc tit.* quam duxit ex d. l. 8. hæc verba sustulit, vt intelligeremus hodie generaliter & in vniuersum sublata esse solennia cretionum, quod notandum & vbicumque inuenit idem Tribon. nomen cretionis ea ratione semper obliterauit, & pro eo posuit nomen aditionis vel agnitionis, In *l. 15. h. tit.* cum esset scriptum in *l. 5. C. Th. de maternis bonis, diceret cretionem*, id est pronuntiaret verba cretionis, reposuit Tribon. *si adierit hereditatem*: Nam l. 15. h. tit. D ducta est ex d. l. 5. ex qua apparebit etiam esse coniungendam cum *l. 3. sup. vnde lib.* & similiter in *l. ea quæ, sup. de temp. in integr. restit.* verbum cretionis quod erat in *l. 2. C. Th. de in integ. restit.* ex qua illa ducta est, Tribonianus expunxit, vt his argumentis, quibus & plæraque alia adiungi possunt, liquido appareat in vniuersum hodie cretionum solennia esse sublata. Verum meminisse oportet effectum tamen cretionis remanere, & solo effectu inspecto aditionem hereditatis appellari actum legitimum *l. actus, de reg. iur.* Nam fit pure in *l. eum qui §. vlt. de acq. hered.* Et fit semel, non iteratur *l. si solui, §. vlt ff. eod.* & per heredem ipsum, non per procuratorem, non per tutorem, non per curatorem in *l. per curatorem, eod.* nisi sit procurator Cæsaris, *l. 1. §. vlt. ff. de off. proc. Cæsar.* vel pupillus heres scriptus sit infans: Nam E infantis nomine per tutorem adiri potest hereditas, vel etiam pro herede gerere se tutor potest nomine infantis *l. 5. hoc tit. l. seruo inuito §. si pupillo, ff. ad Treb.* Alioqui pupillus qui excessit infantiam adit ipsemet tutore auctore d. l. 5. h. tit. vel ex decreto iudicis si tutorem non habeat, *l. si infanti hoc tit.* Plus datur patri quam tutori. Nam per patrem hereditas delata filiofam. adiri potest, & adquiri gestione pro herede volente filio. Nam exigitur filii voluntas, non etiam inuito filio, *l. 4. l. 11. hoc tit.* & interdum sine voluntate filii si infans sit *d. l. si infanti.* Porro quod additur in hoc tit. *vel acquir. hered.* ostendit suos heredes ab hoc tit. non esse penitus

Cod.

tus submouendos, quia acquirendi verbum generale est, quod complectitur & cretionem, & aditionem simplicem, & pro herede gestionem, & immistionem, & existentiam, & animi destinationem. His enim omnibus modis hereditas acquiritur: & immistio est genus acquisitionis suorum heredum proprie, quia iure prætorio non aliter censentur obligati esse hereditati, quam si miscuerint se bonis. mistione obligantur hereditati, vt nec restitui possint in integrum si sint maiores 25. annis, *l. 10. hoc tit.* nec si allegent hered. patris non esse soluendo: cur enim temere miscuerunt se, quod etiam non possunt honeste profiteri: heres non dicit honeste hereditatem sibi delatam, non esse soluendo, sed debet dicere, non expedire sibi eam adire, non etiam notare mores defuncti & inopiam quæ forte defuncto contigit ob mores, ob morum dissolutiouem, *l. sed si alio loco, ff. ad Treb.* nec restituitur etiam maior qui miscuerit se si alleget fratrem eripuisse sibi partem suã, vel eripuisse testamentum, id est assem, *d. l. 10. hoc tit.* Item existentia, quæ Græce dicitur ἀνάφανσις, est etiam acquisitio propria suorum heredum iure ciuili. pro herede gestio, cretio, aditio, animi destinatio sunt genera acquisitionum communia omnibus heredibus, sed necessaria in voluntariis, non etiam in suis vel necessariis: & pro herede quidem gerit qui rebus hereditariis tanquam dominus vtitur, aut qui auctionem facit rerum hereditariarum, vel qui seruis hereditariis cibaria dat, sic est legendum in lib. reg. Vlp. ex authentico, non *mandat.* Item pro herede gerit qui debita soluit, *l. 2. hoc tit. l. 12. huius tit.* non etiam, quod notandum ex l. 1. h. tit. qui seruum hereditarium non iure manumittit, non etiam qui funeris causa vt iusta faciat defuncto, qui pietatis causa distrahit rem hereditariam, hic ideo non videtur se pro herede gerere in l. 1. h. tit. Cui nihil obstat lex *Iulianus §. vlt. ff. de acquir. hered.* Nam dicit filium se immiscuisse videri qui seruum paternum manumisit. Nam vt breue faciam §. ille vlt. non loquitur de gestione pro herede, sed immistione, & facilius videtur quis se immiscere qui ipso iure heres existit quam pro herede gerere, qui ipso iure non est heres, qualis est filius emancipatus in *l. 1. hoc tit.* Acquiritur etiam hereditas animi destinatione tantum & quolibet indicio suscipiendæ hereditatis, *l. 6. hoc tit. §. vlt. Inst. de hered. qualit. & diff.* Sola destinatio animi sufficit, nec necesse est vt teneat vel apprehendat vllam rem hereditariam, *l. 6. hoc tit. l. pen. sup. vnde legit.* Recte igitur concludes quia hic tit. est de omni genere acquirendæ hereditatis, & quia suis heredibus etiam competit iure Prætorio ius deliberandi, hunc tit. esse potissimum de voluntariis heredibus, sed pertinere etiam ad suos, de quibus est *l. 3 l. 8. & l. 13. & in 3.* proponitur ius præcipuum suorum heredum, quod etiam refertur in *l. cum antiquioribus, h. tit.* vt scilicet si sui heredes inter moras deliberationis decesserint, hereditatem sibi delatam transmittant ad heredes suos, quia ipso iure statim heredes extiterunt, etiam clausis testamenti tabulis, vt ait *l. 3. statim.* sicut *l. in suis, de suis & leg. hered. & l. 5. §. qui sunt, ff. si quis omis. cau. test.* At filii emancipati & voluntarii quicumque heredes, sibi delatam hereditatem non transmittunt in heredes suos antequam eam adierint, vel animi destinatione acquisierint, vel gestione pro herede, *d. l. 3. & 7.* Et hoc sit iactum veluti fundamentum materiæ transmissionis, quam tractabimus ad *l. si infanti*: nam omnes interpretatus sum leges vsque ad l. 18.

Ad L. Si infanti, & l. cum in antiquioribus.

L. 18. Si infanti, id est minori septem annis, in potestate patris vel aui vel proaui constituto vel constitutæ, hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea ex qua mater descendit, vel aliis quibuscumque personis: licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius

nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere. A

1 ¶ *Sed si hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacumque successione ad eundem infantem deuoluta iure patrio quasi iam infanti quæsita capere.*

2 ¶ *Parente vero non subsistente, si quidem post eius obitum tutor infanti sit, vel datus fuerit: posse eum etiam adhuc infante pupillo constituto, eius nomine adire hereditatem, siue viuo parente, siue post mortem eius ad eum deuolutam: vel bonorum possessionem petere, & eo modo eidem infanti hereditatem quærere.*

3 ¶ *Sin vero vel non sit tutor, vel cum sit, ea facere neglexerit: tunc eodem infante in ea ætate defuncto, omnes hereditates ad eum deuolutas, & non agnitas ita intelligi quasi ab initio non essent ad eum delatæ, & eo modo ad illas personas perueniant, quæ vocabantur, si minime hereditas infanti fuisset delata.* B *Ea vero, quæ de infante in potestate parentum constituto statuimus, locum habebunt, & si quacunque causa sui iuris idem infans inueniatur.*

4 ¶ *Si autem septem annos ætatis pupillus excesserit, & priore parente mortuo, in pupillari ætate fati munus impleuerit: ea obtinere præcipimus, quæ veteribus continentur legibus nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem, vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub eius potestate sit: vel cum tutoris auctoritate, si sui iuris sit, possit: vel si non habeat tutorem, adire prætorem, & eius decreto hoc ius consequi. Datum* VI. *Id. Nouemb. Rauennæ, Theodosio* XII. *& Valentiniano* II. *AA. Consf.*

L. 19. Cum in antiquioribus legibus, & præcipue in quæstionibus Iulij Pauli inuenimus filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse, & in suam posteritatem hanc C *transmittere: & aliis etiam quibusdam adiectis, quæ in huiusmodi personis præcipua sunt: eam deliberationem, & in omnes successores, siue cognatos, siue extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus, deliberationem meruerit: vel si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiauerit, vt ex hac causa deliberare videatur: sed nec aliquid gesserit, quod aditionem, vel pro herede gestionem indicat: prædictum arbitrium in successionem suam transmittat: ita tamen, vt vnius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. Et si quidem is qui sciens hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit: hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, post-* D *quam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestauerit: is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. Sin autem instante annali tempore decesserit: reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubitatione relinquat: quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam seruabitur. Recitata septimo in nouo consistorio palatij Iustiniani, Dat.* III. *Calend. Nouemb. Decio* V. *C. Coss.*

AGgrediar *l. Si infanti, & l. cum antiquioribus*, vt quam cœpi heri introducere quæstionem tractatus huius tit. transeam & perducam ad extremum. Ita E verò cœpi, vt dicerem ex l. 3. & 7. huius tit. voluntarium siue extraneum heredem, qui interim dum deliberat moritur ante aditam hereditatem, eam deliberationem hereditatemue vel petitionem hereditatis, cuius litem contestatus non est, non transmittere ad heredem secundum regulam iuris ciuilis, quæ vult, hereditatem non aditam non transmitti, nec deliberationem igitur de ea adeunda vel non adeunda: suum autem heredem, siue ex parte, siue ex asse heres sit, etiam non aditam hereditatem, vel non agnitam transmittere, & clausis testamenti tabulis nondum aperto testam. vt in *l. apud hostes*, ℥. *de suis & leg. hered. l. 2. §. si quis ex lib. D. ad Senatusc. Tert.* quia suo heredi non est necessaria aditio vel agnitio, cum ipso iure heres existat, etiam ignorans, hoc est pręcipuum ius suitatis siue *ἀναφάνσεως*, hoc est ius præcipuum suorum heredum: & olim certe ita fuit præcipuum eorum, vt in eius iuris participatum alieni & extranei heredes, ad quorum discretionem illi dicuntur sui, nullomodo venirent: verum postea constitutionibus Imperatorum ex his quæ in iure transmissionis sui heredes habebant propria quædam communicata sunt etiam extraneis heredibus, non vtique passim, sed certa lege modoque: & sunt tres constitutiones quæ hoc effecerunt: duæ Theodosii, & vna Iustiniani. Prima constitutio Theodosii est hæc lex *si infanti*, quæ vult infantem heredem extraneum ex testamento vel ab intestato, si moriatur antequam pater eius nomine hered. adierit, vel bonor. poss. petierit, eam transmittere hereditatem in patrem, vel deliberationē de ea hereditate, quasi scilicet ea hereditas, licet non sit adita nomine filii infantis, videatur patri cedere beneficio constitutionis potius quam ei acquiri per filium, & sic loquitur, *l. 4. C. Th. de mat. bonis*, in qua ita cauetur. idem etiam cauetur *l. 1. C. Theod. de cret. vel bon. poss.* Et hæc *l. si infanti*, est pars orationis Theodosii habitæ in senatu, vt probat inscriptio, & d. l. 1. est pars altera eiusdem orationis, & vulgo male in d. l. 1. legitur, *Hac ordinatione sancimus*, cum sit legendum, *Hac oratione sancimus*: omnes cōstitutiones inscriptæ ad Senatum orationes principum sunt. atque ita vides ex hac oratione etiam extraneum heredem, si infans sit, non aditam hereditatem extranei transmittere in patrem suum, & serua hoc tantum datum esse personæ patris iure singulari, & filio tantum mortuo in infantia, vt ei filio delata hereditas ab extraneo nec dum adita transferatur in patrem superstitem, qui ei ab intestato heres proximior est, & hoc indistincte siue filius sit in sua potestate, id est sui iuris, siue in potestate sui patris. Nam deficiente patre cuius tantum personæ hoc datum esse diximus, *l. si infanti*, nihil immutat ex iure veteri. Ideoq; si infantis nomine tutor non adierit hereditatem infanti delatam testamento extranei, perinde atque si delata ei non esset, mortuo infante ea hereditas redit ad legitimos heredes testatoris: quia intestatus decessisse intelligitur deserto testamento, id est, non adita ex testamento hereditate. ęque maior infante si intra pubertatem decesserit, ius & arbitrium deliberandi, vel hereditatē sibi ab extraneo delatā nec aditā, quam ipse potuit adire iussu patris vel tutore auctore, vel ex decreto Prætoris, quia non adiuit, etiam non transmittit ad heredes, quod & ita ponitur in hac *l. si infanti*, vt appareat singulare istud ius transmissionis hereditatis non aditæ locum tantum habere in hereditate ab extraneo delata infanti, & mox mortuo in infantia superstite patre. definit hæc l. infantem minorem 7. annis & siue tardius siue maturius fari incipiat, eo fine concludit infantiam vt *l. 8. Cod. Th. de mat. bonis*, & ita in *l. 1. §. sicut, qui totus est Triboniani, D. de adminiſt. tut.* Iis qui fari non possunt, recte opponuntur ii qui 7. annos excesserint. Nam imbuti sumus a Stoicis, quorum princeps Chrysippus negat pueros incipientes fari, fari, & dicit non fari, sed vt fari, non loqui, sed vt loqui, quod suo quoque loco ponere verba nesciant, & verba eorum non esse verba, vt Varro scribit 5. *de ling. Lat.* Idcirco nec verborum obligationes contrahunt, *l. 1. ff. de verbo. obl.* At vulgo infantem dicimus qui propter ætatem omnino fari non potest. Æschylus in *χοηφόροις*: *οὐ γάρ τι φωνεῖ παῖς ὁ ἐν τοῖς σπαργάνοις*, *non enim quicquam fatur puer qui est in cunis*, & inde Horatius, infantes statuas, id est, mutas & alio in loco.

Infans namque pudor prohibebat plura profari.

6. Epist. Et maiore errore infantes vulgo dicuntur liberi, vt loquimur in idiotismo, & Hieronymus refert in Genesim, *Hodieque*, inquit, *omnes filij vocantur*

infantes Romæ. Et inuenies quoque in *l. vxorem §. vlt. D. de leg. 3. l. Cum vero, §. cum quidem, D. de fid. lib.* Infantem dici non pro minore septennio, sed pro quolibet puero vel puella. verum ad rem. Ex hac lege vt dixi, extraneus heres si infans sit, hereditatem sibi delatam needum aditam transmittit in patrem, vel potius de ea adeunda, vel non, ius, potestatemque deliberandi transmittit in patrem: & hæc est prima Constitutio Theodosii. Secundo loco idem Theodosius constituit in *l. vn. inf. de iis qui ante ap. tabul.* quæ confirmatur a Iustiniano in *l. vn. §. in nouissimo, inf. de cad. toll.* constituit, inquam, vt hereditatem parentum cuiuscumque sexus vel cognationis delatam liberis, liberi licet sint eis extranei heredes, puta matri aut auo materno, aut proauo materno, aut patri manumissori, vt, inquam, eam hereditatem etiam non aditam ante apertas tabulas testamenti, id est, etiam clausis testamenti tabulis, siue sint ex parte heredes scripti, siue ex asse, & siue scientes, siue ignorantes, eam sibi delatam esse vita decesserint, vt eam transmittant non in quoscumque heredes, sed in liberos suos, siue eos habeant in potestate, siue non. hæc est constitutio 2. Theod. Quæ etiam suos fines habet: Nam est tantum de heredit. parentum, vt eam liberi etiamsi non adierint, vel ius deliberandi de ea transmittant ad heredes, & adhibitus est alius finis & modus vt non ad omnes heredes, sed ad liberos tantum vel suos, vel emancipatos. Tertia autem constitutio quæ ius transmissionis, quod proprium erat suorum, aliqua ex parte communicauit extraneis heredibus, est constitutio Iustiniani, id est, *l. cum in antiq.* quæ confirmatur etiam in *d. §. in nouissimo,* & dat etiam ea constitutio omnibus extraneis heredibus, qui modo sciuerint hereditatem sibi delatam, vt etiam nondum aditam vel agnitam hereditatem, vel ius & arbitrium deliberandi, si moriantur, transmittant non tantum in patrem vel liberos suos, sed in quoscumque heredes etiam extraneos, non quidem quocumque tempore moriantur, & hic est alius modus quem adhibet constitutio Iustiniani, sed si moriantur intra annum antequam decreuerint de hereditate. Nam post annum non agnitam hereditatem non transmittunt. Igitur his duobus finibus hæc constitutio sic circumscribetur: vnus est vt scierint sibi delatam hereditatem, alter, vt eam non transmittant nisi post annum numerandum ab eo die quo sciuerint sibi delatam hereditatem. & præterea apparet inde, hanc *l. cum in antiq.* deliberationi petendæ præstituere annum tam heredi quam heredi heredis, quod notandum est, neque existimandum est ei derogari per *l. vlt. §. sed quia, hoc tit.* quia ibi cauetur, quod heri etiam dixi, ne anno largius tempus princeps, ne nouem mensibus largius tempus iudex det ad deliberandum. ex hac autem *l. cum in antiq.* heres vel heres heredis a die quo prior heres sciuit sibi hereditatem delatam intra annum tantum admittitur ad petendam deliberationem, non post annum: denique hic præfinitur tempus petendæ deliberationis tempus in quod dari deliberatio potest. Et notandum est secundum hanc *l.* accipiendum esse quod ait *l. si infanti*, infantem qui patrem non habet, hereditatem aut deliberandi ius si ante eam aditam decesserit, non transmittere eam in heredem suum, si tutorem non habeat, vel si vt dixi, tutor eius nomine vt potuit non adierit hereditatem, id, inquam, ita verum est, si infans moriatur post annum a die quo tutor eius sciuit ei extranei delatam esse hereditatem. Nam si intra annum moriatur ex hac *l.* ius deliberandi transmittet in quemcumque heredem suum, & ita eam partem legis *si infanti* esse accipiendam ex l. seq. declarat aperte Nouel. 158. atque ita tres sunt constitutiones, quæ quod ad ius transmittendi pertinet, ius quod sui heredes habent præcipuum, ad aliquid communicant etiam extraneis heredibus: alioquin potiora semper iura habent sui heredes in transmissionis causa. & notandum etiam exheredatos in transmissionis causa potiora iura habere, quoniam sui heredes futuri erant si exheredati non fuissent. Nam exheredatio abscindit ius sui heredis, *l. filium §. videamus, D. de bonor. poss. contra tab. l. 1. §. post suos, D. de suis & legit. hered. l. si quis postumos §. si filium, D. de lib. & post.* sed quia exheredati liberi possunt rescindere exheredationem, & totum testamentum in quo scripta est, si agant querela inofficiosi testamenti, & obtineant aduersus heredem scriptum, ideo quasi assumitur pro suis heredibus, vt si interim moriantur, querelam inoff. testamenti transmittant in heredes suos, modo si vel comminati sint se acturos querela inoff. testamenti, vt appareat eos noluisse se abstinere bonis paternis, vel etiam si litem denuntiarunt heredi scripto, vel si ei dederint libellum conuentionis. comminatio sufficit, vel libelli datio siue editio actionis, vel denuntiatio, vt transmittant querelam in heredes quam nondum contestati sunt tamē: quæ omnia non desideraremus ab herede suo. Sed quia exheredatus est & exclusus iure sui, interim dum iudicetur de eius meritis, modo processerit comminatio, vel denuntiatio, vel libelli datio, querelam transmittit in quoscunque heredes suos, quam tamen non transmitteret si suus futurus non erat nisi post litem contestatam, vel etiam post agnitam bonorum possessionem litis de inofficioso ordinandæ causa, vel post cœptam & præparatam controuersiam hereditatis, quæ non sunt tamen necessaria in eo qui suus futurus erat vt transmittat querelam, quia denuntiatio vel sola comminatio vel libelli datio sufficit in *l. 6. §. vlt. & l. 7. D. de inoffic. testam. l. 5. sup. de inoff. testam.* & hoc quidem si heres scriptus in testamento adierit, a quo tempore demum incipit actio inofficiosi testamenti: nec enim nascitur ante aditam hereditatem, quoniam datur contra heredem, non contra lignum, sicut bonorum possessio contra tabul. quæ competit etiam ante aditam hereditatem, quia, vt dicitur, est contra lignum, non contra heredem, *l. quod dicitur, D. de bon. poss. cont. tab.* Querela est contra heredem scriptum: ergo ea agi non potest antequam heres aliquis extiterit cum quo exheredatus congrediatur, & de hereditate litiget. ergo vbi heres scriptus adiit, si quæratur an exheredatus, qui interim moritur, querelam transmittat, vtemur superiori distinctione eius qui suus futurus erat, ab eo qui suus futurus non erat, quoniam facillime ille transmittit querelam. verum si is vel ille moriatur deliberante herede, *il n'y a point de partie encores,* hoc casu placet distinctio, vt querelam inofficiosi transmittant non in heredes quoscunque, sed in liberos tantum, in *l. si quis filium, in l. penult. §. vlt. D. de inoff. testam.* atque ita explicatæ sunt duæ leges, *si infanti, & l. cum in antiquioribus.*

Ad legem 20. & legem 21. eiusdem tituli.

L. 20. Quidam elogio condito heredem scripsit in certas vncias, & post certa verba testamenti eundem in alias vncias, vel tantas, vel quantascumque, & tertio vel in aliam partem hereditatis, vel in quendam vnciarum modum: ille autem vnam institutionem vel duas admittens, vnam vel duas, vel quantascunque respuendas esse censuit: quærebatur apud veteres, si hoc ei facere permittatur. Similique modo dubitabatur, si impuberem quis filium suum heredem ex parte instituit, & quendam extraneum in aliam partem quem pupillariter substituit: & postquam testator decessit, pupillus quidem patri eius heres extitit, extraneus autem hereditatem adiit: & postea adhuc in prima ætate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, & pupillaris substitutio locum sibi vindicauit. Cumque substitutus, eandem partem admittere noluit, quæsitum est, si potest iam heres ex principali testamento factus, pupillarem substitutionem repudiare. Vtramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus. Placuit etenim nobis, siue in institutione, siue in pupillari substitutione, vt vel omnia admit-

tantur, vel omnia repudientur, & necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem. Dat. prid. Kalend. Maij. Constantin. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC.

L. 21. Cum aliquis scripsit heredem eum, qui de sua conditione ei, qui dominium eius vindicabat, in iudicio adnexabatur: is autem, qui dominum se esse dicebat, adire eum hereditatem imperabat, vt acquisitio hereditatis per eum celebraretur, indignatus est quasi domino ei parere: dubitatio veteribus exorta est, si qua pœna imponatur huiusmodi insolentiæ. Veteres in multas trahuntur sententias, sed nos eorum discordiam sic esse decidendam censemus, vt distinctio subtilis causæ ei imponatur: vt si quidem ita scripta est institutio, Illum seruum illius heredem instituo: *quia apertissimum est, intuitu domini institutionem esse conscriptam, necesse sit omnimodo per competentem iudicem eum compelli adire quidem hereditatem, & eam adquirere: nulli autem ex post facto subiici grauamini, si liber pronuncietur, sed omne siue lucrum siue damnum ad eum redundare, qui in seruitutem eum trahebat, & denegari ei & aduersus eum omnes hereditarias actiones, nullo ei ex hoc praiudicio generando. Sin autem quasi liber institutus est, nulla domini vel serui mentione in institutione habita: tunc nullo compelli modo eum adire hereditatem, nec denegari ei liberale iudicium: sed & hereditatem per suum ius decurrere, & liberale iudicium suam exspectare sententiam, siue agente eo, siue pulsato: vt si quidem seruus pronuncietur, tunc domino suo hereditatem adquirit: sin autem liber, eam adipiscatur, si adire maluerit. Dat. Kal. Maij, Constantinopoli, post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC.*

EXponam legem 20. *quidam elogio, & l. pen. id est 21.* Species legis 20. hæc est. Quidam Lucium Titium in eodem testamento ex pluribus partibus heredem scripsit. Primo loco ex semisse, alio ex triente, alio ex sextante, & defuncto testatore vult L. Titius vnam partem vel duas repudiare, & aliam amplecti, vult scindere iudicium defuncti, quæritur an possit? & lex ait non posse, & omnino eum debere vel repudiare iudicium defuncti, vel omnino amplecti, honorem delatum sibi non fastidire superbe & inconstanter. Itaque vnam partem repudiando, omnes amittit, vel vnam partem adeundo omnes acquirit, vt *l. 2. & l. si solus, D. de acquir. hered.* Vna enim est hereditas, quamuis data sit per partes: vnam autem hereditatem scindere est incongruum, & inconstans nimis, varietas est & inconstantia non ferenda. Nam & ita vnum legatum scindi non potest, puta vt quis rei legatæ partem velit, partem nolit. Nam & agnita parte vna rei legatæ totam videtur rem agnouisse, *l. 4. l. si cui res, D. de leg. 2.* Et ab hereditate exemplum peruenit ad legatum, vt eleganter ait Paulus 2. *sentent. de leg.* vt quemadmodum vna hereditas non potest scindi ab ipso herede cui delata est, partim probato, partim improbato honore defuncti, ita nec vnum legatum scindi posse. Nam & legatum honor est. Subiicitur in hac l. similis quæstio ei quam eodem libro Vlpianum tractasse apparebit coniuncta *d. l. 2. de adqu. hered. cum l. sed si plura §. filio D. de vulg. sub.* Species hæc est: Pater filium impuberem quem habuit in potestate ex parte heredem scripsit, & L. Titium extraneum ex alia parte, eundemque L. Titium filio impuberi substituit pupillariter in 2. casum: existente casu substitutionis, puta mortuo filio intra pubertatem, quæritur an L. Titius possit amplecti hereditatem patris pro ea parte ex qua scriptus est heres, vel qui iam amplexus est hereditatem patris pro ea parte, an possit postea delatam sibi hereditatem pupilli ex substitutione pupillari repudiare? Denique an possit patris hereditatem amplecti, & pupilli hereditatem repudiare, & ita diuidere iudicium defuncti, & vnum testamentum. Nam patris & filii testamentum

A habetur pro vno, *l. patris D. de vul subst.* & ait similiter non posse eum amplecti hereditatem patris, & pupillarem substitutionem repudiare, & vice mutata *d. §. ait,* nec posse eum patris hereditatem amplecti & repudiare substitutionem, id est hereditatem filii impuberis: & huic tamen sententiæ æquissime & vehementer obstare videtur, *l. si filius qui patri, D. de vulg. subst. & l. filius, D. de acq. hered.* In quibus ostenditur heredem institutum & substitutum pupillo filio testatoris posse separare bona vel hereditatem, & patris hereditatem omittere, pupilli autem hereditatem complecti: quod quis non videt aduersari sententiæ huius l. omnimodo. Sed ne vos diutius morer in ea re quæ non est difficilis, animaduertendum est, aliam esse speciem huius legis, longe aliam earum legum quæ obiiciuntur. Nam hic agimus de co-
B herede coheredi filio impuberi testatoris substituto pupillariter, hic non potest repudiare hereditatem patris, & amplecti hereditatem pupilli ex substitutione pupillari, quia repudiata hereditate patris iam non sunt duæ hereditates, sed vna hereditas, quæ coaluit in personam pupilli coheredis, cui portio a substituto coherede repudiata accreuit, vt substitutus ille amplectendo substitutionem pupillarem plane etiam amplectatur bona patris quæ repudiauit. Itaque necesse est vel eum habere vtriusque bona vel neutria, & idem euenit in specie *l. si tu me ex parte, D. de acq. hered.* quæ talis est. Quidam me instituit ex sextante, id est ex duabus vnciis, Titium ex dextante, & me substituit Titio vulgariter, si non esset heres Titius; ego repudiaui institutionem meam, Titius æque repudiauit institutionem suam, vt sit locus
C substitutioni vulgari: & licet repudiauerim institutionem meam, possum adire ex substit. vulgari, quæ locum habet, & si adiero, assem consequar. Ergo non tantum dextantem ex quo Titius fuit heres scriptus, sed etiam sextantem quem repudiaui, vel etiam si adiero sextantem ex institutione mea Titio repudiante, mihi inuito obueniet portio Titii, id est dextans, vt *l. Si quis heres institutus D. de acq. hered.* & sic habebo assem: aut si nolim dextantem Titii amplecti ex substitutione vulgari, debeo recedere a sextante quod adiui: atque ita fit vt quod per meam personam habere non possim habeam propter alium, id est propter coheredem, vt in *l. cum hereditate, D. eod. tit.* Nam per me non possum quod semel repudiaui adire postea, vel quod semel adiui repudiare postea: sunt certissima principia iuris, sed propter alium siue occasione alterius sæpe fit vt repudiem
D quod adiui, & retro vt adeam quod repudiaui, vt puta obueniente mihi portione coheredis, si eam nolim & recedere debeo a mea portione, licet eam adiuerim vel etiam obuenientem mihi portionem coheredis, si velim amplecti, debeo etiam meam amplecti portionem, licet eam repudiauerim, ne scindatur iudicium testatoris, ne fiat pro parte testatus, pro parte intestatus, destituto pro parte testamento, nec tota hereditate complexa: & hæc de specie huius legis. Longe alia est species legum quæ obiiciuntur, *d. l. si filius, & l. filius.* Nam in eis legibus proponitur filius a patre, in cuius fuit potestate, heres institutus ex asse vel ex parte, & substitutus pupillariter alii filio impuberi exheredato, id est, patri suo filius qui heres institutus est, si abstineat se hereditate patris beneficio Prætoris, etiamsi sit insti-
E tutus ex asse, non ideo corruit substitutio pupillaris, quia per abstentionem non desinit esse heres: sed desinit tantum rem habere: est igitur heres sine re, & nudum nomen heredis, quod notandum, quod retinet etiam qui abstinuit se beneficio Prætoris, quia Prætor non potest efficere vt qui semel heres extitit iure ciuili, desinat esse heres. Ergo & qui abstinuit se heres est, *l. 2. §. sed si sint sui D. ad Tert. l. 6. §. pen. D. de bonis liber. l. cum quasi §. Sed etsi suus D. de fideic. libert.* & nudum nomen heredis conseruat substitutionem pupillarem, id est ἀνάφανσις heredis sola, & omnia quæ in testamento scripta sunt,

ſunt, *d. l. ſi filius, l. ſciendum, D. de man. teſt. l. ſi poſt mortem, D. de leg. 1.* Et hæc eſt alia vis ἀναφαίσεως ſiue exiſtentiæ. ergo in ea ſpecie etiamſi filius heres inſtitutus ex aſſe abſtineat ſe, non ideo minus valet ſubſtitutio pupillaris. Quod ſi is filius ſit inſtitutus ex parte pluſquam manifeſtum eſt a coherede qui adiit ſuſtineri teſtamentum principale, id eſt, teſtamentum patris. & pupillare igitur, quod paterni pars & ſequela eſt. Verum poteſt filius ipſemet etiamſi abſtinuerit ſe hereditate patris, vt eſt proditum in illis legibus quæ obiiciuntur noſtræ conſtitutioni, poteſt, inquam, fratris hereditatem amplecti ex ſubſtitutione pupillari, etiamſi ſe abſtineat bonis patris, & ita ſeparare bona: quia ſcilicet omnino habiturus eſt hereditatem fratris ab inteſtato, & fruſtra repelleretur a ſubſtitutione pupillari, qui mox ad bona pupilli venturus eſt ab inteſtato, vt non ſit ei inuidenda ſeparatio bonorum quam lex induceret ab inteſtato, quæ eſt ratio illarum legum expreſſa in *d. l. ſi filius.* Verum rurſus illis legibus obiicitur retenta eadem ſpecie *l. quæſitum, D. de acq. hered.* quæ heredem inſtitutum ex aſſe & ſubſtitutum pupillo exheredato, quæ eſt ſpecies illarum legum, oſtendit alligari hereditati paternæ, etiamſi eam omiſerit eaue abſtinuerit ſe, ſiquidem velit amplecti hereditatem pupillarem. Denique hanc non poſſe amplecti, qui nec illam amplectatur, illiuſque onera ſuſtineat. Ergo non poſſe ſeparare bona: quod tamen ſuperiores leges permittunt. Eam *l. quæſitum* ſequitur illa *lex filius,* cui obiicitur vt non ſit veriſimile inter leges ita vicinas vllum eſſe diſſidium: eo obſeruandum illam legem, *filius*, loqui de filio herede inſtituto ex aſſe aut ex parte, nihil refert, & ſubſtituto fratri impuberi exheredato, quem dicit ſpreta hereditate patris poſſe amplecti hereditatem fratris exheredati. At *l. quæſitum*, cum non ſit palam de filio, proculdubio accipienda eſt de extraneo herede inſtituto ex aſſe, non ex parte, & ſubſtituto filio impuberi teſtatoris exheredato, quo repudiante hereditatem patris certe corruit ſubſtitutio pupillaris: quia vbi principale teſtamentum non conſiſtit, nec pupillare valere poteſt, & ita traditur in hac eadem ſpecie *l. ſed ſi plures §. Si ex aſſe D. de vulg. ſub.* extraneo igitur herede repudiante corruit ſubſtitutio pupillaris, & ideo ex ea venire non poteſt, ſed ſi præoptet habere hereditatem pupilli, ſi affectet nimis hereditatem pupilli, debet ſubire libens onera hereditatis paternæ, licet eam repudiarit. Hæc eſt ſententia edicti *ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti.* Quod ſi ille extraneus ſit heres inſtitutus ex parte, quia a coherede qui adiit ſuſtinetur teſtamentum patris & filij, per conſequentias, hoc caſu poteſt ſine metu onerum hereditatis paternæ repudiata hereditate paterna amplecti ſubſtitutionem pupillarem. Igitur in extraneo diſtinguitur vtrum ſit inſtitutus ex aſſe, an ex parte: in filio qui eſt ſuus heres non diſtinguitur: & hæc eſt ſententia *d. l. quæſitum,* qua hac ratione explicata ſatis apparet nullam ei cum l. vicina eſſe diſcordiam, & nihil eſt præterea quod huic l. 20. addi vel detrahi poſſit. Quæſtio l. pen. hæc eſt: an is qui eſt in poſſeſſione libertatis cogatur adire hereditatem ſibi delatam iuſſu eius qui ſe dominum eius dicit, quique eum petit in ſeruitutem præiudiciali actione inſtituta. Et eleganter in l. pen. Iuſtinian. ita diſtinguit: aut ille homo inſtitutus eſt propter dominum, vt loquitur *l. aditio § pen. D. de acq. hered.* id eſt, contemplatione domini, hoc modo: ille ſeruus Titii heres eſto, hoc caſu cogitur adire per iudicem, iuſſu eius qui ſe dominum dicit pendente liberali cauſa, & ei intelligitur acquiri hereditas, quæ etiam contemplatione eius fuit relicta ſeruo velut ſeruo, & ſi poſtea is liber pronuntietur liberabitur oneribus hereditariis, cum res ſit acquiſita ei cuius contemplatione fuit relicta, & ita etiam liber homo qui bona fide ſeruit, ſi quaſi iuſſu domini adierit non obſtringitur oneribus hereditariis, quia veluti ex neceſſitate adiit, non ſua ſponte, ſed coactus quaſi alieno periculo non ſuo, *l. qui putat §. 1. D. de acq. her.*

A *l. liber homo in princip. D. de hered. inſtit.* Sed ſi ille ſit heres inſtitutus vt liber, nulla facta mentione domini aut ſerui, hoc modo, ille heres eſto, non cogitur adire pendente liberali iudicio, cum ſit inſtitutus vt liber, & exitus liberalis iudicij declarabit ſibi an domino adeundo eam hereditatem adquirat, hæc eſt ſententia l. pen. Cui tantum obiicitur *l. 3. de hered. inſtit.* adducta ab Accurſio perperam quod lex dicat, ſeruum quamuis iubente domino poſſe nolle adire: nec igitur compelli poſſe adire. hoc vero pugnatne, cum l. pen. Minime, & idem vult l. pen. in 2. parte, & in ea ipſa ſpecie quæ proponitur in *d. l. 3.* ſeruum fuiſſe inſtitutum vt libertum, nulla facta mentione domini aut ſerui, ac merito eum poſſe nolle adire, quamuis iubente domino, maxime ſi habeat ſubſtitutum vulgarem datum in hunc caſum, ſi nolit eſſe
B heres in cuius arbitrio teſtator exiſtimabat poſſe velle adire, & non adire: igitur tantum abeſt vt *d. l. 3.* pugnet cum hac l. penult. cum maxime conſentiat.

Ad legem vlt.

L. vlt. *Scimus iam duas eſſe promulgatas a noſtra clementia conſtitutiones: vnam quidem de his qui deliberandum pro hereditate ſibi delata exiſtimauerint: aliam autem de improuiſis debitis, & incerto exitu per diuerſas ſpecies eis impoſito. Sed & veterem conſtitutionem non ignoramus, quam diuus Gordianus ad Platonem ſcripſit, de militibus qui per ignorantiam hereditatem adierunt: quatenus pro his tantummodo rebus conueniantur, quas in hereditate defuncti inuenerint: ipſorum autem bona a creditoribus hereditariis non inquietentur. Cuius ſenſus ad vnam præfatarum conſtitutionum a nobis redactus eſt. Arma etenim ma-*
C *gis quam iura ſcire milites ſacratiſſimus Legiſlator exiſtimauit. Ex omnibus itaque iſtis vnam legem colligere nobis apparuit eſſe humanum: & non ſolum milites adiuuare huiuſmodi beneficio, ſed etiam ad omnes hoc extendere: non tantum ſi improuiſum emerſerit debitum: ſed etiam ſi oneroſam quis inueniat quam adiit hereditatē: ita enim nec ſatis neceſſarium deliberationis erit auxilium, niſi hominibus formidoloſis, qui & ea timent quæ nulla digna ſunt ſuſpicione.*

2 ¶ *Cum igitur hereditas ad quendam ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato ſit delata, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte: ſi quidem recta via adire maluerit hereditatem, & ſpe certiſſima hoc fecerit, vel ſeſe immiſcuerit, vt non poſtea eam repudiet: nullo indigent inuentario, cum omnibus creditoribus ſuppoſitus ſit, vtpote hereditate ei ex ſua voluntate infixa. Simili-*
D *que modo ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendam eſſe crediderit hereditatem, & apertiſſime intra trium menſium ſpatium ex quo ei cognitum fuerit ſcriptum ſe eſſe vel vocatum heredem, ei renuntiet: nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, ſit alienus ab huiuſmodi hereditate, ſiue oneroſa ſiue lucroſa ſit.*

2 ¶ *Sin autem dubius eſt vtrumne admittenda ſit necne defuncti hereditas: non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hereditatem, vel ſeſe immiſceat; omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, vt intra triginta dies poſt apertas tabulas, vel poſtquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam ſibi ab inteſtato hereditatem cognouerit, numerandos, exordium capiat, inuentarium ſuper his rebus quas defunctus mortis tempore habe-*
E *bat: & hoc inuentarium intra alios ſexaginta dies modis omnibus impleatur ſub præſentia tabulariorum, cæterorumque qui ad huiuſmodi confectionem neceſſarij ſunt, ſubſcriptionem tamen ſupponere heredem neceſſe eſt, ſignificantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant: vel ſi ignarus ſit litterarum, vel ſcribere præpediatur, ſpeciali tabulario ad hoc ſolum adhibendo, vt pro eo litteras ſupponat, venerabili ſigno antea manu heredis præpoſito teſtibus videlicet adſumendis qui heredem cognoſcant, & iubente eo tabularium pro ſe ſubſcribere, interfuerit.*

3 ¶ *Sin autem a locis in quibus res hereditariæ: vel*

maxima pars earum posita est, heredes abesse contigerit: tunc eis vnius anni spatium a morte testatoris numerandum damus ad huiusmodi inuentarij consummationem. sufficit enim præfatum tempus, & si longißimis spatiis distant: tamen placuit dare eis facultatem inuentarij conscribendi vel per se, vel per instructos procuratores in loca vbi res positæ sunt mittendos.

4 ¶ *Et si præfatam obseruationem inuentarij faciendi solidauerint: hereditatem sine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduersus legatarios vtantur beneficio: vt in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiæ ad eos deuolutæ valeant: & eis satisfaciant, qui primi veniant creditores: & si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur: & nihil ex sua substantia penitus heredes amittant: ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed & si legatarij interea venerint: eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione.*

¶ 5 *Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium nec dum completi sunt, superueniant: neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparauerint res quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt. Licentia creditoribus non deneganda aduersus legatarios venire, vel hypothecis vel indebiti condictione, vti & hæc quæ acceperint, recuperare: cum satis absurdum sit creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero qui pro lucro certant, suas partes leges accommodare.*

6 ¶ *Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis, aduersus eos venire, & a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre.*

7 ¶ *Contra ipsum tamen heredem (secundum quod sæpius dictum est) qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur.*

8 ¶ *Sed nec aduersus emptores rerum hereditariarum quas ipse heres pro soluendis debitis vel legatis vendidit, venire alij concedatur: cum satis anterioribus creditoribus a nobis prouisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios peruenientibus, & suum ius persequentibus.*

9 ¶ *In computatione autem patrimonij damus ei licentiam excipere & retinere quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inuentarij confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbauerit sese persoluisse. Si vero & ipse aliquas contra defunctum habebat actiones: non hæ confundantur, sed similem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam temporum; tamen prærogatiua inter creditores seruanda.*

10 ¶ *Licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si maiorem putauerint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inuentario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan seruorum hereditariorum secundum anteriorem nostram legem, quæ de quæstione seruorum loquitur, vel per sacramentum illius, si aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquisita, neque lucrum neque damnum aliquod heres ex huiusmodi sentiat hereditate: illo videlicet obseruando, vt si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, postquam fuerint conuicti, in duplum hoc restituere, vel in hereditatis quantitate computare compellantur.*

11 ¶ *Donec tamen inuentarium conscribitur: vel si res præsto sint, intra tres menses: vel si absuerint, intra annale spatium secundum anteriorem distinctionem, nulla erit licentia neque creditoribus neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad iudicium vocare, vel res hereditarias quasi ex hypothecarum auctoritate vindicare: sed sit hoc spatium ipso iure pro deliberatione heredibus concessum; nullo scilicet ex hoc interuallo creditoribus hereditatis citra temporalem præscriptionem præiudicio generando.*

12 ¶ *Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes inuentarium facere distulerint, & datum iam a nobis tempus ad inuentarij confectionem effluxerit: tunc ex eo ipso quod inuentarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur; nec legis nostræ beneficio perfruantur, quam contemnendam esse censuerunt.*

13 ¶ *Et hæc quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse curauerint: quam putauimus quidem penitus post hanc legem esse superuacuam, & debere ei derogari. Cum enim liceat eis & adire hereditatem, & sine damno ab ea discedere ex præsentis legis auctoritate: quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine, vel callida machinatione, pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiuersari, & hereditatem inspicere, & alias contra eam machinationes excogitare, & eandem deliberationem flebilibus adsertionibus repetita prece sæpius accipere: ne quis nos putauerit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris iudicibus: non tamen amplius ab imperiali quidem culmine vno anno, a nostris vero iudicibus nouem mensibus: vt neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur: sed & si fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim, & non sæpius eam peti concedimus.*

14 ¶ *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conscripserit (necesse est enim omnimodo deliberantem inuentarium cum omni subtilitate facere) non liceat ei post tempus præstitutum, si non recusauerit hereditatem, sed adire maluerit, nostræ legis vti beneficio: sed in solidum secundum antiqua iura omnibus creditoribus teneatur. Cum enim gemini tramites inuenti sint: vnus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dedit: alter autem rudis & nouus a nostro numine repertus, per quem adeuntes sine damno conseruantur, electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere, & beneficium eius sentire: vel si eam aspernendam existimauerit, & ad deliberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere: & si non intra datum tempus recusauerit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur: & non secundum modum patrimonij, sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, & sibi imputet, qui pro nouo beneficio vetus elegerit grauamen, & ideo ad ipsam deliberationis dationem, & diuinum rescriptum super hac promulgatum, hoc adiici volumus, vt sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem si adierint, vel pro herede gesserint, vel non recusauerint hereditatem, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minime conscripserit, & vel adierit hereditatē, vel minime eam repudiauerit, non solum creditoribus in solidum teneatur: sed etiam legis Falcidiæ beneficio minime vtatur. Quod si post deliberationem recusauerit inuentario minime conscripto: tunc res hereditarias creditoribus, vel his qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compellatur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda.*

15 ¶ *Notißimum autem est hac constitutione, quæ omnes casus continet, nostris constitutionibus iam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, quarum altera etiam Gordianæ constitutionis sensus continebatur. Cum enim ampliore tractatu habito, melior exitus inuentus sit, & tribus constitutionibus in vnum congregatis, vnus appareat & in milites & in alios omnes iuris probabilis articulus: ea propter ex anterioribus inquietari nostro subiectos imperio non patimur: scilicet vt milites etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non obseruauerint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate inuenerint. Quam patres conscripti, in huiusmodi casibus in posterum obtinere sancimus.*

sancimus. Dat. v. Kalend. Decembr. Constantinop. post consulatum Lamp. & Orestis VV. CC.

ORatio est Iustiniani ad Senatum, quam idem Iustinianus valde nobis commendat, dum eam dicit esse æquissimam & nobilissimam in §. *sed nostra, Instit. de hered. qual. & diff.* vsu certe frequentissima obseruatio est & diligentissima, adeo vt ab ea aberrare sit amittere commodum quo ex ea heredes afficiuntur. Nam & sic semper nouæ seruantur constitutiones strictius & diligentius, vt si vel tantillum ab eis aberres nihil ex illis petere possis: & finis huius constitutionis omnimodo est heredes periculo aditionis vel immistionis omnimodo liberari, ne post hac cunctentur adire vel immiscere se bonis metu onerum defuncti. Nam aditio vel immistio est quasi contractus qui heredes obligat æri alieno defuncti, etiamsi sit exigua hereditas, heredem implicat omnibus negotiis hereditariis, omnibus oneribus etiam supra vires hereditatis, si forte hereditas non sit soluendo, si exiguus sit census hereditatis in *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. quibus ex causis in poss. eatur, l. 8. D. de acq. hered.* Et hoc est quod dicitur omnem hereditatem esse soluendo quæ heredem inuenit, *l. libertus, D. de bonis lib. l. quæ dotis, D. sol. matrim. l. si quis locuples, D. de manum. test.* quia scilicet heres de suo soluit si quod morientis fuerit, non sufficiat soluendis creditoribus demortui. cur enim temere adiuit & inconsiderate & inconsulto, non bene excussis facultatibus defuncti? Quamobrem etiam atque etiam ij quibus defertur hereditas aliqua plerunque consultant & deliberant adire bona, vel miscere se bonis debeant necne. Nam post immistionem vel aditionem sera pœnitentia est, si sunt maiores annorum 25. Nam maioribus non potest dari venia ne teneantur supra vires hereditatis, ne teneantur in solidum, non spectato modo hereditatis. non possunt etiam maiores restitui in integrum abstinendi causa, *l. 10. hoc tit.* Igitur priusquam adeas deliberare opus est maxime, ait in §. *extraneus, Inst. de hered. qual. & diff.* qui locus est singularis, *il n'y en a pas autre part,* refertur, Diuum Adrianum etiam maiori 25. annis qui temere adierat damnosam hereditatem veniam dedisse ne teneretur supra vires hereditatis, cum scilicet post aditionem grande æs alienum emersisset, quod latebat aditæ hereditatis tempore. Sed hoc beneficium Adriani, vt ait, fuit personale, id est, datum fuit certæ personæ, non fuit generale: ergo in exemplum trahi non debet: qui locus maxime facit ad §. *sed quod Principi, Inst. de iure nat.* cum ait personalia beneficia principis non trahi in exemplum, debes enim ad illum locum apponere exemplum ex *d. §. extraneus* ex eo rescripto Adriani: deinde vero Gordianus Imperator generaliter idem beneficium dedit militibus, non etiam paganis, vt si milites forte per ignorantiam adiissent damnosam hereditatem, non tenerentur supra vires hereditatis eius, non compellerentur de suo satisfacere creditoribus hereditariis, sicut tenentur pagani qui inconsulte adiuerint sibi delatam hereditatem, veniam dari simplicitati militum. Postea Iustinianus paganis quoque non omnimodo, sed aliquatenus subuenit hac in re, promulgatis duabus constitutionibus, quarum mentionem fecit initio *l. vlt.* quæ scilicet fuerunt in priori editione Codicis. non sunt in hac posteriore editione, quia eis derogauit *l. vlt.* quam interpretamur: Et vna constitutio fuit de heredibus qui petunt tempus ad deliberandum, altera fuit de debitis hereditariis, quæ ex improuiso emergunt post aditionem hereditatis: sed vtrique constitutioni, vt dixi, derogat Iustinian. in hac *l. vlt.* per quam viam aperit, qua omnibus heredibus qui modo suo beneficio vti volent, succurrat, vt sine mora deliberationis, sine consultatione vlla, sine metu onerum, sine periculo vllo adeant sibi delatam hereditatem, non solum si emergant improuisa debita, sed etiam, inquit, si onerosa inueniatur esse hereditas, vt puta si in-

A ueniantur prædia hereditaria debere immensas pensitationes fisco, & grauiorem censum, vt in *Nouel. 7. Authent. Sicut alienatio, sup. de sacros. Eccl.* Via quam aperit Iustinianus hæc est: vt heres repertorium siue inuentarium faciat rerum hereditariarum, atque ita pro quantitate tantum earum rerum subeat onera defuncti. hanc viam si insistat heres, & ita inuentarium faciat, & adeat nulla re suppressa ex fide bona, qua de re coargui potest ab iis quorum interest, vt in §. *licentia h. l.* recte dices eam hereditatem non esse soluendo, quæ talem heredem habeat, quoniam non tenetur supra vires inuentario comprehensas ex fide bona. Triplex est via qua adire possis & immiscere te: alia est recta via, si adieris vel immiscueris te intrepide & incunctanter, vt simili via repudiare possis vel abstinere te: alia est si habita delibe- B ratione hoc facias excussis bonis defuncti: sed vtraque via est anceps, periculosa, & longe facilior & securior est hæc 3. via conficiendi innentarii, quam patefacit Iustinianus in hac *l. vlt.* Ita scilicet, vt a quo die scieueris tibi hereditatem delatam, adeas vel misceas te, & intra dies 30. incipias facere inuentarium defuncti præsentibus publicis personis & iis quorum interest, vt in *Nouel. 1.* id quod absolues intra alios 60. dies adhibita subscriptione tua. Ergo intra 3. menses non admodum requiro vt incipias facere inuentarium intra 30. dies. nam etsi post 30. dies cœperis facere, vt Bartolus docuit recte, & Paulus de Castro, modo id absoluas intra 3. menses, confectio inuentarii pro iusta & legitima haberi debet, quod est æquissimum. Cęterum 30. dies districte obseruandi sunt, C alioquin non erit in te frui beneficio inuentarii, quod quidem postea apparebit esse multiplex & varium. Aditio vel immistio plerunque præcedit confectionem inuentarii, §. *donec.* & tamen heres interim dum dat operam inuentario conficiendo licet adierit, non potest conueniri a creditoribus hereditariis, non magis quam si deliberaret, *d. §. donec.* Quia nondum constat pro qua parte conueniri debeat, vel an conueniri possit. At confectionem inuentarii etiam potest sequi aditio vel immistio: nam & sunt qui deliberant necdum adeunt, & tamen conficiunt inuentarium, interim dum deliberant, non vt exonerent se & fruantur beneficio inuentarii, ne teneantur supra vires hereditatis; sed vt excutiant bona defuncti & explorent, atque ita cautius deliberent de D adeunda hered. vel non, vt in §. *sin autem hoc aliquis,* in hac l. & hoc quidem casu is qui deliberat & inuentarium facit, simul, si adeat, proculdubio tenetur in solidum omnibus creditoribus hereditariis, etiamsi non sufficiant bona defuncti, qui deliberauit & post declarationem adiit, nec petiit beneficium Iustiniani hac *l.* concessum, quo exclusa omni deliberatione exoneratur heres, ne teneatur vltra quantitatem bonorum. Quia igitur nudo hoc beneficio inuentarii vsus non est, sed inter moras deliberandi inuentarium fecit, caret beneficio inuentarii, & in hoc tantum ei prodest inuentarium fecisse, vt legatariis vel fideicommissariis non teneantur nisi deducto ære alieno, & deducta Falcidia: cæterum creditoribus tenetur in solidum, etiamsi bona non sint soluendo: vbi autem heres mauult repudiare heredita- E tem, nihil attinet conficere inuentarium, & est certissimum: sed ne res trahatur longius, repudiare debet intra 3. menses, qui decreuit repudiare, id est, apertissime debet repudiare intra 3. menses, qui hoc ita facere decreuit, nec morari diutius in eo exequendo quod constituit semel, in §. *similique modo hoc tit.* & intra 3. menses similiter, vbi mauult adire, debet conficere inuentarium, vt diximus. Neque quicquam obstat *d. §. similique modo l. scimus §. vlt. sup. de inoff. testam.* quam obiicit Accursius, quia scilicet illa lex est de herede cunctante & deliberante, & de die in quem illa deliberatio datur qui est angustior in specie *d. l. scimus, §. vlt.* quam præscribatur in §. *sed quia, h. t.* ne scilicet fiat longior mora filio notato infamia exheredationis, qui acturus est querela inofficiosi

test. aduersus heredem scriptum, qui non potest agere A antequam is adierit: ergo vt mature adeat nec diutius moretur filium defuncti exheredatum, dantur ei tantum 6. menses ad deliberandum a iudice, cum soleant dari nouem ex §. *sed quia*. Sed id facit odium exheredationis. Ille autem §. *similique modo*, non est de deliberante, sed de eo qui certo consilio repudiare instituit, vt repudiet non intra 6. menses, sed intra 3. menses, intra quos etiam concluditur inuentarii conficiendi potestas, quo exemplo etiam Græci in Basilicis definiunt, & tutorem priusquam aggrediatur administrationem tutelæ, intra 3. menses debere conficere inuentarium rerum pupillarium, & nominatim Harmenopulus 5. Epit. tit. 11. & sic etiam Leo Imperator in Nou. 110. vt mulier post mortem mariti, nisi velit amittere dotem & lucra nuptialia, vt intra 3. menses, exemplo heredis, conficiat inuenta- B rium rerum mariti, ne qua fraus fiat liberis, vt sæpe contingit, matres a morte mariti, non habita ratione pietatis debitæ liberis dilapidare pretiosa quæque mobilia & monilia, vt inde possis statuere in confectione cuiuscumque inuentarii generaliter esse seruandam præscriptionem 3. mensium. & notandum est angustiora esse tempora inuentarii quam deliberationis, nimirum inuentarii trium mensium, & deliberationis nouem mensium, in §. *sed quia*. Et notandum etiam præscriptionem 3. mensium præscribi heredi præsenti in eo loco in quo sita est hereditas: Nam heredi absenti ab eo loco conficiendi inuentarii datur annus a morte testatoris, vt ait *d*. §. *Sin autem*, & §. *donec*, & placet valde quod Accurs. notat in *d*. §. *Sin autem* annum numerari a morte testa- C toris, videlicet si & heres scierit sibi delatam esse hereditatem, nam & iidem auctores Græci, idemque Harmenopulus scribunt tres menses numerari a morte testatoris, & tamen supra exigimus, vt concurreret scientia heredis, vt sciret heres sibi delatam hereditatem. Ignoranti enim iniquum est cedere tempora vel anni, vel trium mensium, & vt huic quæstioni finem imponamus, notandum est tria esse potissimum beneficia inuentarii. Primum hoc est, vt heres non teneatur supra vires hereditatis, vt sit heres sine onere amittendi sui. Omisso inuentario tenetur supra vires hereditatis. Secundum beneficium hoc est, vt facto inuentario heres præstet legata primo deducto ære alieno, *car il faut payer premierement les creanciers*, & ex reliquo deducta Falcidia. omis- D so autem inuentario, quod valde nouum est, heres non tantum tenetur creditoribus in solidum etiamsi non sufficiant bona defuncti, sed etiam legatariis tenetur in solidum, nec deducta Falcidia, nec habita ratione æris alieni, id est, etiamsi æs alienum defuncti absumat omnia bona, tamen heres qui noluit facere inuentarium, præstat integra legata. Ea igitur præstat nec deducta Falcidia, nec deducto ære alieno, quod nunquam antea obtinuit, *l. 1. §. denique, D. ad Trebell.* Tertium & vlt. beneficium hoc est, vt facto inuentario non confundantur actiones quas heres habuit aduersus defunctum, id est, vt inter cæteros creditores defuncti & ipse numeretur, & ipse sibi soluat quod defunctus debuit, & deducat etiam funeris impensas ante omne æs alienum, & sum- E ptum quem fecit in insinuationem testamenti, vt ait in §. *in computatione hac l.* vt sumptum quem fecit in confectionem inuentarii, *l'inuentaire se faict aux despens de l'heritier*, & item sumptum quem fecit in auctionem forte rerum hereditariarum, vt ex pecunia inde redacta absoluat creditores hereditarios, in *l. quod priuilegium, D. depos.* in *l. in quantitate, D. ad l. Falcid.* in *l. 19. in fine, D. ad Trebell. les fraiz des criées sont les premiers payez*, & deducit, vt dixi, omne quod sibi debuit defunctus. ergo aditione non confunditur actio quam habuit cum defuncto, videlicet cum adiuit facto inuentario ex beneficio huius legis: omisso autem inuentario actiones confunduntur. At obseruandum est ab hac constitutione semper excipiendos esse milites, vt Gordianus voluit: nam etiamsi milites non faciant inuentarium, non tenentur supra vires hereditatis. Idem beneficium ex communi sententia interpretum datur etiam fisco: nam & fiscus non tenetur supra quantitatem bonorum quæ ei obuenerunt, *l. 1. §. an bona, D. de iure fisci*. Idem non datur minori 25. annis, qui non fecit inuentarium, sed restitui potest in integrum, quod omiserit confectionem inuentarii, vt liceat ei postea ex inuentario adire, Ex quæstionibus propositis in hac *l.* a doctoribus, vna tantum mihi videtur digna honore quæstionum. Quærunt an possit testator heredi prohibere confectionem inuentarii, ne scilicet vtatur beneficio huius legis, sicut videmus testatorem prohibere posse tutori confectionem inuentarii in *l. vlt. sup. arbitr. tut.* & sine controuersia verum est posse etiam heredi interdici confectionem inuentarii, quasi volente testatore, vt is heres quem scribit subeat omnia onera hereditaria, siue ea possint ferre sua bona, siue non, vt suscipiat tuendam famam defuncti, vel vt de suo soluat fidem defuncti, alioquin vt non sit heres: nam inuenio etiam ex Nou. prima Iust. testatorem posse prohibere Falcidiam, vt heres præstet solida legata sine deminutione, vt plenum sibi obsequium soluat, plenamque pietatem exhibeat, eam solam habiturus pro lucro & vice lucri. & eodem argumento eodemque modo poterit prohibere confectionem inuentarii, & inde vero quod recte prohibeat testator Falcidiam, quod non potuit prohibere olim, *l. nemo potest, D. de leg. 1.* inde apparet legem Falcidiam esse valde recisam a Iustiniano: Nam non habet locum contra voluntatem defuncti, vt habuit olim, nisi vetuerit testator confectionem inuentarii: item non habet locum si heres inuentarium non fecerit, si adierit recta via, vel habita deliberatione, omisso inuentario. & hæc sunt quæ præcipue dici possunt in hac quæstione.



AD TITVLVM XXXI.

De repud. vel abstin. heredit.



Equitur tit. 31. *de repud. vel abst. hered.* hic tit. opponitur superiori *de adeunda vel adquir. hered.* ita vt verbo, *adeunda*, exaduerso respondeat verbum, *repudianda*, & verbo, *adquirenda*, verbum, *abstinenda*. Quæ collatio demonstrat in tit. superiori verbum, *adquirenda*, proprie pertinere ad suos heredes, qui immiscent se, id est, qui immistione acquirunt hereditatem parentum, sicut in *h. t.* verbum *abstinenda*, constat proprie pertinere ad suos heredes, quibus solis ius abstinendi prætor tribuit. & ita in *l. vlt. §. similique modo, tit. sup. si respuendam*, inquit, *vel adsumendam hereditatem esse crediderit*. Repudiatio autem est professio omittendæ hereditatis, quæ fit in iure: nam repudiationem fieri in iure docet *l. 3. & 4. hoc tit. & l. 1. sup. de repud. bonor. poss.* Repudiationem fieri in iure, id est, apud prætorem vel præsidem: ius est locus in quo ius dicitur, *eamus in ius*, id est ad prætorem: aditio quoque hereditatis, vt opinor, fiebat in iure, id est, in conspectu prætoris, quia est actus legitimus, *l. actus, D. de reg. iur.* Nam & ea tantum tutoris datio, de qua ibi etiam agitur, est actus legitimus, quæ fit in iure, quod notandum, non quæ fit testamento: vnde etiam recte assumes acceptilationem, & serui optionem in iure solemniter fieri solitas. de emancipatione non est dubium. Ii sunt quinque actus legitimi qui enumerantur in *d. l. actus*, qui omnes, vt dixi, olim peragebantur in iure. Duæ autem de repudianda vel abstinenda hereditate regulæ potissimum proponuntur in *h. t.* vna regula hæc est, extraneum qui semel adiuit, vel suum heredem, qui semel miscuit se rebus hereditariis, postea eam hereditatem repudiare non posse, etiamsi damnosa sit, nisi sit minor 25. annis, qui restituitur in integrum, vt

vt se abstineat. Suo autem iure nemo quod acquisiuit repudiare potest, vt §. *extraneis*, *Inst. de hered. qual. & diff. l. 1*. §. *decretalis, de success. edict. l. Titia* §. *Lucia, D de leg. 2. Et Paulus 3. Sent. tit. 4. in fine.* Altera regula hæc est: qui semel repudiauit, rursus ad ea bona quæ repudiauit reuerti non potest, *l. 1 sup. de repud. bon. poss. l. 9 sup. tit. prox. & l. 4. hoc tit.* cuius l. 4. sententia hæc est: eum qui semel acquisiuit hereditatem, postea renuntiando vel repudiando eam hereditatem nihil agere, ergo ius quod habuit retinere. Obiiciebat aliquis, quod dicitur, confessos in iure haberi pro iudicatis, posita specie huiusmodi: heres qui adierat hereditatem, dixit in iure, forte cum lis esset cum alio de hereditate, se heredem non esse. Interrogatus ab aduersario vel a prætore, respondit, se hered. non esse, qui tamen heres erat, qui adiuerat vel immiscuerat se. an ius quod acquisiuit amittit? Sic videbatur quibusdam, quod cōfessi in iure pro iudicatis habeantur, non etiam confessi extra ius, vel extra iudicium ex 12. tab. *aris confessi rebusque iure iudicatis*. comparat confessum cum iudicato, vel adæquat, vt in *l. post rem, D. de re iud. l. donari 29.* §. *1. D. de don. l. 1.* §. *proinde, D. si quid in fraud. patr. l. 4.* § *pen. D. ad l. Iul. maiest.* Ergo qui confessus est in iure se heredem non esse, pro eo habetur ac si iudicatus esset heres non esse. Res iudicata habetur pro veritate, quamuis verum sit eum acquisiuisse hereditatem & heredem esse, & confessio igitur illius est habenda pro veritate, licet acquisiuerit hereditatem, sed respondet Imperator in *l. 4.* id quod vulgo dicitur, confessum in iure pro iudicato haberi, pertinere tantum ad heredem qui in iure confitetur se debere certam pecuniam, vt hic pro rite damnato habeatur. Non pertinet autem ea sententia ad eum qui falso negat se heredem esse repudiandi causa post adquisitã hereditatem: Nam nec hac ratione quod semel adquisiuit repudiare potest, & hæc est sententia *l. 4.* hæc autem regula, vt quod adquisitum est repudiari non possit, ita procedit, vt nemo id quod adquisiuit possit repudiare per se, id est, per personam suam: Nam propter alium sæpe fit vt repudiet, puta propter portionem coheredis, quæ ei defertur deficiente coherede: nam si eam portionem coheredis vacantem amplecti nolit, & a sua portione quam adiuit recedere debet. Denique aut totum amplecti, aut a toto recedere debet, quod facit interuentus vacantis portionis, & accessio illius, nec recedendi ab eo quod semel amplexus est ius habet ex se, sed ex alio, ex coherede qui portionem suam repudiauit, quod ostendit in *l. quidam sup. tit. prox.* & probat *l. cum hereditate, & l. si tu me ex parte, D. de adq. hered.* Item propter fideicommissarium Trebellianum sæpe fit vt heres, qui repudiauit, adeat hereditatem, vt si rogatus sit restituere hereditatem Titio, postulante Titio, etiamsi eam hereditatem repudiauerit, per prætorem compellitur adire periculo fideicommissarii, & restituere hereditatem, nec detracta Falcidia, maxime si res sit integra, id est, si nondum bona attigerint creditores hereditarii, si nondum bona venierint: nam distractis bonis & facta auctione rerum hereditariarum, ne pupillus quidem heres per prætorem compelletur adire & restituere hereditatem fideicommissario, nisi ex causa, & hæc est sententia *l. nam quod* §. 1. *ad Trebell.* in qua iam ostendi & probaui cunctis, esse in Florentino perperam scriptum, *præceptorem*, pro *per prætorem compelli ad restitutionem*. Ergo si omnia sint in integro inque statu eodem, omnia, scilicet defuncti bona & negotia propter fideicommissum, id est, ne intercidat fideicommissum, heres, tametsi repudiauerit, cogitur adire & restituere, & ita propter fideicommissarium pleraque admittuntur, quæ alioquin non admitterentur. vnum legatum scindi non potest: propter fideicommissar. scindi potest, vt si legatarius sit rogatus partem rei legatæ restituere, eam potest agnoscere & restituere, alteram repudiare, quo genere scinditur legatum, & recte propter fideicommissarium cui rogatus

Cod.

est restituere, *l. Imperator Antoninus, D. de leg. 2.* & item etiam qui est incapax hereditatis capiendæ, capit tamen hereditatem propter fideicommissarium, cui rogatus est restituere, & eam adit, *l. cogi* §. *is qui filium, D. ad Treb.* quia nihil honoris apud eum remansurum est cum mox aditam hereditatem sit fideicommissarius restiturus, & ita, vt dixi, propter alium vel per alium sæpe fit vt qui repudiarunt bona, ea sæpe adeant postea recte: Ac præterea hæc posterior regula ita est accipienda, vt quod quis repudiauit semel, rursus suo iure amplecti non possit, vel suo marte: nam beneficio restitutionis in integrum minor 25. annis, qui hereditatem repudiauit, eam postea adire potest, si res sit integra, id est, si bona defuncti nondum vænierunt. Nam rebus distractis & finitis omnibus negotiis hereditariis, si velit beneficio restitutionis venire ad pecuniam partam laboribus substituti, ad quem post repudiationem eius venit hereditas, vel laboribus legitimi heredis, qui explicauit omnia negotia hereditatis purgauitque hereditatem omnem, repelletur, inquit *l. quod si minor* §. *Scæuola, D. de minor.* ergo nec minor quidem qui repudiauit restituetur vt adeat, si res non sit integra: maior autem 25. annis qui repudiauit semel rursus redire non potest ad bona quæ repudiauit, neque suo iure, neque beneficio restitutionis in integrum. Nec quidquam obstat huic sententiæ *l. filij*, D. *ad SC. Tertull.* quæ manifesto ait, filium qui repudiauit matris hereditatem intestatæ, postea mutata sententia eam hereditatem adire posse, & pœnitentiam eius admitti vsque in annum. Sed eadem *l. filij* ostendit hoc fieri siue permitti propter verba SC. Orfitiani, quo filius vocatur ad hereditatem matris intestatæ exclusis agnatis matris, licet ipse matri sit cognatus non agnatus, quia verba SC. sunt extensiua, nimirum etsi nemo filiorum mulieris hereditatem volet, tunc proximi cognati heredes sunto: verbum, volet, est extensiuum, vel παρατατικὸν, id est, tractum habet temporis, extenditur. Igitur, ille sermo saltem in annum, in quem filius potest petere bonorum possessionem vnde liberi, vel vnde legitimi, intra annum pœnitentia admittitur, quoniam tacite in annum extenduntur verba Senatusconsulti: & ita etiam olim herede instituto cum cretione, puta hoc modo, *in dieb. cent. prox. cernito aditoque*, si heres repudiasset intra centum dies, nihilominus poterat cernendo heres fieri si supererant dies centum, quia spatium centum dierum ei datum est ad decernendum de hereditate, vt interim liceat ei pœnitere, si initio forte repudiauerit, vel si initio forte adierit quandiu supersunt centum dies, aut ex eo tempore dies aliquot. Et huius rei est auctor Vlp. in lib. reg. t. 22. his igitur casibus exceptis extraneus heres qui repudiauit, neque suo iure, neque beneficio restitutionis postea adire, vel amplecti bona potest: & notandum hac in re differentiam esse inter extraneum & suum heredem. Nam suus heres etiam maior 25. annis, qui repudiauit bona patris, postea se bonis immiscere potest eaque amplecti, si res sit integra, id est, si nondum bona vænierint, *l. si quis suus, D. de iure del.* nec necesse habet petere restitutionem in integrum eo nomine: sed si res sit integra, suo iure redire potest ad bona patris quæ repudiauit: Quod Iustinianus ita limitat in *l. vlt. hoc tit.* vt si suus heres sit maior 29. annis, id est, si excesserit quadriennium, quod post impletos 25. annos, datur ad petendam restitutionem in integrum, vt *l. vlt. supra de temp. in integ. restit.* & res sit integra, intra triennium, vt dixi, tantum possit redire ad ea bona quæ inconsulto repudiauit, vel si sit minor annis 29. æque impleto anno 29. intra triennium ad eadem bona redire potest. & hæc est sententia *l. vlt.* nec quicquam restat quam vt exponamus *l. 3. hoc tit.* & vt intelligatur cum ea sunt coniungendæ 4. leges *l. 1. sup. de repud. bon. poss. l. 4. sup. de postul. l. transactio, sup. de transact. & l. si filius, de pet. hered.* vna fuit constitutio quæ fuit discissa in 5. partes, quod inscriptio & subscriptio eadem iudicat, quo argumento

Mm

& artificio vtimur sæpe in constitutionibus interpretandis, & inuenio eodem vti Thalæleum in libro 45. Basilicωn, dum ducta coniectura ex inscriptione & subscriptione, coniungit *l. si qua mulier, inf. ad Tertull.* cum *l. 1. sup. de secund. nupt.* porro ex coniunctione earum 5. ll. siue partium vnius eiusdemque constitutionis, intelligimus esse differentiam inter filium præteritum & emancipatum, quod filius suus præteritus iniustum faciat testamentum statim ab initio, *l. 3. §. ex his, D. de iniust. rupt.* Emancipato autem præterito testamentum valet, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabul. Quam tamen si emancipatus semel repudiauerit rursus ad eam redire non potest, nec si dicat bonorum possess. in iure repudianti aduocatum sibi non adfuisse, non potest hoc colore redire ad bonorum possessionem quam repudiauit per causam absentiæ aduocati sui, non potest ad quæstionem iam finitam reuerti. hoc est quod ait *l. 1. sup. de rep. bon. poss. & l. 4. sup. de post.* Suus quoque heres non potest reuerti regulariter ad hereditatem quam repudiauit, nisi sit res integra, & intra triennium, vt dixi supra: verum quæso quid sit dicendum si suus heres miscuerit se bonis, atque ita adquisiuerit hereditatem parentis, an postea ab hereditate recedere potest? an repudiare eam? vt vtique videtur se miscuisse, si diu possedit bona vt in *d. l. si filius, sup. de pet. hered.* filius videtur miscuisse & agnouisse hereditatem patris si iniustum testamentum dixerit, in quo fuit præteritus, & egerit aduersus heredem scriptum de hereditate. ergo & hoc casu eam hereditatem repudiare non potest. At finge, quæ est species *l. 3.* post motam litem de hereditate filius in iure professus est transigendi animo, decidendæ litis causa, se eam hereditatem ab herede scripto non petiturum, quo genere videtur repudiasse hereditatem, & recte: quia in iure professus est. Sed repudiatio nullius est momenti, quia quod adquisitum est repudiari non potest. Transactio etiam nullius momenti est, quia qui discedit a lite transigendi animo, si nihil ei detur vel promittatur, vel si ipse nihil retineat ex bonis de quibus transigit, transactio nulla est & qui ita transigit nihil agit. Nam transactio gratuita nulla est quæ fit, vt facta est in proposita specie, nullo dato, vel retento, vel promisso, vt ait h. l. 3. Quod etiam repetitur in *d. l. transactio, sup. de transact.* Ergo in hac specie neque transactio, neque repudiatio valet: si pacisceretur donandi animo, non transigendi se non petiturum valeret pactio, sed non ea mente pactus est, sed transigendi causa nullo dato, vel promisso, vel retento: Non valet ergo: neque repudiatio valet, neque transactio, & addamus ad hæc ex *l. 1. & 2. hoc tit.* In suum heredem qui se abstinuit bonis, siue se abstinuerit suo iure, vel beneficio ætatis restitutus creditoribus hereditariis non dari actionem, *l. necessariis, D. de acq. hered.* neque in fideiussores ab eo datos, *l. 88. D. eod. tit.* & ita in *l. 1.* ait, *si paterna hereditate te abstinuisti ex persona patris conueniri te procurator meus prohibebit.* Ideo ait procurator meus quia filius qui se abstinuerat conueniebatur a fisco, ex nomine a patre cum fisco contracto. Ergo iudex competens qui est, nunquam feret vt conueniatur ex persona patris filius qui se abstinuit, sed exigimus omnino vt non sit ficta abstentio, vt absit fraus & simulatio omnis, nam, quod maxime notandum, si filius qui se abstinuit bonis patris verbo tenus, per suppositam personam clanculum emat bona patris, quæ forte a creditoribus distrahuntur, perinde tenetur, ac si miscuisset se, *l. si is qui bonis, D. de acquir. hered.* quia bona fide rem gessisse non videtur qui per suppositam personam emit: & ita etiam in specie *l. sicut §. supernacuum, D. quibus modis pignus vel hyp. solu.* Si creditor hypothecarius permittat debitori vendere hypothecam, sane soluitur hypotheca. Sed si vendita hypotheca debitor, cui venditio permissa est a creditore, eam repossideat, vt est recte scriptum Florentiæ, & in Basilicis, ἐὰν ἔλθῃ πάλιν εἰς τ χρεώστην, id est, *si post venditionem per interpositam personam fecerit debitor, vt mox eam rem repossideat*, ius hypothecæ solutum esse non intelligitur, quoniam non id fecit debitor, quod permiserat creditor, & ita etiam in 1. oratione Demosthenis aduersus Onetorem: Καίτοι δεινὸν τ μὲν λέγειν ὡς ἀποτετιμημένον τὸ χωρίον, τ δ' ἀποτετιμηκότα φαίνεσθαι γεωργοῦντα. id est, *non est consentaneum, vt qui dicit se prædium dedisse & tradidisse pignori, eum tamen postea videri id prædium possidere & excolere. non potest fieri sine simulatione & fraude aliqua.* Igitur filius qui se abstinuit pro eo est ac si non se abstinuisset si mox per suppositam personam emerit bona patris, sed si palam & bona fide, veluti ex auctione ipse emerit a prioribus creditoribus patris fundos pignori obligatos, rata emptio est & a posterioribus creditoribus patris, qui vt ait *l. 2. hoc t.* sub iisdem obligationibus, id est, sub iisdem pignoribus patri pecuniam crediderunt, non potest conueniri actione hypothecaria oblata pecunia debita prioribus creditoribus a quibus fundos emit. denique posteriores non habent ius auferendi filio qui emit bona patris, quoniam abstinuit se, & res palam gesta est bona fide, in l. 2. h. t. non fuit abstentio simulata, non est etiam emptio simulata, vt ostendit, l. 1. si filius qui se abstinuit habitet in domo patris, non vt heres, sed vt inquilinus, id est, conductor, *l'ayant prise à loüage*, vel vt custos, id est, insularius, *comme concierge*, ideoque etiamsi habitet in domo hereditaria, vt inquilinus vel custos, non tenetur ex persona patris, quia non videtur se pro herede gerere. Pro herede gerere non tam est facti quam animi. Et ita etiam confectio inuentarii, (de qua diximus heri, quod notandum est,) non est idoneum argumentum aditæ vel agnitæ hereditatis, vel pro herede gestionis. Nam & qui deliberat quandoque inuentarium conficit, vt *l. vlt. §. sin autem hoc. sup. tit. prox.* & ad confirmationem horum omnium quæ dixi, adferam constitutionem Antonini ex lib. 3. Codicis Gregoriani quæ nondum est edita.

Imperator Antoninus Augustus Iulio.

Si paterna hereditate abstinuisti, & a paternis creditoribus conueneris. secundum iuris formam tueri te potes. Si vero permiscuisti te hereditati, nec ætate permittente in integrum restitutus es, vt abstinendi ius haberes, intelligis te omnibus creditoribus hereditariis debere respondere. PP. 3. Cal. Septemb. Antonino Aug. Cons.



AD TITVLVM XXXII.

Quemadmodum testamenta aperiantur, inspiciantur, & describantur.



Vt tabulæ testamenti aperiuntur & publicantur & insinuantur apud acta, viuo testatore, in vrbe, apud magistrum census qui habet ius actorum publicorum conficiendorum, & in prouinciis apud præsides, vt scilicet tabulis testamenti maior accedat fides, vt in *l. 2. 18. & 23. sup. de test.* Aut aperiuntur post mortem testatoris, vt innotescant heredib. & legatariis, & fideicommissariis, & seruis manumissis, & fisco cui vicesima hereditatis debebatur, de qua dicemus tit. seq. vel aliis quorum interest inspicere & describere tabulas testamenti aut partem earum & ex l. Iulia & Papia heres non poterat adire hereditatem ante apertas tab. testamenti ante insinuationem testamenti, vt in *l. cum antiquioribus, l. vlt. §. sin autem dubius, & § in computatione, sup. de iure delib.* nisi forte esset heres scriptus ex asse, vt *l. multum, D. de cond. & demonst. l. 1. §. vlt. D. de iuris & fac. ignor.* & ex iisdem legibus Iulia & Papia dies legatorum vel fideicommissorum non cedebat ante apertas tabul. verum hodie ex constitutionibus Iustin. restitutum & reductum est ius antiquum quod obtinuit ante l. Iul. & Pap. vt heres, siue sit ex asse scriptus, siue ex parte, possit adire hereditatem statim

ſtatim a morte teſtatoris, etiam clauſis tabulis teſtamenti; & ſimiliter vt dies legatorum & fideicommiſſorum cedat ſtatim ante apertas tab. *l. vn.* §. *cum igitur, &* §. *in nouiſſimo, inf. de cad. toll.* & hoc in extraneis heredibus quibus ſolis eſt neceſſaria aditio: Nam in neceſſariis heredibus, id eſt ſeruis cum libertate inſtitutis, & in ſuis heredibus hoc ſemper obtinuit, vt heredes exiſterent ſtatim a morte teſtatoris, etiam ante apertas tab. *l. 3. ſup. de iure del. l. ex parte, D. de adq. hered.* Et idem poſtea a Theodoſio datum eſt liberis teſtatoris non neceſſariis heredibus, vt ſcilicet intelligantur parenti heredes extitiſſe ſtatim a morte in hoc, vt etiamſi ipſi moriantur ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem parentis, eam nihilominus tranſmittant ad liberos, non ad quoſcunque heredes extraneos, *l. vn. inf. de iis qui ante ap. tab.* aperire autem h. t. non tantum eſt tabulas teſtamenti patefacere naturaliter, id eſt, clauſas recludere & reſignare, rupto vel inciſo lino quo colligatæ ſunt, vt in *l. 3.* §. *aperire, D. de SC. Sill.* Sed hoc loco aperire, eſt etiam ciuiliter aperire, id eſt, ſecundum leges & mores ciuitatis, in qua fit apertura teſtamenti, l. 2. h. t. ſolemni quodam ordine, qui plerunque explicatur præſente magiſtratu, in foro, vel in Baſilica, claro lumine, id eſt, inter horam ſecundã & decimam, vt ait Paulus 4. Sentent. t. de viceſima: quod hodie eſt, ſecundum rationem qua apud nos horæ numerantur, inter horam 8. & 4. pleno, differto foro, & adhibitis teſtibus qui teſtamentum ſignauerunt, aut maiore parte eorum, ita vt agnoſcant ſigna ſua confitentes eſſe ſua, & agnitis ſignis mox reſignetur teſtamentum rupto lino, & recitetur palam, atque ita inſpiciendi & deſcribendi, ſiue exempli ſumendi fiat poteſtas heredi vel legatario deſideranti teſtamentum deſcribere, vel alii cuius intereſt, & quod deſcripſerit etiam conferendi & recognoſcendi, ne quod mendum in exemplo reſideat: poſt deſcriptum & recognitum factum teſtamentum publico ſigno a magiſtratu obſignatum reponitur in archiis ciuitatis, & hæc oſtenduntur in *l. 4. & 6. & 7. D. eod. tit.* Et in Sententiis Pauli *ſup. lib. & tit.* & notandum quod ſi aliquis ex teſtibus non cognoſcat ſignum ſuum, ſigillum ſuum, & quod oſtenditur neget eſſe ſuum ſignum, ſuſpectas quidem ea res facit teſtamenti tabulas: ſed non ideo minus aperiuntur, vt ſint vſui ei cuius intereſt qui eas deſiderat aperire, *l. 1.* §. *vlt. D. eod. tit.* notandum etiam eſt ex d. l. 7. Si quis ex teſtibus & ſignatoribus teſtamenti abſit, vel ſi omnes abſint, peregre ad eos mitti debere tabulas teſtamenti, vt ſigilla ſua & manus cognoſcant. nam cognoſcendi ſigni ſui manuſue ſuæ cauſa, omnes non debere reuocari, quia vt ait elegantiſſime d. l. 7. & notandum eſt valde, *cum magno ſæpe incommodo & detrimento a rebus noſtris reuocamur, & iniquum eſt officium quo functi ſumus in ſignando teſtamento alieno nobis eſſe damnoſum.* Ergo qui poſtulat aperiri tabulas teſtamenti non debet nos reuocare a negotiis noſtris, ſed debet ad nos mittere tabulas, vt ſigna noſtra noſcamus: neque quidquam obſtat huic ſententiæ *l. 3.* §. *hoc interdictum, D. de tab. exh.* quæ ait, tab. eſſe exhibendas apud prætorem vt ex auctoritate eius ſignatores, id eſt teſtes teſtamentarij veniant, non etiam mittantur ad eos ad recognoſcenda ſigna ſua, & addit non obtemperantes iuſſo prætoris, non venientes etiam coerceri poſſe a prætore, contumaciam eorum eſſe plectendam. Sed nihil eſt quod facilius expediri poſſit. Loquitur ille §. de præſentibus teſtibus, l. 7. de abſentibus peregre, qui non poſſunt ſine magno detrimento negotia ſua derelinquere quæ gerunt peregre, quod ſi forte abſentibus omnibus teſtibus, aliqua vrgeat neceſſaria cauſa, quam primum aperiri tabulas teſtamenti, ita vt non poſſint ad ſingulos mitti tabulæ ad recognoſcenda ſua, quid fiet? tum adito prætore, vel præſide pro tribunali, vel per libellum præſentibus honeſtis viris, id eſt optimæ opinionis & integerrimæ famæ, tabulæ aperiuntur, & earum inſpiciendarum fit copia

A ei cuius intereſt, atque deſcribendarum: & poſt deſcriptum & recognitum factum rurſus ab iiſdem honeſtis viris obſignentur: tum deinde mittantur ad teſtes, vt cognoſcant ſigilla ſua libere, neque arctentur nimis: ergo poſt factam aperturam teſtamenti, cum ea deſideraret celeritatem, & rurſus obſignatum teſtamentum, non ideo minus teſtes qui abfuerunt, ſigna ſua debent recognoſcere, vt videatur apertura facta legitime, & hoc etiam oſtenditur in d. l. 7. in l. 2. h. t. ergo præſentibus honeſtis viris cum illi abſunt, fit apertura teſtamenti, deinde inſpectio, quo nomine ſignificatur etiam lectio, nam fruſtra inſpicias niſi legas in *l. 2.* §. *inſpectio, D. eod.* & poſt inſpectionem & lectionem fit deſcriptum, deſcriptum dicit *d. l. 7.* vt *l. Prætor.* §. *vlt. D. de edendo.*
B Quod Græci vocant ἀντίγραφον, & ἀπόγραφον, & ita in antiqua inſcriptione Canuſina, deſcriptum & recognitum factum in pronao æde Martis: Sic loquitur l. 7. vnde dicitur, *le prone*, quod fieri ſolebat in pronao Eccleſiæ, & notandum quod ait l. 2. vt fiat apertura teſtamenti adiri prætorem vel præſidem pro Tribunali, vel per libellum, *par requeſte*, per libellum, ſi effectum rei inſpicias, id eſt, de plano tranſeunte prætore, *en ſon chemin*, e ſolo, e plano, eo non ſedente pro tribunali, quoniam hæc res non deſiderat cauſæ cognitionem, non deſiderat decretum prætoris vel præſidis. quid eſt decretum? eſt ſententia quæ ſequitur cauſæ cognitionem, decretum non poteſt interponi de plano, ſed tribunal exigit & ſellam prætoris, *l. 9.* §. *vbicumque, D. de off. proc.* & ita dicitur excuſationem tutelæ eum qui ſe excuſat poſſe conteſtari pro tribunali ſedente prætore, πρὸ βήματος,
C vel etiam per libellum, χαμόθεν quod non eſt, vt vult Auguſtinus, ſupplici prece, *ſe mettant à genoux*, ſed χαμόθεν, id eſt de plano, extranſitu, ἐπιπέδου. Conteſtatur ergo excuſatio etiam de plano, ſed non recipitur niſi pro tribunali, hoc non poteſt expediri per libellum, *l. 13.* §. *penult. con. l. 25. de excuſ. tut.* Et ita aperturam teſtamenti l. 2. ait fieri præſente magiſtratu etiamſi non ſedeat pro tribunali. Denique ei magiſtratus auctoritatem accommodare etiam per libellum & de plano, in tranſitu, in proceſſu. At nunc notandum eſt, non ſemper ei qui deſiderat inſpicere tabulas teſtamenti, dari copiam inſpiciendarum omnium partium teſtamenti. Primum ea tantum pars inſpicienda eſt quæ ad eum pertinet, & totum, ſi totum ad eum pertineat. verum ſemper excipienda eſt ea pars teſtamenti quam
D teſtator vetuit aperiri & inſpici, cui ſuperſcripſit ne aperiretur l. 3. hoc tit. Et hoc ſolent plerique teſtatores ſuperſcribere tabulis pupillaribus, id eſt ſubſtitutioni pupillari, quam ſeorſum obſignauerunt, ne aperirentur, videlicet, ne quis ſciat quis ſit pupillo ſubſtitutus, ne ſubſtitutus inſidietur vitæ pupilli, §. *ſin autem, Inſtit. de pup. ſubſt.* Imo etſi teſtator nominatim non vetuerit aperiri tabulas pupillares, tamen ſi eas ſeorſum ſignatas reliquerit proprio lino propriaque cera, tacite videtur vetaſſe ne aperirentur. Ac proinde licet ſint pars teſtamenti principalis, tamen non aperientur niſi cauſa cognita a prætore, propter quam quis eas aperiri vult, *l. pupillares*, D. *eod.* excipienda etiam ſemper eſt ea pars
E teſtamenti quæ pertinet ad ignominiam alicuius, veluti pars exheredationis filij. Nam exheredatio eſt ignominia, quæ etiam quandoque fit cum conuicio, cum elogio infami, *l. 3. D. de lib. & poſt.* ac ſimiliter præteritio ignominia eſt, *l. quidam. inf. de fideicommiſſ.* nihil autem attinet inſpicere eam partem quæ pertinet ad infamiam alterius, nec honeſtum eſt deſiderium poſtulantis eam partem inſpicere quæ alteri dedecori eſt, l. 3. hoc tit. ex qua etiam l. 3. notandum maxime eſt, eum qui deſiderat tabulas exhiberi & aperiri, non audiri, niſi iuraret de calumnia ſe non deſiderare fruſtra & inutiliter vexandi tantum illius gratia penes quem ſunt tabulæ teſtamenti, ſed quod maxime e re ſua ſit aperiri tabulas, vt eis vtatur in controuerſia aliqua pendente ex his

tabulis, quam non poteſt perſequi non cognitis & inſpectis verbis teſtamenti: debet ergo primum ſe purgare de calumnia. Et notandum etiam ex eadem l. 3. nunquam cuiquam dari poteſtatem vt deſcribat diem & conſulem teſtamenti, vt in *l. 2. §. diem*, D. *eod. tit.* non valebat teſtamentum iure ciuili, iure ſolemni in quo non eſſet adiectus dies & conſul. Quod nominatim ſcribit Ioannes Chryſoſtomus in Homil. 3. de verbis Eſaiæ, Vidi dominum, &c. Et quod circumfertur fragmentum Modeſtini in hæc verba, *Cum in teſtamento dies & conſul adiecti non ſunt, nihil nocet quo minus valeat teſtamentum*, hoc verum eſſe poſſit, iure prætorio, non iure ſolemni. Ideo autem nulli patet facultas deſcribendi conſulis & diei teſtamento adſcripti, ne quid excogitet falſi. *inſpectio*, inquit Fabius, *ipſa etiam ſæpe falſum deprehendit, & vt inſpectio falſo deprehendendo materiam inſtruit & fabricando ſæpe etiam falſo.* Nam cognito die & conſule poſſet quis proferre diem confecto alio teſtamento, vel confecto codicillo, quo aliquid teſtamento relictum adimatur, & deſcripto die poſteriore, multum igitur intereſt ne edatur dies & conſul, ne ex eo excogitetur aliquid falſi, & prolato die fiat. quod obtinuit in omnibus inſtrumentis, quæ a nobis edi deſiderantur, vt edantur ſine die & conſule, *l. 1. §. edit.* D. *edendo*, vnum tantum reſtat vt adnotemus, hunc tit. loqui de teſtamento, quemadmodum teſtamenta aperiantur. Titulus ait teſtamento, ſed pertinet etiam ad omne id quod pertinet ad cauſam teſtamenti, vt puta & ad codicillos, *l. vlt. hoc tit. l. 1. §. hoc interdictum*, D. *de tab. exhibendis*, & ad ſubſtitutionem pupillarem, niſi vetuerit teſtator eam aperiri, *l. 2. §. ad cauſam*, D. *eod. tit.* & ad libellum quoque quem reliquit defunctus ſi aliquatenus pertineat ad ſupremam eius voluntatem, *l. 1. in princip.* D. *de tab. exhib.* & ad epiſtolam fideicommiſſariam quæ eſt imitatio codicilli *l. cum quis §. pater*, D. *de leg. 3.* & generaliter ad omnem ſcripturam teſtamenti etiam imperfectam, nam & vitioſum & vitiatum teſtamentum quandoque inſpicere expedit, & recte l. 2. hoc tit. Eius quod ad cauſam teſtamenti pertinet, quæ fuerint verba prætoris non tantum in interdicto de tabulis exhibendis, quo tenetur is qui negat penes ſe eſſe id quod ad cauſam teſtamenti pertinet, in id quod intereſt, atque etiam in remedio extraordinario, quo is qui non negat penes ſe eſſe tabulas teſtamenti, vel id quod ad cauſam teſtamenti pertinet, omnimodo viribus prætoris id exhibere compellitur, *in l. 2. §. vlt.* D. *eod. tit. & l. 1. §. 1.* D. *de tab. exhib.*



AD TITVLVM XXXIII.

De edicto Diui Adriani tollendo, & quemadmodum ſcriptus heres in poſſeſſionem mittatur.

POſt aperturam & recitationem teſtamenti, de qua eſt tit. ſuperior proximus: poſt aperturam, inquam, & recitationem teſtamenti rite perfectam, ſolet heres ſcriptus mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas mortis tempore teſtator poſſedit. Nam in poſſeſſione earum rerum quas alius ex iuſta cauſa poſſedit, non teſtator, non ante mittitur in earum poſſeſſionem, quam egerit petitione hereditatis cum poſſeſſore, vel rei viudicatione, ergo in eas tantum res ſtatim poſt mortem teſtatoris, aut in earum tantum rerum hereditariarum poſſeſſionem ſtatim mittitur, quas liquido conſtat teſtatorem mortis tempore poſſediſſe, l. 3. hoc tit. Et ſimiliter Paulus 3. ſentent. tit. 5. in fine, in poſſeſſionem inquit, earum rerum, quas mortis tempore teſtator non poſſedit, heres ſcriptus priuſquam iure ordinario experiatur, improbe mitti deſiderat. ergo debet prius agere iure hereditario, id eſt, petitione hereditatis aduerſus poſſeſſorum rerum, vel actione in rem, quam deſideret extra ordinem ſe mitti in earum poſſeſſionem excluſo poſſeſſore: & fiebat hæc miſſio in poſſeſſionem ex edicto D. Adriani, atque ideo beneficium edicti conditi a diuo Adriano appellatur in *l. 26. Cod. Theod. quorum appellationes non recipiantur:* quia qui heredis beneficio vtitur neceſſe non habet petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, vel ſecundum nuncupationem, quam tamen ſi elegerit, & amplecti maluerit, hoc beneficium amittit, vt *l. vlt. Cod. Theod. de teſt. & in Nouell. 1. Iuſtiniani.* Et præterea ex edicto Diui Adriani heres ſcriptus ſtatim poſt mortem teſtatoris, & poſt apertas & recitatas tabulas teſtamenti agnitamque hereditatem mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum (& hoc eſt beneficium edicti) quas teſtator poſſedit, etiamſi teſtamentum dicatur eſſe falſum, vel irritum, vel ruptum, vel nullum, vel inofficioſum, ſalua tamen eorum manente diſceptatione, an ſit falſum vel irritum, vel ruptum, vel inofficioſum, vel nullum. Sed interim dum de eo diſceptatur, is, quem patet eſſe ſcriptum teſtamento heredem, protinus mittitur in poſſeſſionem rerum hereditariarum quas teſtator poſſedit, l. 2. hoc tit. & Paulus in ſententiis ſuprad. lib. & tit. & ab ea quoque miſſione in poſſeſſionem non eſt appellatio, non eſt prouocatio, id eſt, non admittitur aduerſarius appellans a decreto miſſionis in poſſeſſionem, quo placuit heredem ſcriptum protinus mitti in poſſeſſionem, *l. quiſquis, in fine, quorum appellationes non recip. l. vlt. D. de appell. recip.* Et ſic poſtulatur ab herede ſcripto miſſio in poſſeſſionem vbi ſunt res hereditariæ, & corpora hereditaria, quæ poſſidere vult auctore iudice, *l. vn. ſup. vbi de hered. agit. & vbi heres ſcriptus in poſſeſſ. mitti poſt. deb.* cum autem plures ſunt inter quos eſt controuerſia, quod euenit frequentiſſime, qui volunt mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum, quas teſtator habuit & tenuit ſæpe magna contentione, quæritur vter præferri debeat, vter potius mitti debeat interim in poſſeſſionem, dilata quæſtione principali de hereditate, ſane ſi inter inſtitutum & ſubſtitutum ſit controuerſia, quod euenit frequentiſſime. Nam & ſubſtitutus aliquando excludit inſtitutum, vt in ſpecie *l. vlt. ſup. de neceſſ. hered. inſt. & l. ſi is qui ſoluendo, l. 57. D. de hered. inſtit.* licet inſtitutio valeat & inſtitutus adierit vel adire voluerit, ſunt caſus ſingulares quibus inſtituto præfertur ſubſtitutus contra ſeriem teſtamenti, & aliquando etiam ſubſtitutus admittitur in partem hereditatis, vt in ſpecie *§. vlt. inſt. de vulg. ſubſt.* & iure veteri, vt Vlpianus ſcribit lib. reg. tit. 22. herede ſcripto cum cretione non cernente, ſed pro herede gerendo, ſubſtitutus in partem admittebatur, ſubſtitutus deſtringebat ei partem, quod non creuiſſet, vti in teſtamento præſcripſerat teſtator, ſed pro herede gerendo hereditatem adquirere maluiſſet: vnde & in ſpecie *l. verbis*, D. *de vulg. ſubſt. & l. Lucius*, D. *de hered. inſt.* non immerito dubitatur, an ſubſtitutus veniat in partem hereditatis, quoniam hoc ſæpe contingit vt abradat ſubſtitutus inſtituto partem hereditatis. Cum vero eſt iſta controuerſia inter inſtitutum & ſubſtitutũ, & quæritur vter potius debeat mitti in poſſeſſionem ex edicto D. Adriani, quæ miſſio expedienda eſt celeriter, dilata quæſtione principali in largius tempus, melius eſt vt præferatur is qui primo loco ſcriptus eſt. itaque inſtitutus mittetur potius in poſſeſſ. quam ſubſtitutus, donec de eorum iure liqueat: & hæc eſt ſententia l. 1. h. t. quæ exſtat etiam apud eundem Paulum eod. lib. & tit. Si inter heredem inſtitutum & ſubſtitutum, inquit, controuerſia ſit, magis placet eum mitti in poſſeſſionem rerum hereditariarum qui primo loco ſcriptus eſt, primoque gradu, neque refert ſubſtitutus quis ſit directo, an per fideicommiſſum: Nam heres inſtitutus ante reſtitutam hereditatem ex fideicommiſſo potius

mittitur

mittitur in possessionem rerum hereditariarum quam fideicommissarius Trebellianicus, quæ est sententia *l. filiam, D. ad Treb.* quæ pertinet ad edictum Diui Adriani, & generaliter, vt definit l. 3. h. tit. quoties inter aliquos est controuersia, ea discussa summatim, & exactiori disputatione dilata in aliud tempus debet iudex mittere in bonorum possessionem eum qui potiora iura habere videtur, l. 3. h. t. Hodie heres scriptus mittitur in possessionem, non ex edicto D. Adriani, quod titulus declarat esse sublatum, sed ex constitutione Iustiniani, id est, ex l. 3. h. t. videamus quid distet edictum D. Adriani a Iustiniani constitutione. non idem vtriusque constitutionis fuit ordo, non idem ius. Primum ex edicto D. Adriani heres scriptus missionem post annum impetrare non poterat, vt indicat hæc lex 3. Et definit aperte Paulus in suprad. loco. ex constitutione Iustiniani etiam post annum impetrat missionem, imo nec postulanti heredi scripto missionem vlla obstat præscriptio longi temporis, quod maxime notandum ex l. vlt. atque ita imitatur missio petitionem hereditatis, quæ etiam est actio perpetua, *l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 21. in quib. caus. cessat longi temp. præsc.* tollitur tamen petitio hereditatis præscriptione 30. annorum. Nam hæc præscriptio perimit omnia, & hæc dicitur peremptoria, quæ dicitur a Cassiodoro *patrona humani generis*. Ergo heres scriptus postulans missionem similiter non excluditur præscriptione longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum, sed excluditur præscriptione 30. annorum, vel etiam vsucapione, si rei hereditariæ aut quarundam rerum hereditariarum dominium possessor, quem vult heres scriptus repellere missione in possessionem, acquisierit vsucapione. Quod etiam declarat l. 3. quia enim quæstio principalis, quæ est de dominio, vsu capione perimitur, vel præscriptione 30. annorum, quia petitio hereditatis perimitur præscriptione 30. annorum, sequitur necessario perimi ius missionis in possessionem: *Qui n'a point de droict au principal, n'en a point aux dependances*, & hoc argumento etiam vtitur hæc l. 3. Sed notandum est heredem scriptum non aliter mitti in possessionem quam si testamentum proferatur & publice recitetur: præcedit enim apertura & recitatio testamenti, sequitur missio: vt inde appareat quam apte h. t. sequatur superiorem, qui est de apertura & recitatione testamenti. non fiet igitur missio nisi prolatum sit testamentum & apertum & recitatum, & nisi etiam inuentum fuerit integrum atque perfectum, non abolitum, non cancellatum, vt ait l. 3. non vlla ex parte vitiatum siue corruptum, non imperfectum, sed quod habeat signa & subscriptiones 7. testium, & vno verbo quod sit legitime formatum. Nam ex eo testamento quod legitime conceptum est atque conscriptum, heres scriptus in eo protinus inducitur in possessionem rerum hereditariarum quas testator possedit mortis tempore ex auctoritate iudicis, mittitur in possess. per officiales iudicis, per publicas personas, & hoc est quod ait l. 3. *& eas cum testificatione publicarum personarum*, id est, officialium prætoris, aut præsidis accipiat. nec quicquam interest heres sit scriptus ex asse, an ex parte: nam & scripto ex parte datur missio in posses. *l. filiam, D. ad Trebell.* Præterea edicto Diui Adriani occasionem dedit lex Iulia quæ proprio nomine *lex vicesima hereditatum, vel hereditatium*, appellatur. Et ex veteribus initio l. 3. sic est legendum, edicto Diui Adriani quod sub occasione vicesimæ hereditatum introductum est. Et paulo post, quia vicesima hereditatum ex nostra recessit repub. antiquatis, non antiquitatis, ex eadem lege vicesimis hereditatum. fisco debetur vicesima pars omnium hereditatum quæ nobis ab extraneis obueniunt. tempore Augusti onera Imperij, quæ erant grauissima ob præterita ciuilia bella, coegerunt vectigal vicesimæ institui, sicut & caduca institui coegerunt caduca legata, caducas hereditates certis ex causis, & fuit specialis quidam procurator Cæsaris & dicebatur procurator vicesimæ hereditatum: sæpe in antiquis inscriptionibus, *procuratori vicesimæ hereditatum*. Et etiam in *l. sed si accepto, D. de iure f f.* & in inscriptione *l. 1. inf. de vsur. rei iudic.* procuratoribus hereditatum, & apud Scribonium Largum medicum, inter Tiberii libertos *supra hereditates*: huic autem præstationi vicesimæ erant tantum obnoxii extranei heredes, non sui heredes: Plinius in Panegyrico Traiani his verbis: *vicesima reperta est*, inquit, *tributum tolerabile & facile heredibus duntaxat extraneis, domesticis graue: Itaque illis irrogatum est, his remissum videlicet, quod manifestu erat quanto cum dolore laturi seu potius homines non laturi essent, destringi aliquid & abradi bonis quæ sanguine, gentilitate sacrorum, denique societate meruissent, quæque non vt aliena & speranda sed vt sua semper possessa ac deinceps, proximo cuique transmittenda cepissent.* Nam multa tradit de vicesima illo loco, & ostendit tantum immunitatem vicesimæ Traianũ dedisse liberis quibuscunque, etiam emancipatis, qui non sunt sui heredes, & parentibus etiam cuiuscunque gradus, & fratribus & sororibus, quæ immunitas postea data est omnibus heredibus. Nam, vt ait in h. l. 3. vicesima hereditatum recessit ex repub. & postquam Plinius illo loco multa retulit de vicesima hereditatum & liberalitate Traiani qui eam remisit omnibus liberis, & parentibus, & fratribus edicto suo, subiicit: *Additum est*, inquit, *vt qui ex eiusmodi causis in fidem edicti vicesimam deberent, nondum tamen intulissent, non inferrent.* Quid est illo loco in fidem edicti: facile est animaduertere mendum esse, cuius etiam correctio facillima, vt mirer non animaduerti. Nam legendum est, *in diem*. remisit, inquam, vicesimam in diem edicti, quæ debebatur fisco. Quæ remissio Traiani & indulgentia reliquorum maxime vicesimæ in diem edicti sui, commendatur etiam in antiquis inscriptionibus & antiquis numismatibus: vetus inscriptio sic habet. IMPERATORI TRAIANO QVOD OMNIVM PRINCIPVM ET SOLVS REMITTENDO SESTERTIVM NOVIES MILLIES ET SEPTENA MILLIA NVMMVM DEBITVM FISCI NON PRÆSENTES MODO SED ET POSTEROS PRÆSTITIT HAC LIBERALITATE SECVROS. & in antiquo numismate Traiani, RELIQVA SESTERTIVM NOVIES ABOLITA, id est, nouies millies centena millia. neque est prætermittendũ ex l. Iulia non tantum deberi vicesimam hereditatum fisco, sed etiam legatorum ab extraneis relictorum: nam ita scripsit Dion 55. *τὴν εἰκοστὴν τῶν τε κλήρων καὶ τῶν δωρεῶν*, id est, *vicesimam & legatorum & hereditatum*. Δωρεὰς enim semper Dion legata vocat, & omnino de hoc onere vicesimæ accipiendam esse opinor *l. 2. sup. de transact.* hoc modo: frater transegit de hereditate patris cum sorore, ita vt ille retineret hereditatem, corpora omnia hereditaria, & sorori certam pecuniam numeraret. Is frater veluti heres ex asse soluit fisco: quid? nisi vicesimam, an quasi plus debito soluerit potest repetere quod soluit, quod integram vicesimam soluit qui habuit sororem coheredem, ait non posse petere, cum ex transactione teneat omnia corpora hereditaria, & ita de hoc vectigali est accipienda *l. filiusf. §. Diui, D. de leg. 1.* Si testator prohibeat alienare bona hereditaria, vt potest, ne exeant de familia; hæc prohibitio, inquit, non potest esse fraudi fisco: hoc quid sit, quærunt alii qui sunt imbuti ab interpretibus. Sed manifestum est Iurisconsultum loqui de illa prohibitione quæ non est fraudi fisco, sicut non est etiam fraudi creditoribus quo minus pignora distrahant. Vltimum hic est vt adnotemus, ad hanc legem vicesimam hereditatum pertinuisse edictum D. Adriani, quod fuit etiam de aperiendis tabulis testamenti, quod indicat *l. vlt. D. de appel. recip.* Ac deinde mittendo herede scripto in possessionem, & voluit Adrianus tabulas aperiri confestim post mortẽ testatoris intra 3. vel 5. dies, si heredes præsentes essent, quod si absentes essent, eis dedit itineri peragendo in vicena millia passuum singulos dies, vt ita reuersi mox intra dies tres aut 5. tabulas

aperiantur, ne fiat mora necessario vectigali, id est vicesimæ, vt ait eleganter Paulus 4. sent. tit. de vicesima in fine.

AD TITVLVM XXXIV.

Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit.



Fisci aut vicesimæ hereditatum fisco debitæ ab extraneis heredibus mentio facta in tit. superiore, nos vocat ad alias species, quibus etiam fisco aditus patet ad hereditates & bona defunctorum, & vt superioris tituli origo proficiscitur ex vna constitutione siue edicto Diui Adriani, ita & istius tit. causa & origo manat ex alia constit. eiusdem Imperatoris, vt ostendit *l. 1. D. eod. tit.* quæ quidem hoc vult, vt qui dum captat hereditatem legitimam ab intestato prohibuit volentem facere testamentum ne faceret, vel qui cum esset heres scriptus priore testamento prohibuit volentem mutare testamentum per vim, aut dolo malo ne mutaret; vt si impediuerit ne testes introirent, ne testamentarius, id est, scriptor testamenti, qui exciperet testamentum dictante testatore, vel Eunomio (Eunomius dicebatur scriptor testamenti) ingrederetur, vt ei velut indigno auferatur hereditas legitima, siue testamentaria, & caduca fiat, id est vt redigatur in fiscum, l. 2. h. tit. Et vt redigatur in fiscum igitur cum suo onere: nam hoc est perpetuum, caduca fieri cum suo onere. Ideoque libertates & legata & fideicommissa ab eo data ex cuius persona hereditas caduca fit, salua esse & præstari a fisco debere, *l. quidam §. quotiens, D. de leg. 1. l. cum fisco, D. ad Senatusc. Sillan. l. in facto §. vlt. D. de cond. & dem. l. cum secundis §. vlt. D. de iis quibus vt indign.* & ita in proposita specie caducam hereditatem fieri cum suo onere proditum est in *l. 2. §. vlt. D. eod. tit. & l. 3. §. vlt. ad Treb.* Finge: is qui prohibuit testatorem mutare testamentum quod esset scriptus heres in priore, si in priore testamento rogatus sit eam hereditatem restituere alteri, caduca fit hereditas cum onere fideicommissi & restituendæ hereditatis alteri, deducta tamen Falcidia, quam heres scriptus detraxisset, si bono more se gessisset, nec mutasset testator voluntatem, vt dodrans tantum perueniat ad fideicommissarium. Sed hic quæres, cur tamen legatum, quod legatarius rogatus est alteri restituere, qui dolo malo effecit ne testamentum mutaretur, cur caducum non fiat legatum? Nam ita est scriptum in *l. 1. §. pen. D. eod. titulo*, eum qui dolo malo impedimento fuit quo minus testamentum mutaretur, si in eo testamento ei fuerit legatum relictum, idemque mox rogatus fuerit legatum restituere alteri, admitti eum ad legatum quod ipse legatum non sit habiturus, sed mox ad alium translaturus. Cur non dicit legatum fieri caducum? Ratio est euidens: quia nihil commodi ad fiscum perueniret, quandoquidem eum oportet statim integrum legatum restituere fideicommissario non detracta Falcidia. Nam solus heres habet Falcidiam, legatarius vel qui in locum legatarij venit ex fideicommisso a se relicto, non detrahit Falcidiam. frustra igitur esset si vocares fiscum, & similiter ex eadem constitutione Diui Adriani, qui per vim aut dolum malum cœgit aliquem testamentum facere & se heredem scribere, & vt indigno hereditas aufertur & cadit in fiscum. Imo vero & si quis aliquem compulerit testamentum facere, & alium quam se heredem scribere, verius est æque heredi scripto vt indigno auferri hereditatem, licet vim ipse aut dolum nullum adhibuerit. Cur ita? quia non habet voluntatem defuncti, optima ratio, *l. cum quidem D. de his qu. vt indig.* indignus est hereditate qui eam non tenet ex voluntate defuncti: neque enim intelligitur voluisse, vt is sibi heres esset, qui coactus voluit. Nam

A & legimus in fragmentis quibusdam Vlpiani, quæ edidit in lucem Claudius Puteanus vir clarissimus, etiam non intelligitur voluisse manumittere qui coactus manumisit: Coacta voluntas non est voluntas: quod confirmat lex *si priuatus, D. qui & a quibus man. liber.* In manumissionibus, quæ res est magni pretii, exigitur expressa & integra & libera voluntas, & vbi exigitur libera voluntas & integra & plena, non intelligitur voluisse qui coactus voluit, id est, coacta voluntas non habetur pro voluntate. Testamentum certe exigit liberam voluntatem, liberum stilum, vt ait lex *1. sup. de sacros. eccl.* Igitur non intelligitur voluisse facere testamentum qui coactus voluit. Igitur qui in eo testamento est scriptus, non habet voluntatem defuncti. Ac proinde indignus est bonis defuncti. Quædam sunt ne-

B gotia in quibus sufficit qualis qualis voluntas etiam non expressa, id est, in quibus taciturnitas pro consensu habetur, etiam remissa voluntas: & in iis etiam coacta voluntas sufficit, vt in aditionibus hereditatum, quæ explicantur quolibet indicio amplectendæ hereditatis, maxime hodie sublatis cretionibus. ergo in adeunda hereditate etiam qui coactus adiuit obligatur hereditati, quia voluisse intelligitur, *l. si mulier §. penult. D. quod metus causa, l. si metus, D. de acquirend. heredit.* & idem etiam obtinet in nuptiis: nam & qui cogente patre duxit vxorem, voluisse eam intelligitur, quod in nuptiis sufficiat nudus consensus, qualis qualis consensus, etiam remissus: quod sunt qui non ex animo ducant vxores? & tamen matrimonio alligantur, *l. si patre, D. de ritu nuptiar.* abesse debet simulatio semper & fal-

C lacia: nam simulatæ nuptiæ non valent, *l. simulatæ, eod. tit.* Et simulata quoque aditio non valet: nam hæc nullam habet voluntatem, *l. 6. §. vlt. de acquir. hered.* non intelligitur voluisse qui simulauit. at in negotiis illis intelligitur voluisse, & qui coactus & inuitus animo suo voluit, vt ait Homerus, ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ, *sponte & inuito animo*, vt coactus sua voluntate. merito igitur etiam is qui heres scriptus est cogente altero, etsi non sit conscius sceleris, indignus tamen iudicatur hereditate, quia non habet liberam voluntatem testatoris. & notandum ex hac constitutione Adriani excipi tantum vim, vel dolum malum, non etiam blanditias. Nam, vt ait lex *vlt. D. eod.* heres scriptus testamento vxoris, qui iratam vxorem & contra se codicillos facere parantem placat & demulcet ne codicillos faciat, ne codicillis se oneret legatis, quod potest facere vsque ad do-

D drantem, non incidit in crimen. Ideoque fisco non vindicatur, quod mulier per codicillos erogare potuit & abradere marito in testamento scripto: potuit autem dodrantem, *l. 4. D. ad leg. Cornel. de fals.* & similiter lex *vlt. huius tit.* ait, vt æque legimus apud Apul. 2. *Apologia*, non esse crimen, si quis supremum iudicium vxoris in se prouocet, vt ab ea aliquid promereatur blanditiis quibusdam: Nec enim blanditias possis dicere vim esse aut dolum malum. Et tamen Plutarch. in Roman. refert Solonem non admisisse legata morientium quæ extorsisset suasio vxoris, quæ legasset γυναικὶ πειθόμενος, id est *persuasu vxoris*, quod nos etiam probamus, si quid suaserit dolo malo, sed possit suadere bono animo, & honesta ratione, *l. 1. § persuadere, D. de seruo cor.* & in crimen incidit ex constitu-

E tione Adriani is tantum, qui vim & malitiam malam, moremque malum & improbatum adhibet in prohibendo, ne quis testamentum faciat, vel ne mutet, vel in cogendo vt faciat, & scribat quos non vult heredes. & huius criminis nullam inuenio esse pœnam in libris nostris: licet quidam Græci interpretes relegatione dignum iudicent, & eum plecti dicant, quod non est in iure nostro proditum: nullam inquam pœnam patitur, præter quam vt indignus iudicetur hereditate qui hoc faciat, qui hoc ipse sibi lucrum patefacit, ac proinde vt in eius locum veniat fiscus, non tantum

tantum incapacium, sed etiam indignorum locum fiscus occupat & aufert, & obseruandum est ex *l. 1. hoc tit.* ex hac causa etiam competere ciuilem actionem, id est actionem de dolo in id quod interest, quæ dabitur iis quorum interest non esse locum factum fisco, non esse apertam viam fisco, id est iis quos defunctus heredes scripturus erat, si non fuisset coactus alios scribere, vel si non fuisset prohibitus testamentum scribere vel nuncupare, vel iis ad quos bona defuncti redibant ab intestato, si non fuisset coactus facere testamentum: Nam heredi quidem scripto fiscus aufert hereditatem) criminali iudicio; sed & idem, cui aufertur hereditas, ciuiliter teneatur iis quorum interest actione de dolo malo, quod dolo malo eius factum sit ne ad eos hereditas perueniret, *l. Lucius §. Semproniam, ff. de leg.* 2. & Nou. 115. adiuncta interpretatione Iuliani antecessoris, vt cuius interpretatio est necessaria, & ita puto accipiendam esse ciuilem disceptationem in l. 1. hoc tit. non pro petitione hereditatis, vt vult Accursius, ita vt lex dicat, eum qui coegit defunctum facere testamentum teneri ciuiliter iis, quorum interest, actione de dolo malo, vel in factum, quæ est succedanea actionis de dolo secundum qualitatem & dignitatem personæ cum qua agitur: & præterea criminaliter possit accusari & deferri eius causa ad fiscum. Nam omnis delatio ad fiscum fit criminis causa, fere & criminalis accusatio est: atque ita ex hoc tit. habemus vnum casum quo hereditas aufertur velut indigno. Sequuntur alii plures casus tit. sequenti.

AD TITVLVM XXXV.

De his quibus vt indignis hereditas aufertur, & ad Senatusconsultum Sillanianum.

IN titulo superiore proposita est causa vna ex qua aufertur hereditas vt indigno: ea est crimen prohibiti aut extorti testamenti. in h. t. proponuntur plures aliæ causæ, & est totus de iure fisci. nam quæ vt indignis auferuntur, auferuntur a fisco, exceptis casibus certis qui notabuntur in *l. vn. §. quæ autem, inf. de cad. toll.* fiscus est successor indignorum, & non tantum ab indignis auferre dicitur, sed etiam eripere, vt in *l. pen. ff. de iure fisci. l. 26. ad l. Cornel. de falsf.* & inde legatum *ereptorium* libro reg. *Vlpiani tit.* 19. Sic enim nuper Lutetiæ legi in ipso Authentico, non *ereptitium* & generali nomine *ereptoria*, id est, quæ vt indignis auferuntur, etiam caduca dicuntur, *l. 2. §. vlt. ff. si quis aliqu. test. prob. l. cum fisco, ff. de SC. Sillan.* omne quodcunque cadit in fiscum caducum est, & specialiter caduca fiunt quæ nondum delata aut adquisita sunt: eripiuntur vel auferuntur quæ iam adquisita sũt. caduca fit hered. quæ non adita est, alioqui eripitur quæ iam adita est: indignus igitur est qui capere potest, & vero etiam cepit, sed quod cepit retinere non potest, vel quod eum esse male meritum de testatore, testator ipse iudicauit, vel lex: vel, quod quodammodo pudendum sit, apud eum remanere quod cepit. vnde satis apparet quam longe distet incapax ab indigno, cum hic ius capiendi habeat, non retinendi, ille non habeat ius capiendi.

Ad l. I. & VI.

L. 1. Heredes quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonæ fidei possessores ante controuersiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium pietatis scientes omiserunt. Ex hereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptæ pecuniæ post motam litem bonorum vsuras inferant, quod in fructibus quoque locum habet quos in prædiis hereditariis inuentos, aut exinde perceptos vendiderit, proculdubio est: vsuras autem semisses dependere satis est.

L. 6. Minoribus 25. annis heredibus non obesse crimen inultæ mortis placuit: Cum vos autem accusationem pertulisse, & quosdam ex reis punitos proponatis, licet is qui mandasse cædem dicitur, prouocauerit: vereri non debetis, ne quam hereditatis paternæ quæstionem a fisco meo patiamini. Conuenit enim pietati vestræ respondere causam appellationis reddendi. Quod si maioris ætatis fuissetis, etiam ex necessitate prouocationis certamen implere deberetis, vt possetis adire hereditatem.

PRimum in l. 1. h. t. quam hodie explicaturus sum, adiuncta l. 6. proponitur crimen inultæ cædis defuncti, ex cuius causa heredi, qui in hoc crimen incidit, aufertur hereditas, vt indigno videlicet, si non defenderit mortem defuncti, id est, necem & cædem defuncti, si eam vltus non fuerit iure iudicioque instituta accusatione aduersus auctores cædis ex l. Cornelia. Neque enim aliter quam iure iudicioque se vlcisci licet, vel defunctum, cuius vicem personamque refert. Et eleganter *l. scientiam §. pen. ff. ad l. Aquil.* ius tuendi se esse naturale, ius vlciscendi se, manu scilicet & viribus, non esse naturale. Tuemur nos ex continenti, in ipso articulo rixæ, vlciscimur nos ex interuallo. Quod non licet aliter quam iure iudicioque inuocato magistratu, cui Deus dedit vltionis (qui honos est soli Deo competens) ius, potestatem, gladium: Et hunc honorem soli Deo competentem vere contaminat, qui se ipsum non adito magistratu vlciscitur malo more & improbato. Si igitur heres non desiderauerit a magistratu vltionem necis defuncti, a quo ad se peruenit hereditas, nimirum postulato reo cædis lege Cornelia, ei eripitur hereditas, sed etiam si sciens prudensque omiserit vltionem necis defuncti, auferuntur ei fructus omnes quos percepit antequam fiscus faceret ei controuersiam bonor. quia malæ fidei possessor est, qui sciens omittit debitum officium pietatis: & hoc ita proponitur in prima parte l. 1. & licet lex dicat eum hereditatem restituere fisco & fructus perceptos integros, id est omnes: tamen & percipiendorum, id est, quos percipere potuit aut debuit, licet non perceperit, recte dices habendam esse rationem, id est, & percipiendos in restitutionem venire, *l. 1. ff. de pet. hered.* & ita sæpe qui dicit restitui fructus perceptos, si hoc dicit sine taxatione, id est, sine hac adiectione, duntaxat, non continuo excludit fructus percipiendos, vt quod dicit simpliciter de perceptis facile possis trahere ad percipiendos, vt in *l. si fundum, sup. de rei vind. l. si pater, sup. de vsuf.* & in hac l. 1. præterea is qui sciens omisit vindictam necis defuncti, amittit actiones quas habuit cum defuncto, vt si quid ei defunctus debuit. Nam ablata hereditate tanquam indigno, non ei restituentur actiones quæ sunt confusæ aditione. Nam post aditionem aufertur hereditas, & aditione actiones sunt confusæ, id est, confusione extinctę, quoniam idem cœpit esse creditor & debitor eiusdem pecuniæ: confusæ sunt seruitutes, si prædium defuncti prædio heredis seruitutem debuit, aut contra. verum ob fidem malam heredis erepta hereditate, cum sic remaneat heres sine re, non restituentur ei actiones vel seruitutes confusæ per aditionem hereditatis, *l. indigno, & l. heredem, ff. de his quibus vt indign. auf. l. eius §. vlt. de iure fisci.* in bonæ fidei possessore aliud est, puta qui deceptus est ignorantia facti, qui existimabat testatorem mortuum fuisse, cum fuisset occisus. Nam bonæ fidei possessor fructus quos bona fide percepit & consumpsit (nam consumptio cum plenum dominum facit, non perceptio sola) eos non restituit fisco, & actiones confusæ ei restituuntur & resuscitantur cum ei eripitur hereditas: puta quod postea cognita nece testatoris eam vltus non sit postulato reo cædis admisse, *d. l. heredem*, & hæc de 1. de parte legis. In 2.

parte agitur de vsuris. Prima est de fructibus, Secunda A de vsuris, finge: qui sciebat necatum fuisse testatorem a quo hereditatem accepit, atque ita malę fidei possessor omisit vindictam testatoris, & ex venditione rerum hereditariarum, vel ex venditione fructuum inuentorum in hereditate, aut fructuum a se perceptorum ex corporibus hereditariis, ex rebus hereditariis pecuniam redegit, vel etiam a debitoribus hereditariis pecuniam accepit, an fisco debeat restituere siue præstare eius pecuniæ vsuras, quod dicantur vsuræ esse vice fructuum in *l. vsuræ, ff. de vsuris*, & ex quo die, si debet vsuras inferre, eas infert: & mirum est quod ait hæc lex 1. in 2. parte, eum tantum debere vsuras post motam controuersiam eius pecuniæ quam redegit ex venditione, vt dixi, vel quam accepit a debitoribus he- B reditariis post motam controuersiam. Atque ita manifesto statuit hæc lex differentiam inter fructus & vsuras. nam restituit heres qui non ignorauit cædem defuncti, nec eam vltus est, fructus etiam perceptos ante motam a fisco bonor. controuersiam: vsuras autem pecuniarum, post motam controuersiam, & est sane in re ipsa magnum discrimen inter fructus & vsuras. Nam fructus natura proueniunt ex ipso corpore hereditario, vsura non item, sed ex iure & obligatione, ex stipulatione, *l. si nauis, de rei vindic.* & inde existunt aliæ differentiæ inter fructus & vsuras: nam malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, non de vsuris percipiendis, sed de perceptis duntaxat, *d. l. si nauis, & l. item veniunt §. Papin. de pet. hered.* Item nouatio obligationis non perimit fructuum persequutionem qui C ante vel post nouationem percepti sunt, & perimit tamen vsurarum petitionem, *l. 4. ff. de vsur.* Item in bonæ fidei iudiciis vsuræ veniunt ex mora demum, fructus etiam ante moram, *l. videamus §. pen. de vsur.* Et ita non mirum est si hęc l. 1. & quartam differentiam constituat inter fructus & vsuras. verum inde nascitur magna quæstio, quod in hac parte de vsuris præstandis, idē ius hæc lex faciat in malæ fidei possessore, de quo loquitur, & bonæ fidei possessore, vt vsuras malæ fidei possessor non inferat, nisi pecuniæ redactę sint post motam controuersiam, quod est contra Senatusconsultum auctore D. Adriano factum *de pet. hered.* quod a Græcis dicitur Senatusconsf. Adrianū, in *l. quod si possessor, de pet. hered.* Nam ex eo Senatusconsulto soli bonæ fidei possessori hoc datur, vt non inferat vsuras reda- D ctæ pecuniæ ex venditione rerum hereditariarum, nisi post litem contestatam, nisi post petitam hereditatem, vel controuersiam motam. Itaque Vlpianus in *l. item veniunt §. cæterum, de pet. hered.* vt hanc discordiam dissiparet mira quadam ratione ac pene calumniosa adstringit hanc *l.* 1. cuius mentionem fecit in *d. §. cæterum*, vt scilicet locus huic *l.* sit si malæ fidei possessor vendiderit res hereditarias quas vendi expediebat, quæ magis onerabant hereditatem quam fructui erant, puta, res steriles, aut tempore perituras, vt scilicet pretii earum rerum vsuras non inferat fisco vindicanti bona & eripienti quasi indigno, nisi quas redegerit post motam controuersiam a fisco. Et secundum hoc quod & satis explicatu difficile, hac in re vt integra lex *item veniunt* ostendit, Vlpianus hanc facit differentiam inter bonæ E fidei possessorem, & malæ fidei possessorem, quod bonę fidei possessor non teneatur in vsuras ob pretium, vel vsuras pretii rerum distractarum ante motam controuersiam, vel in res ipsas, sed vt si bonæ fidei possessor res distraxerit post motam controuersiam, & inde pretium redegerit, res ipsæ veniant in petitionem hereditatis & fructus earum, id est, vt res ipsas præstet quas vendidit, & fructus earum, vel si non possit eas recipere ab emptore vt pręstet quanti petitor hereditatis in litem iurauerit, id est, quanti eas res & fructus iuratus æstimauerit, quę æstimatio possit esse immensa & immodica & iniqua, quoniam licet in infinitum iurare, licet in infinitum æstimare rem suam, cum eam inuiti distrahimus, inuitus nemo vendit vero pretio, vt vult regula, *iure inuitus vendit quis pretio immenso quod modo iurauerit*, id est, quod iuratus fecerit. ergo cum dicimus res debere restitui aut fructus, omnino hoc sic intelligimus, siquidem possint restitui, sin minus quam maximum pretium earum, non verum & iustum, sed quod iratus vel iuratus fecerit actor pro affectu animi sui, *d. l. item veniunt §. vlt.* Sed addenda est exceptio, nisi bonæ fidei possessor post motam controuersiam vendiderit res steriles, aut tempore perituras: Quia tunc eæ res non veniunt omnino in petitionem hereditatis vel fructus earum Sed venit tantum verum pretium quod duplex est, quod verum in re ipsa, & in natura est, quanti res & fructus digni sunt re ipsa, hoc est, verum pretium: Et aliud verum pretium est quod venditor accepit ex conuentu, & hoc casu erit in electione actoris, vt vel petat verum pretiū rei & fructuū quantum est in re ipsa, vel pretium quod distraxit & vsuras pretii: eliget vtique maius pretium, *d. l. item veniunt §. quod si post petitam.* & hoc, inquit, in bonæ fidei possessore. si malæ fidei possessor sit qui res hereditarias distraxerit ante vel post controuersiam motam, res ipsæ, si eas possit recipere, & fructus omnes veniunt, vel quanti in litem iuratum erit, quod est plerunque iniquum pretium. Addamus eandem exceptionem, nisi distraxerit res steriles & tempore perituras, aut quæ erant potius oneri quam fructui, quas si non distraxisset etiam hoc ei imputaretur, *l. nisi §. Iulianus, de pet. hered.* & si eas res distraxerit ante motam controuersiam, quo tempore magis actori præstabit verum pretium earum quanti fuerit in re ipsa. Sed si eas distraxerit post motam controuersiam, quo tempore magis in mala fide versatur, qui nec iudicio lacessitus vult agnoscere fidem bonam, tum in arbitrio erit actoris, qualem computationem faciat, id est, ęstimationem, *d. §. cæterum*, vt vel eligat ęstimationem rei & fructuum veram in re ipsa, vel eligat pretium redactum ex venditione ipsa, & vsuras, pretii si forte pretium illud conuentum maius sit vero pretio. Pretium conuentum possit esse maius vero pretio, nec tamen iniquum: nec enim est iniquum nisi excedit dimidiam veri pretii, *l. 2. sup. de rescind. vend.* & ita miro modo, vt videtis, eam astringit, & hanc epistolam, sic vocat, id est, vt hanc *l.* in concordiam adducat cum Senatusconsulto Adriano, miro modo eam astringit, interpreti iuris, qualis ille fuit, multa licent. Ergo ex hac *l.* 1. *huius tit. quibus vt indignis, &c*, intelligimus heredem qui mortem testatoris, quem interfectum esse scit, non exequitur & vindicat, amittere hereditatem, & pertinere eam ad fiscum, ita vt & fisco restituere debeat fructus omnes quos percepit ante vel post motam controuersiam bonorum a fisco, redactæ autem pecuniæ ex pretio rerum hereditariarum, post motam tantum controuersiam eum fisco vsuras præstare, maxime secundum interpretationem Vlpiani, si vendiderit res steriles, & tempore perituras, quæ onerabant hereditatem magis quam augebant, & maluerit fiscus pretia earum rerum quanti venierunt & vsuras, quam veram æstimationem earum rerum & fructuum. Sed quæ vsuræ inferentur? besses, an semisses, an centesimę, nondum diximus. quod tamen non prætermisit lex 1. quę ait vsuras semisses fisco esse dependendas. hæ sunt vsuræ fiscales, vsuræ semisses, *l. cum quidam §. si debitores, ff. de vsur. l. vlt. de fisc. vsur. lib.* 10. quæ scilicet in centenos aureos quotannis reddunt senos, quod nos Gallice dicimus, au *denier seize & deux tiers, c'est vsura semis.* Nunc vt absoluamus ea omnia quæ continentur in hoc tit. de hoc crimine inultæ cædis defuncti, quod & recte dixeris crimen ingrati, quod obiicitur heredi ingrato, qui non est vltus mortem eius a quo hereditatem accepit, ex *l. Gaius, in fine D. de Senatusc. Syll.* Notandum est, primum heredem excusari, nec

nec incidere in crimen ingrati, si auctores cædis eius quæsitos reperire non potuerit, *l. 7. hoc tit.* excusatur etiam eum si alius eum præuenit in accusatione homicidæ, id est, eius qui testatorem necauit, *l. 10. hoc tit.* Nam accusatum ab alio heres vel alius accusare non potest, *l. hi tamen* §. *vlt. ff. de accus.* nec tamen pœnam quam sufferret heres non accusato homicida erit præmium eius qui eum in accusatione anteuertit, vt scilicet ei hereditas cedat, quia neque ei cedet qui homicidam occupauit accusare, nec cedet fisco, quia non stetit per heredem scriptum quin accusaret, sed fuit præuentus ab alio forte spe potiundæ hereditatis in locum heredis scripti spe vana: nec enim heredi, qui in culpa non est, hereditatem auferre potest vel fiscus, vel is qui eum in accusatione præuenit. & hæc est sententia *l. 10. hoc tit. & l. si sequens, in principio, D. de Senatuscons. Syll.* excusantur etiam heredes minores 25. annorum natu. *l. 3. hoc tit.* pupillos dicit tantum. Sed proculdubio pupillis etiam addendi sunt minores 25. annorum ex *l. 6. hoc tit.* Nam huius ætatis homines excusat ignorantia iuris, *l. pen. in principio de iuris & facti ign. l. 5. ff. ad leg. Cornel. de fal.* & ita *l. 6. hoc tit.* ait, *minoribus annis 25. non obesse crimen inulta mortis.* Quoniam eis ius ignorare permissum est, id est, quod heredibus ius iniungit, vel quod periculum amittendæ hereditatis eis ex legibus imminet non vlciscentibus necem defuncti: & ideo si heres minor 25. annorum non accusauerit reum cædis paternæ, non incidit in crimen, & multo minus incidit in crimen si accusauerit quidem & damnauerit, sed interposita appellatione deserit. & obseruandum in hac *l. 6. perferre* accusationem plus esse quam accusare. *perferre* accusationem significat perfectionem criminis, vt loquimur, id est, crimen ad finem vsque perducere, vt in *l. 8. hoc tit.* Idem potest verbum accusare, nempe perorare causam vsque ad sententiam, *l. 14.* §. *accusasse, ff. de bonis libert.* & eodem quoque sensu dicimus, *peragere, & perferre litem, causam, quæstionem, l. filius,* §. 1. *ff. de inoff. testam. l. 6. de col. dot. l. dominus, ff. de vsufr. l. 2.* §. *mirabile, de vet. iure enucl. & non* hi *tantum inter quos lis est, causam vel litem perferre* dicuntur, sed etiam aduocati eorum, quod Græcis est διαμένειν τὴν δίκην, *perferre causam,* & sic aduocati perferunt causas in *l. 2. sup. de iureiur. propt. calumn.* & Plinij 5. Epistolar. *Si causam Vicentinorum eodem animo, quo susceperat, pertulisset,* id est, si peregisset reum. Quid ergo si quis reum peregerit & condemnauerit, sed interposita a reo appellatione causam appellationis persequutus non fuerit, nec responderit reddenti causam appellationis, vt ait *l. 6.* an videtur accusare, & pertulisse accusationem? Non vtique maior 25. annis, vt in *d.* §. *accusasse.* Nam non satis est rem perduxisse ad sententiam vnam, nisi & eandem rem perducat ad alteram sententiam interposita appellatione a reo priore sententia damnato. debet ergo heres maior 25. annorum reo condemnato, si appellauerit reus, perseuerare & causam appellationis exequi, & vt ait *l. 6.* respondere reddenti causam appellationis, alleganti meritum appellationis, & vt Paulus loquitur 5. *Sentent. tit. de reddend. causis appellationis,* reddere causas appellationis, est quod in foro dicimus, *proposer les griefs,* non possis dicere latine nisi hoc modo, reddere causas appellationis, quibus is qui vicit necesse habet respondere cum agitur de vlciscenda morte testatoris: alioquin non videtur pertulisse accusationem, non videtur plenum officium pietatis exhibuisse defuncto: heredi tamen minori 25. annorum natu parcitur, siue non accusauerit, siue accusauerit, sed destiterit ab incœpto interposita appellatione: nam vt ait *l. 6.* elegantissime, *conuenit quidem pietati etiam heredis minoris 25. annorum respondere reo homicidii reddenti causam appellationis,* sed non est necesse: excusat enim ætas: non omne quod conuenit, est necesse: non est criminosum minorem 25. annis interposita appellatione

A desinere, cum non incipere non sit criminosum, id est, non ei crimini deputetur aut vitio: & species *l. 6.* integraque sententia hæc est: minor cui delata est hereditas patris ab alio occisi, reum cædis paternæ accusauit, auctoresque cædis, atque etiam mandatorem cædis, qui perinde atque homicida tenetur, & omnes condemnauit: auctores cædis non appellauerunt, & supplicio affecti sunt: mandator cædis appellauit, cum valeret gratia & opibus: nam plerunque qui cædem fieri mandant sunt potentiores quidam, qui obnituntur quantum possunt, nec facile se vinci patiuntur: & ita cum mandator cædis appellasset, minor destitit, nec crimen persequutus est: ignoscetur ei propter ætatem, ne patiatur a fisco quæstionem hereditatis paternæ, id est, ne fiscus ei eripiat hereditatem paternam. nam conueniebat quidem pietati eius, & crimen exequi post appellationem: sed si hoc prætermisit non ideo amittit hereditatem paternam, cum & venia detur omnino non accusanti reum cædis paternæ. At maiori 25. annis vt possit adire hereditatem, quæ verba sunt notanda *l. 6.* fuit necesse & implere causam appellationis, vt possit adire hereditatem, inquit: ex his verbis colligitur heredem non posse adire hered. antequam vltus sit necem defuncti a quo hereditas proficiscitur: adeuntem autem vindictam & vltionem cædis relinquere, & accusari eum posse vt indignum, & auferri etiam ab eo hereditatem, quod etiam significat *l. 9. hoc tit.* dum ait, *testatore occiso veneno, vel quo alio more malo,* veluti *vi carminis, sine vllo veneno,* vt est apud Lucanum:

Mens hausti nulla sanie polluta veneni
Incantata perit. ——

Vel vt notat Accursius, quod potest esse vsui in *l. vlt. de malefic. & math.* depicta imagine cerea, inquit, quod quid sit ego non admodum cupio scire. & ita explicanda sunt illa verba *l. 1.* §. *occisorum, ff. de Senatusc. Syll.* Si necatus sit veneno vel quo alio malo more, sic Florentinæ recte, occiso, inquam, testatore veneno vel alio malo more, *l. 9. hoc tit.* ait posse heredem adire hereditatem, deinde exequi mortem testatoris, quando scilicet proponitur clandestinis insidiis appetitus, veluti veneno: quod argumentum præstat ex contrario, vt dicamus testatore occiso aperta vi, non per insidias, heredem non posse adire hereditatem antequam vltus sit cædem defuncti. verum non est ita statuendum generaliter, vt necesse sit vltionē præcedere ante omnia, quandoquidem legimus in *l. eius* §. *vlt. ff. de iure fisci,* eum tantum heredem indignum iudicari qui post aditam hereditatem non est vltus necem defuncti. potest ergo adire antequam vlciscatur necem defuncti, & erit rata aditio, id est, cum effectu, si postea vlciscatur necem defuncti. videamus quæso quomodo sit respondendum *l. 6.* & *l. 9.* huius tit. Et dico omnino *l. 6.* & *9.* huius tit. pertinere ad Senatusc. Syll. ad quod Senatusc. non pertinet vindicta eius qui veneno necatus est, aut occultis insidiis, sed ad eum tantum qui per vim & cædem (cædes significat ferrum & sanguinem) interfectus est. nam mens & ratio Senatusconsulti hæc est, vt si defunctus a familia necatus esse dicatur per vim & cædem, vt heres non possit adire hereditatem vel miscere se hereditati si sit suus, vel bonorum possessionem petere, vel tabulas testamenti aperire, recitare, describere, priusquam habita fuerit quæstio de familia, id est, de seruis qui in potestate occisi patrisfamilias fuerunt, & qui sub eodem tecto fuerunt, & opem ei ferre potuerunt: forte in SC. fuit scriptum qui *suffuerunt.* Nam Festus interpretatur *suffuerat,* esse qui sub eodem tecto fuerat, sed idem est etiam si extra tectum dominus sit occisus præsentibus seruis quibusdam, vel omnibus in itinere forte, vt Paulus ostendit, in 4. *Sententiar. tit. de SC. Syll.* & confirmat *l. vlt. hoc tit.* ergo priusquam adeat, habenda est quæstio de seruis, qui sub eodem tecto fuerunt cum

dominus occisus est, vel qui in eodem loco fuerunt quo A occisus est, vt in *l. lex Cornelia D. de SC. Sill.* deinde necesse etiam est priusquam adeat vt de seruis noxiis facinoris, vel qui opem domino non tulerunt, quoniam & hi pro noxiis habentur, sumatur vltimum supplicium, vt in *l.* 11. §. *seruus, D. ad leg. Falcid.* alioquin si hæc non obseruauerit heres scriptus ante aditionem vel immistionem, hereditas ei eripitur vt indigno & ingrato, ac proinde causa eius hereditatis vindicandæ a fisco erit agenda apud procuratorem Cæsaris, qui est iudex inter fiscum & priuatos, & hoc vult *l.* 3. huius tit. crimen peragitur apud præsidem prouinciæ, causa bonorum apud procuratorem Cęsaris, & ratio SC. est multiplex. vna proponitur in *l.* 3. §. *non tantum, D. de SC. Sill. ne heres*, inquit, *propter suum compendium*, id est, *ne scilicet amittat seruos, familiæ eius facinus occultet* B *dum adire hereditatem festinat antequam de seruis quæstionem habuerit, & supplicium sumpserit vltimum*, & additur alia in *l. propter veneni, eod. tit.* quæ satis obscura, ne testamento manumissis libertas competat. Nam si liceret adire hereditatem, statim seruis manumissis testamento libertas competeret, & necesse esset quæstionem habere de liberis hominibus neglecta libertate quam per aditionem adepti sunt, quod fit ægre: vix vnquam liber homo quæstioni subiicitur: & tamen hoc casu necesse esse eruendę veritatis causa etiam testamento manumissos qui adita hereditate ad libertatem perueniunt subiici quæstioni, vt *l.* 1. §. *de iis, ff. eod.* & melius est non negligi eorum libertatem, *qu'on ne foule point leur liberté.* Ne igitur cogeretur eam negligere, prohibetur hereditatem adire heres vt quasi de seruis habeatur C quæstio, sumaturque supplicium nulla libertate illæsa: quæ ratio non interuenit cum proponitur paterfamilias veneno peremptus, quoniam hoc casu non puniuntur serui, nec subiiciuntur quæstioni qui aduersus huiusmodi insidias nihil potuerunt. Ideoque licet heredi impune occiso testatore veneno vel occultis insidiis protinus adire hereditatem, deinde exequi crimen. at priore casu cum occisus est vi aperta non ante potest adire quam crimen perfecerit, & ita relata *l.* 6. *& vlt. ad Senatusc. Sill.* vt distinctio illa exigit inter occisum veneno, & occisum vi, quæ proponitur, in *d. l. propter veneni, & l.* 1. §. *quid ergo, & l. necessario* §. *vlt. ff.* D *eod.* apparet non idem esse dicendum de quocunque testatore occiso, qui non dicatur esse occisus a familia, qui non pertineat ad SC. Syllanian. Nam huius mortem heres exequi potest post aditionem, quam tamen si non exequatur, aditio sine effectu constituitur, erepta hereditate a fisco. vnum tantum est quod *l.* 6. quam potissimum volui explicare, & in eam tamen includere *l.* 3. *&* 7. *&* 9. *&* 10. *& pen. & vlt.* nam & hoc omisi ex *l. pen.* testatore occiso per vim differri aditionem, vt differantur libertates manumissorum testamento sicut attigi *sup.* qui tamen habita quæstione de seruis & sumpto supplicio de noxiis adita hereditate perueniunt ad libertatem. At mora illa aditionis siue dilatio eis videtur esse damnosa. finge: medio tempore dum quæstio habetur de seruis & crimen peragitur, delata est seruis quibusdam hereditas, vel delatum est legatum E aut fideicommissum, eo lucro fraudabuntur eaue acquisitione, quod non sunt facti liberi maturius adita hereditate. Ideoque oratio D. Marci philosophi conseruat eis seruis, quorum ex SC. suspenditur libertas, acquisitionem medii temporis, puta hereditates, legata, fideicommissa, & tamen oratio D. Marci nihil loquitur de libertatibus, qui tamen, cum fuerit philosophus Stoïcus, & philosophiæ plenus, vt ait Iustinianus, debuit esse studiosissimus libertatum. Nam Stoicorum hæc fuit vox apud Laërtium. φαῦλον ἡ δεσποτεία, *c'est vne chose mauuaise que d'auoir vn maistre*, & quid omisit in ea oratione M. Philosophus? non exposuit quid esset dicendum, si medio tempore ancilla hereditaria testamento manumissa, dum non aditur hereditas, pepererit, an partus erit liber? Quod non videtur, cum sit natus ex serua. Et tamen vt suppleat orationem Marci Iustinianus, in *l. pen.* vult vt partus perinde sit liber & ingenuus, atque si ex libera natus esset, vt non minus conseruentur libertates seruis manumissis testamento, quam acquisitiones medii temporis. Et quod est vltimum in *l.* 6. quam, vt dixi, potissimum explicandam suscepi, in quam inclusi multas alias, quatenus loquitur de maiore 25. annis, vt non possit adire antequam interposita appellatione a reo condemnato causam appellationis ad finem vsque perduxerit. ei opponitur lex *propter* §. *vlt. D. de SC. Sill.* quę dicit absoluto eo quem heres reum cędis fecit, si heres non appellauerit, non incidere eum in crimen ingrati, vel multæ cædis defuncti. Et tamen *l.* 6. ait eum incidere in crimen, si ab interposita appellatione destiterit. verum, vt recte Bartolus adnotauit melius quam Accursius, obseruandum est *l.* 6. loqui de reo condemnato, vt eo appellante heres incidat in periculum amittendæ hereditatis, nisi causam appellationis persequatur: at *l. propter* §. *vlt.* loquitur de reo absoluto, vt heres sine periculo amittendæ hereditatis possit acquiescere sententiæ, quam forte iustam esse agnoscit, nec appellauit: nam hoc tantum ab herede exigimus, vt rem perducat ad sententiam, non etiam vt vincat, & hęc sufficiunt de crimine inultæ mortis defuncti.

Ad l. II. IV. V. & VIII.

L. 2. *Polla quidem liberam habuit administrandi patrimonij sui potestatem: nec idcirco quod pupillus illi heres extitit, ea quæ ab ipsa finita sunt reuocari in disceptationem oportet: sed si pupilli nomine falsum dicere vis testamentum, de quo per Pollam transactum est, potes experiri: dum memineris, si in ea causa non obtinueris, & portionem quam ex eo testamento pupillus habet, te saluam facturum (quam adimi pupillo necesse erit secundum iuris formam) & de calumnia tua Præsidem deliberaturum, quamuis pupilli nomine agere videaris, cum retractas ea, quæ finita sunt per heredem.*

L. 4. *Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis dicectis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri vnum ex heredibus suis declarauit: merito eius portio non iure ad alium translata, fisco vindicata est. libertates autem in eadem epistola data peti poterunt.*

L. 5. *Non oportet vt indignis heredibus successiones auferri prætextu quod in sepultura supremis iudiciis vel voluntatibus defunctorum obtemperatum non fuisset.*

L. 8. *Alia causa est eius qui falsi instituta accusatione ad finem vsque, quod insimulabat, perduxit, & contrariam sententiam meruit: alia eius qui inchoatam accusationem non pertulit: cum in illius quidem partem succedat filius: hic autem qui contrariam indicis sententiam non sustinuit, suæ partis non perdat persecutionem.*

EX hoc tit. restant tantum leges quatuor quæ nondum explicatæ sunt 2. 4. 5. & 8. post crimen inultæ cædis defuncti, quod est crimen ingrati, impii, inofficiosi heredis, datur in *l.* 2. & 8. crimen aliud heredis, qui per calumniam falsum testamentum dixit in quo ex parte heres institutus est, qua etiam ex causa fiscus vindicat portionem hereditatis quasi indigno ablatam. & omnino ita est, heredi qui per calumniam falsum testamentum dixit, nec obtinuit in accusatione, in qua perseuerauerit vsque ad sententiam, fiscus aufert portionem hereditatis ex qua in eo testamento heres scriptus fuit. recte pono eum pertulisse accusationem falsi & perseuerasse vsque ad sententiam: Nam si desistat ante sententiam, vel moriatur, fisco locus non est, *l.* 8. *hoc tit.* Recte etiam pono, eum non obtinuisse in accusatione

ne falsi testamenti: nam si obtinuit, id est, si pronuntiatum sit falsum testamentum esse, fisco locus non est, sed legitimis heredibus ab intestato & rursus etiam pono recte eum fuisse heredem institutum ex parte: Nam vix quisquam heres ex asse scriptus vnquam dicit falsum testamentum. ex parte scriptus possit dicere falsum spe obtinendi assis, si sit proximior heres ab intestato, & quemadmodum ætati subuenitur heredis qui necem defuncti vltus non est, vt *l. 6. hoc tit.* Ita notandum ætati subueniri heredis qui falsum testamentum dixit falso, vel per calumniam, atque adeo non obtinuit, hoc est, subueniri minoribus 25. annis, quos constat etiam accusationem instituere posse ex *l.* Cornelia testamentaria, quæ est de falsis testamentis, vel ex aliis legibus publicorum iudiciorum, præterquam ex *l. Iulia de adult.* & *l. 11. §. lex, D. ad l. Iul. de adult.* Cæteræ leges publicorum iudiciorum recipiunt accusatorem etiam minorem 25. annis, quin etiam pupilli de falso testamento patris, *l.* Cornelia testamentaria ex consilio tutorum agere possunt, *l. 2. de accus.* recte ex consilio tutorum: non dicit tutore auctore, sed ex consilio tutoris, vt Paulus *5. Sent. tit. de iure fisci & populi: ætati*, inquit, *eius qui accusat testamentum, si non obtineat, subueniri solet in id quod ita amisit, maxime si consilio tutoris aut curatoris actio instituta sit. Consilium tutoris sufficit:* Nam ante constitutionem Iustiniani, id est, ante *l. 4. sup. de auct. præst.* in criminalibus causis minoribus non erat necessaria auctoritas tutoris vel curatoris, quæ eo distat a consilio, quod consilium accusationem præcedit & litem criminalem, auctoritas in lite agenda & peragenda tutore assistente tanquam defensore & patrono interponitur. pupillis igitur & adolescentibus, qui falsum testamentum dixerunt, in quo ex parte instituti sunt, nec obtinuerunt, subuenitur maxime si consultore, vel tutore auctore, aut curatore accusationem instituerunt: idemque erit si tutor pupilli nomine, vt potest, vel curator adolescentis nomine falsum testamentum dixerit, nec obtinuerit. Nam & hoc casu pupillis vel adolescentibus subueniri necesse est, quia ipsi accusasse videntur, non tutor, qui nomine pupilli, non suo in falsi crimen subscripsit. denique ipsi in crimen incidisse videntur, vt plane indigeant auxilio, ne quod amiserunt iure amittant, vel vt quod iure amiserunt retineant. At quæso, quomodo eis subuenitur (nam non subuenitur iis ipso iure, cum ipso iure hereditatem amittant, quod temere testamentum impugnauerint & improbe:) sed iis subuenitur principis beneficio, vt indicat *l. tutorem, in fine, D. eod.* quod facile impetratur, vel etiam iis subuenitur iure ordinario per actionem tutelæ, aut negotiorum gestorum, per quam indemnes seruabuntur, si eorum nomine tutor vel curator temere falsum testamentum dixerit, vt in hac *l. 2. hoc tit.* & puto hac *l. 2.* significari in *l. 5. §. ætati, D. eod. tit.* dum allegat rescriptum Seueri & Antonini. Nam l. 2. est Seueri & Antonini. Igitur subuenitur illis facile beneficio principis condemnatis heredibus pupillis aut adolescentibus, vt in fine *l. tut. D. eod.* vel beneficio actionis tutelæ, aut negot. gest. in reposcenda ratione administrationis: & huc pertinet species l. 2. elegantissima, quæ talis est. Quidam filiam natu maiorem & filium pupillum ex partibus heredes scripsit adiectis aliis coheredibus extraneis ex aliis partibus. filia testamentum falsum dixit, nec tamen pertulit accusationem, sed transegit de testamento patris cum coheredibus extraneis: ita vt certa pecunia contenta discederet a lite & extraneos coheredes sineret habere suas partes, quæ sunt eis adscriptæ in testamento: deinde mortua filia ei heres extitit pupillus frater iure consanguinitatis, & mox tutor eius nomine falsum testamentum dixit, retractatis his quæ iam finierat transactio sororis coheredis, & re perlata vsque ad sententiam tutor non obtinuit contra coheredes pupilli sui extranei: lex ait partem pupilli vindicari fisco quasi indigno ablatam, quoniam ipse accusasse videtur testamentum cum eius nomine sit accusatio instituta a tutore: Partem vero quæ pupillo iure legitimo obuenit, a sorore fiscus non vindicat, quia qui falsum testamentum dixit, heredi testatoris heres existere non prohibetur, quoniam non est in ea parte testatoris heres principaliter, sed per consequentiam, per mediam personam, *l. 5. §. qui accusauit, & l. qui Titij, ff. eod. tit.* At partem adscriptam pupillo qui non obtinuit in quæstione falsi testamenti, fiscus vindicat, vt dixi, sed indemnem eum damno præstabit tutor, qui temere vel improbe ad eam accusationem prosiliit sub pupilli nomine, vel qui in ea exercenda non probe functus est officio suo: at præterea si tutor sciens prudensque calumniosam accusationem instituerit, etiam reo tenetur de calumnia, licet non suo sed pupilli nomine egerit: alioquin tutor sæpe abuteretur nominibus pupillorum, & sub eorum nominum prætextu propter suas simultates calumniosas accusationes instituerет. Ergo æquum est vt non tantum pupillo præstet indemnitatem qui amisit partem hereditatis culpa tutoris, sed etiam vt de calumnia reo absoluto teneatur, licet non suo sed pupilli nomine egerit perinde atque si gessisset suo, *l. 2. §. qui accus. non poss.* vbi alias ostendi non esse legendum *proprio nomine* accusasse tutorem, sed, *pupilli nomine*: & in eadem quæstione idem error insedit in pandectis Florentinis in *d. l. tutorē*, illo loco, *Si libertum patris pupilli suo nomine capitis accusauerit*, cum manifesto sit scribendum, *pupilli sui nomine*, non, *suo nomine.* Sed & exponamus etiam & absoluamus l. 4. & 5. Notandum est ex l. 4. ei etiam eripi hereditatem vt indigno, vt adicatur fisco, quem testator in codicillis declarauit non mereri suam voluntatem, quæ declaratio satis euidens est ademptio hereditatis, atque est inutilis, quia codicillis vel per epistolam dari aut adimi hereditas non potest secundum regulam iuris, de qua cras dicemus ad tit. sequentem, & epistolam vocat in hac l. 4. epistolam fideicommissariam, quæ sic dicitur in *l. 7. sup. qui testam. fac. poss. l. cum quis §. pater, ff. de leg. 3.* potest tamen in codicillis iure fideicommissi hereditas ad alium transferri, quæ data est testamento heredi scripto in testamento rogato, in codicillis, vel epistola fideicommissoria, vt eam hereditatem alii restituat: Denique codicillis potest alii relinqui hereditas per fideicommissum verbis precariis, atque etiam in epistola fideicommissaria, non etiam verbis ciuilibus, directis verbis, nec etiam illa nuda declaratione heredem scriptum testamento non mereri voluntatem suam. In specie autem h. l. 4. non proponitur hereditas data testamento fuisse codicillis translata in alium per fideicommissum, sed proponitur tantum in codicillis declarasse testatorem heredem testamento scriptum non mereri voluntatem suam, quæ ademptio cum sit inutilis, poterit heres adire hereditatem, sed ei auferetur a fisco veluti indigno, quia non habet supremam voluntatem defuncti, vt in *l. cum quidam, ff. eod. tit.* Caduca igitur fit hereditas, sed cum onere præstandorum legatorum ab eo herede relictorum, & vt nominatim scribit in hac l. 4. cū onere præstandorū legatorū ab eo herede relictorum: & cū onere præstandarū libertatum datarum in epistola fideicommissaria, id est, datarum per fideicommissum. huic l. 4. opponit Accursius primum *l. ex parte, ff. de adim. legat.* Quidam heredem scripsit ex parte, & ei prælegauit aliquid, deinde cum eo suscepit grauissimas inimicitias, nec tamen cum instituisset mutare testamentum, id perficere potuit morte præuentus: an capiet hereditatem? an capiet legatum siue prælegatum? non capiet, quia tacita voluntate legata adimuntur & nuda, & præsumitur mutasse voluntatem, qui cum herede moriens gessit capitales inimicitias: longe aliud est in hereditate quia adimi non potest hereditas nuda voluntate, sed solemni, id est, alio testamento iu-

re perfecto. Ergo prælegatum non capiet, hereditatem capiet, & tamen l. 4. ait, eum cum effectu non capere hereditatem quem testator dixit non mereri suam voluntatem in codicillis, vel in epistola fideicommissaria post testamentum factum. Sed facile est respondere: dicamus in hac l. 4. testatorem dixisse immerentem heredem esse, & ademisse hereditatem quantum in eo fuit addito elogio, *quod sit de me male meritus, quod non mereatur meam voluntatem.* In *l. ex parte*, nihil dixit, sed gessit tantum inimicitias cum herede. deinde opponit *l.* 1. §. *pen. D. si tab. test. nullæ ext.* si heres institutus non habeat voluntatem testatoris vltimam, vt puta, quia a testatore incisæ sunt tabulæ testamenti rupto lino, vel quia inductæ sunt & cancellatæ tabulæ testamenti, vel quia ab eodem testatore turbata sunt signa, *Si, inquit*, testator qui hoc fecit, voluit intestatus decedere, legitimi heredes vocabuntur. non vocat fiscum in locum heredis non habentis supremam eius voluntatem, sed legitimos heredes. verum vt respondeam, ponderanda sunt illa verba §. *pen.* Si voluit intestatus decedere, & ita distinguendum est: Si ideo testator vitiauit tabulas testamenti, vel cancellauit, vel rupit, vel confregit, quod iudicaret heredem indignum esse, vel immerentem, vel ingratum, fiscus vocatur. Sin vero id eo animo fecit vt intestatus decederet, legitimi heredes vocantur. Si non id fecit odio heredis scripti, vel forte quod eum indignum iudicaret, sed quod mallet postea agnatos heredes sibi esse ab intestato, hoc casu fiscus non vocatur, sed legitimis heredibus incumbit onus probandi eam fuisse voluntatem defuncti, vt in *l. pen. & vlt. D. de iis quæ in testam.* nam in dubio fiscus vocatur. Atque ita respondeo, quod vltimo loco obiicit esse facillimum ex *l. hac consult.* §. *pen. sup. de testam.* prius testamentum in quo Titium heredem scripsit, non rumpitur posteriore imperfecto, id est, non iure perfecto, nisi in posteriore scriptus sit is qui rem siue hereditatem omnino ab intestato habere potest, vel nisi sit factum iure militari, vt in *l.* 2. *de ini. rup.* ergo Titius qui est scriptus priore testamento, cum posterius est imperfectum hereditatem obtinebit, & tamen non habet vltimam voluntatem defuncti, quia defunctus voluit mutare testamentum, & vero mutauit, sed non iure rem perfecit. sic respondeo hoc ideo, quia nullum exstat argumentum ex quo colligere possis testatorem Titium indignum iudicasse hereditate sua, & quod videatur non aliter Titio voluisse auferri hereditatem quam si iure valeret quod fecit posterius testamentum. vltimum, quod notandum ad l. 4. vel ad l. 5. hoc est, quod olim obtinuit, & obtinet etiam hodie quodammodo, omnibus heredibus qui contra voluntatem testatoris faciunt auferri hereditatem vt indignis, & addici fisco, & ita scribit Paulus, 3. Sententiarum *de SC. Sillan.* & probat *l. vlt.* §. *vlt. de fideicomm. l. si periculum, ff. de statul.* nisi quæ fuerit voluntas testatoris inepta, vt si nimiam impensam fieri iubeat circa funus, vel circa sepulchrum, aut in eodem busto concremari vestes & omnia ornamenta sua, *quæ habuit charissima in vita sua*, que voluntas inepta dicitur, cui non sit parendum aut obtemperandum in *l. seruo alieno* §. *vlt. ff. de leg.* 1. & apud Lucianum in Nigrino: οἱ μὲν, ἐσθῆτας ἑαυτοῖς κελεύοντες συγκατακαίεσθαι τῶν περὶ τὸν βίον τιμίων: οἱ δὲ καὶ παραμένειν τινὰς οἰκέτας τοῖς τάφοις. Et laudanda magis est parcitas Theophrasti, in cuius testamento ita scriptum fuisse refert Diogenes Laertius: μηδὲν περίεργον περὶ τὴν ταφὴν, μηδὲ περὶ τὸ μνημεῖον, & ad eam rem pertinet etiam *l. pen. ff. de cond. inst. & l.* 5. *sup. de relig. l.* 5. *huius tit.* in ea, inquam, re funeris modus statuendus est pro dignitate & conditione defuncti, quod militaris disciplinæ est, id in funebri pompa non sequentur pagani, vt militaris disciplina, est æquum vsque ad sepulchrum duci, & armigerum peruersa arma gestare, supina etiam signa gestare non erecta, vt Virgil. *xi. lib.* *Æneidos*, in funere Pallantis.

> *Post bellator equus positis insignibus Æthon*
> *It lachrymans, guttisque humectat grandibus ora.*

Et ibidem etiam docet, omnia quæcumque virtute ornamenta sibi comparasset defunctus, ea in pompa funerum mortuum condecorasse. nec omittendum vulgo in hac l. 5. ita legi non oportere, *vt indignis heredibus successiones auferri prætextu quod in sepultura supremis iudiciis vel voluntatibus*, cum omnes libri habeant simpliciter, *supremis*, & in l. 5. de test. mil. *supremis iudiciis, il ne faut point de iudiciis*, sed tantum *supremis*, vt in *l. cum pater* §. *donationis, D. de leg.* 2. & in *l.* 3. §. *vlt. de muner. & honor.*



AD TITVLVM XXXVI.

De codicillis.



Quæstio l. vlt. est nobilissima: An is qui egit ex testamento de hereditate, si contra testamentum pronunciatum sit, possit transire ad ius codicillorum, siue fideicommissariæ hereditatis persecutionem, vel quod idem est, an quia ex scriptura, vt testamento, non potuit obtinere hereditatem, possit deinde ex eadem scriptura, vt codicillis eandem obtinere, & vindicare: Nam nihil prohibet eidem eodem testamento eandem hereditatem dare verbis directis, & verbis precariis, id est, per fideicommissum iure testamenti, & iure codicillorum, vtro maluerit vti heres institutus. Sicut eandem rem eidem constat posse relinqui directo simul & per fideicommissum: verbis directis, & verbis fideicommissariis, veluti hoc modo: *Illi do lego, darique volo l. alumnæ* 4. *de alim. leg. Do lego*, sunt verba directa: *dari volo*, precaria vel fideicommissaria verba, §. *vlt. Instit. de reb. sing. per fideicom. relic. l. illud* §. 1. *ff. de iu. codicill.* verbum, *volo*, est precarium, non directum, non imperatiuum: vel etiam hoc modo: *Quisquis mihi heres erit do lego fideique eius committo, vt det Caio centum, l. Publius, ff. de condit. & demonstr. l. quisquis, de leg.* 3. *l. Aurelius* §. *Titius ff. de liberat. leg.* Sic eadem res eidem legatur, & per fideicommissum relinquitur eadem scriptura, siue coniuncta scriptura, & eo casu in arbitrio est eius cui res eo modo relicta est, vtrū velit eam persequi, vt legatum, an vt fideicommissum: Sed si elegerit ius legati, (vt infra demonstrabitur) exemplo hereditatis, postea non potest transire ad ius fideicommissi, electionem quidem habet vtro iure malit vti. Omnis electio fit semel. Igitur post electionem mutatio consilii & variatio non admittitur, & ita etiam libertas recte datur seruo, & directo, & per fideicommissum, & in potestate est serui, vtrum ex directo, an ex fideicommisso ad libertatem peruenire velit, id est, an velit esse libertus orcinus, an libertus heredis, *l. si quis seruo, ff. de manumiss. testam.* Sed si elegerit directam libertatem, nec forte eam obtineat aduersus heredem scriptum, qui forte contendit non esse iure datam, non poterit transire ad fideicommissariam, quia peccauit in eligendo. & de se queri debet, qui elegit male: & ita etiam, quæ est inspectio huius legis, eidem eodem testamento potest dari hereditas & directo, & per fideicommissum, veluti hoc modo: *Titius heres esto*, (hæc est institutio directa) *si quo casu forte fiat, ne meum testamentum valeat, institutioque directa heredis, quisquis mihi legitimus heres erit, fidei eius committo, vt hereditatem Titio restituat.* Sic eidem relinquitur hereditas & directo, & per fideicommissum, eadem scriptura, eodem instrumento. Idem fit adiecta clausula codicillari,

codicillari, id est, si testator caueat, testamentum se etiam vicem codicillorum obtinere velle *l. 3. ff. de mil. testam.* vel si caueat, se suum testamentum omni iure valere velle: vel ἐπὶ πάσης ἐξουσίας *l. ex ea scriptura, in fi. ff. qui testam. fac. poss.* Et in testamento Gregor. Nazianzeni, *ταύτην μὲν τὴν διαθήκην κυρίαν, καὶ βεβαίαν εἶναι βούλομαι, ἐπὶ παντὸς δικαστηρίου, καὶ πάσης ἐξουσίας, εἰ δὲ καὶ ὥστε διαθήκη μὴ ἰσχύσειεν ὡς βούλησιν εἴτ' οὖν κωδίκελλον αὐτὴν ἰσχύειν βούλομαι*, id est, *hoc meum testamentum ratum & firmum esse volo in omni iudicio (etiam apud prætorem & omni iure) quod si non valeat vt testamentum, volo vt valeat vt voluntas scilicet vltima, vel vt codicillus.* hæc est clausula codicillaris, quam necesse est adiici expressim, si vis testamentum obtinere vicem codicillorum: alioquin, si sit prætermissa hæc clausula codicillaris, clausula fideicommissaria, quæ voluntas iure non valet vt testamentum, non valebit vt codicillus: adeo vt nec fideicommissa in eo relicta valeant, quia testamentum facere voluit, non codicillum, & quod voluit, non fecit iure, & quod non fecit, nec fecisse intelligitur, *l. 1. ff. de iu. codicill. d. l. ex ea scriptura, in prin. l. coheredi §. cum filiæ, ff. de vulg. substit. l. ex testamento* ꝗ. *de fideicom. l. si iure, inf. de manumiss. testam.* & in hac *l. vlt. §. illud.* Est autem, vt in legatario diximus, & in seruo manumisso, in arbitrio heredis instituti, si sit extraneus, & si sit institutus in testamento quod vice codicillorum valere possit vi clausulæ codicillaris: est (inquam) in arbitrio eius, vtrum iure testamenti, quod est ius directum, hereditatem petere velit, an iure codicillorum, quod est ius fideicommissi, qua de re etiam atque etiam deliberare debet, priusquam hoc vel illud eligat, quia post electionem res non est integra, nec pœnitentiæ locus est, si extraneus heres sit, & iure fideicommissi idem non consequetur, quod iure testamenti: Nam iure fideicommissi, siue iure codicillorum a legitimo herede dodrantem tantum hereditatis consequitur, legitimus vero quadrantem Falcidianum retinet *l. 4. ff. ad leg. Corn. de fals.* ex testamento consequitur assem, si sit ex asse scriptus. Sed quia sæpenumero testamenta multa vitia incurrunt, quæ irritum testamentum faciunt, quod sit testamentum multis periculis iuris obnoxium, quasi alligatum nimiis solemnitatibus, nimiæ diligentiæ, ideo quidam malunt, cum testamento adiecta est clausula codicillaris, id est, fideicommissaria, spreto testamento contenti dodrante, veluti ex codicillis hereditatem petere, quam nihil forte omnino consequi agendo ex testam. Sed quod eligant potius etiam atq; etiam videant: nam electo testamento licet ex eo rem non obtinuerit, non potest transire ad persecutionẽ fideicõmissi, vel etiam omissa semel in medio causa testamenti semel inchoata, non potest migrare ad causam codicillorum, & videtur elegisse causam testamenti, vt declarat hæc lex vlt. quæ multa continet. Is qui petiit bon. poss. secund. tab. videtur elegisse testam. vel qui petiit bon. poss. secundum nuncupationem testamenti, cum testam. constat sine scripto vt in *l. 2. sup. de bon. poss. secund. tab. l. si ita scriptum, §. vlt. D. eod. tit.* est vtilis bon. poss. ea, quæ est secundum nuncupationem, quia iure prætorio directo non datur bon. possessio nisi secundum testam. scriptum & obsignatũ 7. testiũ signis. ergo quæ datur secundum testam non scriptum .i. secundum nuncupationem, est vtilis, siue decretalis, non directa, & edictalis bon. possessio. Additur in hac *l. vlt.* eum etiam videri elegisse testam. qui petiit cæteras similes bon. possessiones. Quid hoc est? Non est tantum bon. possessio secund. tab. iure perfectas, vel secundum nuncupationem iure perfectam, sed & secundum testamentum militis quoquo iure factum, de qua est titulus specialis *de bon. poss. ex testam. mil.* & bon. possessio secundum gesta municipalia, cum quis apud gesta municipalia testatus est vt in *l. omnium sup. de test. & Nouel. 1. Valent. de test.*

A Item bon. possessio secundum voluntatem testatoris vtilis non directa, quę datur ex æquo & bono, cum nomen heredis post consummationem testamenti viuo testatore inconsulto & incaute deletum est, vt in specie *l. vn. ff. si tab. test. null. ext.* Videtur etiam elegisse testamentum, & neglexisse codicillos, qui omissa bon. possessione oblato testamento, postulant ex edicto D. Hadriani se mitti in possessionem rerum hereditariarũ, quas moriens possedit, quod & proponitur in hac *l. vlt.* Atque ita electo testamẽto, postea non potest transmigrare ad ius codicillorum, sit sit extraneus heres, cui vtriusque iuris potestas siue electio delata est eodem testamento vltima voluntate. Nec hæc constitutio caret exemplis: nam videmus eum, qui agnouit testamentum, & quoquomodo probauit iudicium defuncti, postea

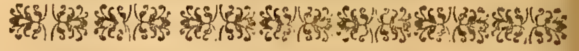
B mutato consilio non admitti ad querelam inofficiosi, *l. si pars §. vlt. l. nihil interest, l. si ponamus §. 1. l. si is qui, in fi. D. de inof. testam.* non admittitur quoque ad bonor. possessionem cont. tab. qui semel approbauit testamentum, *l. & si ex medica, in fin. & l. seq. D. de bon. lib.* Videmus etiam patronum, qui elegit munera & operas liberti, qui eas prætulit successioni liberti, non admitti ad bonorum possess. cont. tab. *l. 2. sup. de bonor. poss. contra tab.* quæ lex est pars huius *leg. vlt.* sicut lex vlt. C. Theod. de inoffic. testam. quemadmodum apparet ex *l. vltima. C. Theod. de testam. & codicill.* Videmus etiam mulierem, quæ elegit legatum sibi relictum testamento viri pro dote, ex edicto quod dicebatur *edictum de alterutro*, postea non admitti ad petitionem dotis, de quo in *l. vnica §. 1. sup. de rei vxor. act.* Et ita non est nouum quod cauetur hac *l. vltima*, vt heres institutus, qui elegit causam testamenti, ex-

C cludatur a causa codicillorum, repellatur a causa codicill. & fideicommiss. Multa tamen huic definitioni obiiciuntur, quæ diluere facile est. Primum *l. & an. eadem §. actiones D. de except. rei iudic.* Eadem res mihi debetur ex pluribus causis, pluribus obligationibus, & cautionibus, si ex vna cautione egero, nec obtinuero, non prohibebor postea agere ex alia. quid mirum cum agam ex alia causa & cautione? in hac specie *l. vltim.* ago ex eadem scriptura, ex eodem instrumento, & quam causam semel cepi pro testamento, nunc mutato consilio si velim accipere pro codicillis non admittar: quia ex eodem instrumento ago, ex quo egi antea. Eodem modo nihil etiam obstat *l. eum qui, sup. de inoffic. testam.* quæ ait, eum qui egit de falso testam. & non

D obtinuit, postea posse agere de inofficioso, & e contrario eum qui egit de inofficioso, postea posse agere de falso. Primum, hoc ius tantum procedit in liberis & parentibus qui soli recte agunt de inofficioso testamento, & qui excipiuntur a constitutione huius *leg. vltim.* Deinde etiamsi alii, quam parentes, aut liberi agant de inofficioso testamento, puta nemine eos repellente, tamen apertum est, esse aliam causam falsi, aliam inofficiosi testamenti, cum tamen eadem sit causa, qua agitur de hereditate siue agatur ex directo, siue ex fideicommisso. Nempe causa summa est iudicium defuncti, quod vtique semper sequitur & spectatur, qui vel hoc, vel illo iure agit. Et multo minus obstat *l. 3. sup. de petit. hered.* quæ dicit, peti-

E tam hereditatem materteræ non infringere alterius hereditatis petitionem ex alia successione. Vbi ex Græcis ita ponenda est species: Matertera mea possidet hereditatem matris meæ pro herede, vel pro possessore, quæ ad me pertinet: & moritur matertera me præterito in suo testamento, id est, exheredato. Ago querela inofficiosi contra testamentum materteræ quæ in eodem me prætermiserit, atque ideo exheredauerit, deinde non obtineo: recte agam de hereditate matris meæ, quia de alia hereditate ago, de alia successione. At cum ago ex directo, deinde ex fideicom-

misso, de eadem hereditate ago. quod si vno iure persequutus non obtinuero, nec alio iure obtinebo, quia eadem res est, & idem instrum. & eadem persona, & in quâ ago. Sed vt dixi, hac *l. vlt.* repellitur tantũ variatio heredis extranei: Nam in liberis & parentibus permissa est, siue agnati, siue cognati sint: nam liberi & parentes alij sunt agnati, alij sunt cognati. Mater & auus maternus mihi sunt cognati, non agnati: pater mihi agnatus, & ego vicissim patri, si in eius potestate sim: nam emancipatus patri cognatus est non agnatus. At in hac *l. vlt.* excipiuntur ab ea fine discrimine liberi & parentes siue agnati sint, siue cognati, cum tantum locum habeat in extraneis, & separentur ab ea liberi & parentes siue agnati, siue cognati, sed agnati vsque ad quartum gradum, id est, ad abnepotem vel abauum: cognati vsque ad tertium gradum, id est, ad pronepotem vel proauum: his vsque ad eum gradum permittitur B transire ad ius codicillorum electo prius testamento, si testamento exheredatus sit is, qui est proximior ab intestato, & illi liberi, aut parentes remotiores sint instituti: Nam si liberi aut parentes instituti erant proximiores ab intestato, certum est eos, rem omnimodo habituros, siue elegerint testamentum, siue non, *l. mater, D. inoffic. test. l. legitimam, D. de petit. hered.* Et ratio differentiæ inter extraneos heredes vt non possint variare, & liberos aut parentes hæc adfertur in hac *l. vlt.* quod extranei veniant ad aliena bona: liberi & parentes quasi ad sua bona, aut quasi ad debita sibi iure sanguinis, iure necessitudinis: non sunt arctandi, & adstringendi nimis, qui pene ad propria bona veniunt, *l. 1. §. largius, D. de successor. edict.* Ideoque cum agitur C de bonis paternis inter fratres, prætor variantem filium non repellit *l. nonnunquam, de collat. bonor.* Nam vt in persecutione rei omnino meæ, liberum est mihi variare, & subinde hoc modo hoc, illo modo eam persequi; ita & in persecutione rei quasi meæ, fictio iuris imitatur veritatem: eademque ratione institutis liberis aut parentibus vsque ad tertium gradum, legata quæ legatarii non capiunt, non fiunt caduca, quæ tamen fierent caduca institutis extraneis, sed remanent apud liberos, & parentes heredes institutos, *l. vn. §. & cum lex inf. de caduc. toll.* Et eadem ratione liberis & parentibus remittitur onus siliquarum inferendarum curiæ ciuitatis, quoties non curiales curialibus successerunt *l. 1. in fi. de impon. lucrat. descript. lib. 10.* Et similiter liberis & parentibus fuit vectigal vicesimæ hereditatis remissum: D quia (vt ait Plinius in Panegyr.) ad eos hereditates videntur pertinere vt suæ, semperque possessæ, vt sit impium nominibus liberorum & parentum inferere fiscum publicanorum dispensatorem, siue promagistrum vicesimæ hereditatum, vt vocatur in antiquis inscriptionibus: & merito igitur electo testamento possunt eæ personæ transire ad fideicommissum, vt bona quæ sunt quasi sua quoquo modo obtineant: Nec enim captant lucra, sed debita quasi sua. Nec obstat, quod diximus supra, eum qui elegit testamentum, non posse postea transire ad querelam inofficiosi, quæ dari tantum solet liberis & parentibus, *l. 1. D. de inoffic. testam.* Nam absurdum est, licere eidem euertere testamentum per querelam, quod sciens approbauit semel & agnouit *l.* E *nam absurdum, de bon. libertor.* At qui agit ex fideicommisso, cum ante agere cœpisset iure directo, interclusa ea recte via, vel deserta: neque hoc, neque illo modo potest dici euertisse iudicium defuncti: immo approbasse potius vtrumque, licet non eodem iure, non eodem titulo: Sed vtroque semper sequitur iudicium defuncti, qui vel ex directo agit de hereditate, vel ex fideicommisso: Ideoque si sit ex liberis aut parentibus potest vtroque iure experiri, quia vtroque modo sequitur iudicium defuncti: sed protestari debet, se ex altero tantum iure, prout iudex arbitrabitur, velle consequi quod ad eum pertinet, aut ad eum pertinere videbitur *l. 1. §. qui autem, D. quod legat.* & ita filius, qui egit de falso testamento, postea recte agit de inofficioso, imo simul de vtroque, sub protestatione, vel alternatione, quia vtriusque iudicij idem est finis, nempe euersio testamenti: Nec alium finem habet qui dicit falsum testamentum, quam qui inofficiosum: vtriusque idem est scopus. Et hæc est definitio huius quæstionis.



AD TITVLVM XXXVII.

De legatis.



Ost testamenta & codicillos, dat legata, quod hæc & testamento reliquantur, & codicillis testamento confirmatis. Legatum est quod verbis directis ab herede instituto testator coheredi, vel alii relinquit: verbis, inquam, directis, quæ ciuilia dicuntur, & legitima & imperatiua, *l. vlt. sup. de testam. tut. l. pen. de testam. manum. l. quoniam sup. de testam.* vnde Vlpianus *libro regul. tit. 24.* deducere videtur nomen legati, quod legis modo, id est, imperatiue relinquatur: puta, *Capito, sumito, recipito, habeto, heres meus dare damnas esto.* Quâ forma loqui solent leges. fideicommissum autem verbis precariis relinquitur. legatum est imperatiua voluntas, directa voluntas, fideicommissum precaria. Et olim verba directa erant latina, & certa, solemniaque: hodie etiam Græco sermone relinqui potest: olim non nisi latino. Denique totum testamentum hodie etiam Græco, vel alio sermone conscribi, vel nuncupari potest *l. hac consultissima §. vlt. sup. de testam. l. vlt. sup. de testam. tut. l. pen. j. de manumiss. testam.* Et legari hodie etiam potest quocunque verbo latino, *d. l. quoniam, & l. 21. h. tit.* etiam si sit minus solemne verbum, minus legitimum, quod scilicet non vsurpent leges, etiamsi sit inusitatum, & μιξοβάρβαρον, quo fere omnia testamenta hodie videmus esse conscripta, vnde litium seges. Et quod idem Vlpianus scribit eod. lib. *tit. 19.* legato dominium adquiri ex l. 12. tabul. *Pater familias vti legassit,* &c. confirmat etiam lex *quoties §. vlt. D. de pecul. & l. 7. hoc tit.* quæ docet, legati duobus relicti disiunctim & separatim per vindicationem, aut vni per præceptionem, alii per vindicationem, eis dominium adquiri concursu, id est, per concursum factis portionibus, si vterque legatum amplecti velit. Et notandum etiam hoc de legatis dictum, in fideicommissis aliud esse: nam in fideicommisso possessio, non dominium adquiritur *leg. qui vsumfructum, D. si vsusfruct. pet.* dominium possessionis, vt est accipienda *l. 42. sup. de vsur.* non dominium proprietatis: quia fideicommissa non sunt iuris ciuilis: nec ius ciuile ea nouit, cum cœperint tantum ex temporibus D. Augusti: denique non proficiscuntur ab ipso iure ciuili, id est, a iure 12. tab. quod est fundamentum iuris ciuilis & fons: sed proficiscuntur a nuda voluntate relinquentis, quam tuetur Prætor. Addamus his, legatum præstari ab herede instituto qui adiit hereditatem, sine mora, sine laxamento temporis, si sine die, vel conditione relictum est. Et mora fieri videtur, cum legatum non datur postulanti, vt ait Paulus *in fine 3. sentent.* & ex mora debentur vsuræ, aut fructus legati, vel fideicommissi: nam & in fideicommissis idem iuris est, vt præstentur incunctanter, & sine frustratione vlla vt in *tit. 47. inf.* Et hoc vsque adeo verum est, vt etiamsi heredi instituto, a quo legata relicta sunt, id est, cui onus præstandorum legatorum iniunctum est, si inquam ei fiat controuersia hereditatis, etiamsi falsum testamentum dicatur, ex quo hereditatem adiit, tamen debeat statim postulantibus

stulantibus legatariis præstare legata, & fideicommissa pendente lite, pendente accusatione falsi testamenti, modo ita ei caueatur, euicta hereditate, legata restituiri cum omni sua causa, id est, cum vsuris & fructibus *l. vlt. sup. de petit. heredit. l. 9. hoc tit.* quam exponamus. In hac *l. 9.* primum velim antiquum verbum reponas, *Restituiri*, ex vetustioribus libris, & ex formula cautionis, quæ est in *l. pen. D. si cui plus, quam per leg. Falcid.* vt ita legas: *interposita cautione* (hæc est formula cautionis huius) *si euicta fuerit hereditas ea restituiri*, non *restituturum*. Quod verbũ antiquum est etiam frequentissimum in omnibus cautionibus, sicut & in Digestis occurrunt sæpe verba similia: *Reddituiri*, *datuiri*, *traditmiri*, *præstituiri*, *defensuiri*, *actuiri*. Et quod plerisque videtur, vt Antonio Augustino, non esse ferendum, in *l. fideiussor. §. pater, de pign. Metuiri*, quod B pro ratione superiorum verborum, videatur potius dicendum *Metutuiri*, cum tamen studio breuitatis, & εὐφωνίας certe maluerit dicere, *Metuiri*: Namque studium tale hæc peperit compendia. Inuenio & Iulium Seuerianum antiquum Rhetorem, ita legere, quod nondum quisquam emendauit, in illo loco Ciceronis in prætura vrbana: *Quis hoc non perspicit præclare nobiscum actuiri, si popul. Rom. istius vnius supplicio contentus fuerit?* Ergo reponas, restituiri, & hic caue existimes in hac *l.* quod vulgo omnes volunt, agi de duabus cautionibus: de cautione euicta hereditate legata restituiri, & de cautione, quæ dicitur cautio legis Falcidiæ *l. 70. ad leg. Falcid.* quod interponatur seruandæ Falcidiæ causa quoties heres soluit legatum nondum bene subducta ratione bonorum, legatorum, & æris C alieni: cuius formula hæc est: *Quod amplius legatorum nomine, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis, restituiri.* Vt scilicet hæc cautio posterior interponatur, si heredi non fiat hereditatis controuersia: illa prior interponatur, si fiat heredi controuersia hereditatis. Nam hæc differentia falsa est: quandoquidem & illa cautio, euicta hereditate legata restituiri, interponatur, & præstatur heredi, qui soluit legatum, non tantum si patiatur controuersiam hereditatis, sed & si speret, aut metuat, & ex quacunque iusta causa & probabili, non tamen temere, ne legatarius oneretur cautione superuacua, *l. 3. §. si legatarius, l. 4. in princ. si cui plus quam per leg. Falcid. l. Iulian. §. Marcel. ff. ad exhibend. l. quod si possessor D. de petit. heredit.* Sicut transigit etiam quis recte de re aut negotio aliquo D non tantum si controuersiam patiatur, sed etiamsi speret, aut vereatur *l. 2. sup. de transact.* Et præterea l. 9. loquitur tantum (quantum ex verbis apparet, & nisi ea liceat calumniari) de ea cautione, si euicta fuerit hereditas, legata restituiri. Et hoc vult, quod etiamsi hæc cautio nonnunquam præstetur nulla mota controuersia, vt supra ostendi, non ideo minus præstabitur mota controuersia, puta dicente aliquo testamentum falsum, imo vero tum magis præstabitur, & ita lex 9. est accipienda. Quod autem in definitione nostra legati, notaui etiam a coherede coheredi legatum relinqui, sciendum est, id quod ita relinquitur, appellari proprie prælegatum, præcipuum, & præceptionem, quod habeatur & capiatur extra partem hereditatis præcipuo iure, & antequam diuidantur bo- E na inter coheredes. Et huius præceptionis natura hæc est, vt cui relicta est, pro parte sua hereditaria ex qua institutus est, præceptionem capiat iure hereditario, pro parte coheredis iure legati, quod pro parte sua non possit præceptionem accipere iure legati, quia nihil a me ipso mihi potest legari, ne idem sim & legatarius, & debitor legati: denique heres prælegati partem capit iure hereditario ex sua persona; eamque possidet pro herede: partem autem capit iure legati ex persona coheredis: Et ideo hanc non imputat in Falcidiam: illam imputat *l. in quartam 91. ff. ad leg. Falcid. l.* Cod.

A *filium, supra, famil. ercisc.* Et inde sumitur materia dubitandi *l. 12. hoc tit.*

Ad L. XII.

Lex est singularis propter responsum Papiniani in ea relatum, quod alibi non exstat. Quæstio est, an heres ex parte institutus, cui & aliquid legatum est per præceptionem, si repudiauerit portionem hereditatis, ex qua est institutus, possit vindicare prælegatum, siue præceptionem? Quærendi & ambigendi causa duplex est. Primum, quia absurdum est hereditatem scindere, id est, partem agnoscere, partem repudiare, *l. vn. §. his ita, inf. de caduc. toll.* Et videtur scindere hereditatem, qui omittit partem sibi ascriptam, & totum prælegatum B amplectitur: quia pars prælegati, est pars hereditatis. Altera hæc est, quia qui repudiat hereditatem, videtur impugnare iudicium defuncti: ideoque quatenus in eo est, intestatum defunctum facit deserto testamento, id est, repudiata hereditate: & qui impugnat iudicium defuncti, indignus est ex eo quidquam consequi, *l. Papinianus §. meminisse, ff. de inoffic. testam. l. si patroni 55. §. quid ergo, ff. ad Trebell.* hæ sunt duæ rationes dubitandi, quibus non mouetur Papinianus, quin respondeat, præcise heredem ex parte scriptum, qui repudiauit hereditatem, integrum legatum præcipere, quia scilicet (vt respondeamus primæ rationi) tunc cum repudiauit hereditatem, totum prælegatum videtur a coherede capere iure legati, non partim iure hereditario, partim iure legati, vt *l. qui filiabus 17. §. vlt. & l. seq. l.* C *quæsitum §. duobus, de legat. 1.* Qua ratione etiam ei cui aufertur hereditas vt indigno, non semper etiam aufertur præceptio, vllaue præceptionis pars, *l. cum quidam, l. eum qui §. vlt. ff. de his, quæ vt indign.* Et ita constitui sane melius est, ne dum non vis scindere hereditatem, eueniat vt scindas legatum, quod est æque absurdum, *l. 4. de legat. 2.* Nam id testator voluit integrum præstari, nec diuidi voluntatem, & liberalitatem suam. Et hoc ita est omnino, præsertim si is qui indignus est de hereditate, puta, quod eius tantum nomen testator deleuerit data opera, non sit etiam indignus præceptione, quam non induxit, non deleuit, sicut institutionem: Nam si vtroque sit indignus, vtrumque ei auferetur, vt si non sit vltus necem defuncti, quod est ingratitudinis & impietatis crimen, ei & he- D reditas aufertur & prælegatum, *l. si sequens §. 1. ff. de Senatusconf. Syllan.* Itemque si falsum testamentum dixerit, vel inofficiosum, nec obtinuit: Nam & huic omne commodum aufertur, omne lucrum proueniens ex testamenti causa, quod non ita fiet, si iniustum testamentum dixerit, id est, non solemne, & non obtinuerit, quoniam hic disputauit de iure, id est, dixit in testamento non esse obseruata solemnia iuris: non etiam impugnauit iudicium defuncti, sicut qui dixit falsum, vel inofficiosum. Qui dicit iniustum, ducitur studio tuendi iuris, ne quod testamentum admittatur iniustum: qui falsum vel inofficiosum dicit ducitur studio impugnandi testamenti: & hoc ita demonstratur in *l. post legatum § pen. & l. seq. de his, quæ vt indig.* Et ita etiam (vt respondeam secundæ rationi) is qui repu- E diat partem hereditatis, id non facit vt impugnet testamentum principaliter, non animo impugnandi testamenti, vt non sit propterea indignus præceptione integra, siue prælegatione, quia hoc facit prouidentia quadam, vt sibi bene consulat, ne se implicet per aditionem negotiis & molestiis hereditariis, *l. filio 87. de legat. 1.* Quod & lex *quid ergo 90. eod. tit.* ait fieri prouidentia quadam. Merito igitur Papinianus respondit *d. l. 12.* eum qui repudiauit hereditatem, posse integram præceptionem vindicare, quia non scindit hereditatem, imo legatum scinderet, nisi id integrum vindicaret, & quia repudiando hereditatem, non vi-

detur impugnasse testamentum: nihil denique fecisse videtur, quo sit iudicandus indignus integro prælegato, quod mauult, quam hereditatem. Neque obstat *l. vlt.* §. *vlt. D. de dol. except.* ad quam vt nihil amplius addam, Accursius respondet rectissime quem consulatis. Non obstat præterea lex *miles* §. *vlt. D. de legat.* 2. ex qua etiam in contrarium efficiunt, eum qui repudiauit hereditatem, integrum prælegatum non transmittere ad heredem suum: quia vt perspicue respondeam, illa lex non loquitur de eo qui repudiauit hereditatem, sed de eo qui decessit inter deliberandum; hic quia nondum in eo res fuit, vt totum legatum ad eum pertineret, quia deliberans decessit, transmittit tantum prælegatum in suum heredem pro parte coheredis: portio hereditatis, quæ est in prælegato, accrescit coheredi. Neque obstat *l. apud* §. *si quis ex vncia, D. de dol. except.* Nam consentit omnino cum Papiniano, præterquam in posteriori parte, cuius species hæc est: Heredem, cui relictum erat prælegatum, pretium accepisse hereditatis a substituto vt repudiaret hereditatem: is reipsa non repudiauit, licet repudiauerit, quia habet pretium, & ideo si integrum prælegatum petat, repellitur, quia reipsa non repudiauit hereditatem. Neque etiam obstat *l. si non solus* §. 1. *ff. si quis omis. caus. testam.* quia ibi non loquitur de eo qui repudiauit simpliciter hereditatem, sed de eo qui dolo malo repudiauit hereditatem sibi delatam ex testamento, vt eam haberet ab intestato, cum esset ex proximioribus agnatis, in fraudem scilicet testatoris & legatariorum, vt legata intercciderent, non prouidentia sui commodi, aut onerum hereditariorum deuitandorum, sed malitia quadam: atque ita impugnauit testamentum, & ipsemet patitur fraudem quam aliis intentabat, vt scilicet ex testamento non ferat prælegatum, qui causam intestati sequi maluit, vt in *l. quidam, eod. tit. l. bonorum, D. de legat. præstand.* Falcidiam tamen fert ex legatis: quia Falcidia capitur iure intestati, *l. filius famil. ff. ad leg. Falcid.* Neque postremo obstat *l. si patroni* §. *quid ergo ff. ad Trebellianum*, vbi ostenditur, eum qui recusauit adire hereditatem, vel qui eam repudiauit, quam erat rogatus restituere alteri, si coactus adierit, & restituerit, amittere Falcidiam, & prælegatum. Ratio hæc est, quia adiit alieno periculo sine metu onerum: nemo enim cogitur adire suo periculo: alieno cogitur. Nos autem loquimur de eo qui repudiauit, cum non posset adire sine suo periculo. Atque ita dissolui omnia, vt puto, huic legi contraria. Reliquas leges de legatis cras absoluam.

Ad L. I. III. XI. XVII. XXII. & XXV.

OBseruandum hoc vno titulo multa contineri, quæ in Digestis in varios titulos dispertita sunt: nam & hic agitur de annuis legatis, de quibus proprius titulus in Digestis, & similiter de alimentis legatis: & de adimendis legatis, & de legatis quæ vt indignis auferuntur. De annuis legatis est *l.* 22. Annuum legatum, aut fideicommissum est simile vsufructui, quia finitur morte, & ad legatarii heredem non transit, id est, cohæret personæ legatarii, aut fideicommissarii, *l.* 4. *l. in singulis, ff. de annuis legatis. l. patrimonii, ff. de vsufructu legato*, nisi scilicet etiam heredi relictum sit hoc modo: *Titio & heredi eius annuos aureos decem heredem meum dare iubeo.* Quo casu *l.* 22. declarat *heredis* appellatione, contineri etiam heredem heredis, & omnem successorem in infinitum: Quod tamen locum non obtinet in vsufructu legato, *Titio & heredi eius.* Et est hac in re dissimilitudo inter legatum annuum, & legatum vsusfructus: Nam annuum, quod legatum est certæ personæ & heredi eius, pertinet ad heredem heredis, & insequentes omnes heredes, qui aliis alii superueniunt, vt vnda superuenit vndam, vt inquit ille de heredibus loquens. Vsusfructus autem legatus a Titio, & heredi eius, pertinet tantum ad heredem proximum, non ad sequentes deinceps ex *l. antiquitas sup. de vsufr.* quia si vsumfructũ extenderes ad omnes successores, inutilem faceres proprietatem nudam, semper abscedente vsufructu. Non potest vsusfructus semper abesse a proprietate: alioqui inane esset & vanum proprietatis nomen. Vsusfructus nullus est perpetuus: aut certe plena proprietas est potius, quam vsusfructus: Et ita si quis forte vellet vsumfructum transire a fructuario ad omnes successores fructuarii, proculdubio dicerem hunc nomine *vsusfructus*, intellexisse plenam proprietatem, & non vsumfructum. Sicut quum quis ab herede fructuarii legat rem, id est, proprietatem, cuius vsumfructum legauit, sane videtur sub appellatione *vsusfructus* proprietatem legasse, cum ab herede eius proprietatem, id est, rem ipsam per fideicommissum reliquerit, *l. vlt. D. de vsuf. earum rerum quæ vsu consum. l. species, ff. de aur. & arg. leg. l. filios, ff. de vsufr. leg.* Et simili ratione alia existit differentia inter legatum annuum, & legatum vsusfructus: Nam legatum annuum relictum Ecclesiæ, templo, collegio, vel Reipublicę, in perpetuum debetur, *l. 6. l. annua* §. *vlt. l. antepen. l. pen. ff. de annuis legatis. l.* 45. *quæ est Græca sup. de episcopis & clericis.* Aliud est dicendum, si vsusfructus legetur Ecclesiæ, vel Reipubl. vt legimus apud Capitolinum, Diuum Pium patrimonium priuatum in filiam contulisse, sed fructus Reipublicæ donasse. Vsusfructus legatus Reipublicæ, non potest esse perpetuus; aut certe non est vsusfructus, sed proprietas plena. Ideoque placet vsumfructum legatum reipublicæ finiri centum annis: quoniam is est finis longissimus vitæ humanæ, *l. an vsusfructus, ff. de vsufructu, & l. si vsusfructus, ff. de vsufructu legato.* Comparatur Respublica homini: & ideo spectatur quantum temporis homo per rerum naturam longissime viuere possit, vt tanto tempore Respublica, quasi morte amittat vsumfructum, & finis dicitur vitæ longæui hominis esse centum annorum: licet Mathematici apud Trebellium Pollionem *in Claudio* dicant, homini ad viuendum datum esse 120. annos: nec amplius cuiquam iactant esse concessum, etiam addentes, Mosen solum Dei familiarem, vixisse 125. annis, qui cum quereretur, quod iuuenis interiret, responsum ei ab incerto ferunt numine, neminem plus esse victurum. Quod si forte quis in perpetuum legaret, in omne æuum vsumfructum, plane hunc dicerem abusũ nomine vsusfructus, & solidam proprietatem videri legatam. proprie enim vsusfructus omnis temporarius est. Longe alia ratio annui legati, annuæ pensionis, quæ potest esse perpetua. De alimentis legatis est *l.* 1. *hoc tit.* de alimentis quæ testator legauit libertis suis, *quoad cum Claudio Iusto morarentur*: quæ verba: *Quoad* accipiuntur pro conditione, id est, si cum Claudio Iusto morarentur, habitarent: & mortuo Claudio viuo testatore, proculdubio legata debentur libertis post mortem testatoris. Ita accipienda *l. annua, in princ. de annuis legat*: quia non stat per libertos, quo minus habitent cum Claudio, cum quo dicunt se libenter habitaturos, si superuixisset. Atqui mortuus est eo tempore, quo conditio impleri non potuit, nempe viuo testatore, qui post mortem suam demum eos voluit insimul habitare: mortuo autem Claudio post mortem testatoris etiam *l.* 1. *hoc tit.* ostendit, & *l. Caio* §. 1. *de ann. legat.* in qua proponuntur verba eadem huius *l.* 1. Dicitur (inquam) vtroque loco, mortuo Claudio post mortem testatoris deberi alimenta libertis. hoc ita accipiendum est, ne quis fallatur, Si liberti conditioni paruerint, conditionem impleuerint, id est, si post mortem testatoris aliquanto tempore cum Claudio morati sint: vel si per eos non stetit, quo minus fieret, sed per Claudium, forte

forte qui eos exclusit, quo casu conditio habetur pro impleta, id est, cum non per eum cui adscripta est, sed per eum in cuius persona implenda est, stat quo minus impleatur, *l.* 1. *sup. de instit. & substit. l. in omnibus causis, D. de regul. iuris*. Ergo si post mortem testatoris liberti potuerint demorari cum Claudio, *demourer*, nec demorati sunt, licet Claudius postea decesserit, non debentur alimenta eis, quia intelligitur defecisse conditio in eis. Sed si cum Claudio morati sunt, impleta conditione legati, legata eis debebuntur, quandiu viuent etiam post mortem Claudii. Hæc est sententia *l.* 1. cui etiam addendum est, ita demum locum esse, si alimentariorum, id est, libertorum gratia testator eis adcripserit habitationem certam: puta, vt apud Claudium habitarent, forte heredem suum. Proponitur in hac *l.* 1. testatorem legasse libertis suis alimenta & vestiarium, & in *l.* 16. *in prin. D. de aliment. legat.* Sed & si alimenta legauerit simpliciter, videtur & legasse vestiarium & habitationem: quia sine iis ali corpus non potest, sine iis tolerare hanc vitam non possumus. Immo vero, quod mirum est, si legauerit alimenta simpliciter, ex voluntate defuncti etiam continetur disciplina, quod est suauissimum alimentum animorum, *l. legatis & seq. & l. vlt. eod.* Verum in hac specie testatrix, quæ libertis legauit alimenta & vestiarium, alimenta rudius pro cibariis tantum accepit. Denique alimentorum appellatione nec vestiarium complexa est, cum adiecerit specialiter vestiarium, nec habitationem, cum legato conditionem adscripserit, vt liberti habitarent apud Claudium: quam si adiecerit propter legatarios siue alimentarios, vt haberent vbi habitarent, vt certam eis habitationem designaret, sane etiam post mortem Claudii apud quem eis præscripsit vt habitarent, alimenta eis debebuntur, & ita ponendum est in specie *l.* 1. & attigit Accursius, designatam fuisse & indictam habitationem ipsorum alimentariorum gratia, vt non cibaria & vestiaria tantum haberent, sed & habitationem certam: Nam aliud omnino dicendum erit, si propter Claudii vtilitatem testator edixit, vt libertis præstarentur alimenta si habitarent cum Claudio, puta, vt ei essent in obsequio, in ministerio, in actus administratione, & interim alerentur: Nam hoc casu, Claudio de medio sublato finietur legatum quod libertis relictum est contemplatione Claudii, vt ei Claudio vsui essent, *l. illis libertis, ff. de condit. & demonst.* De adimendis legatis agitur *l.* 3. 11. & 17. Adimuntur legata eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis, vel pure, vel sub conditione, vt & dantur, *l.* 17. *hoc tit.* dum tamen adimantur eo modo, quo data sunt, vt olim obtinuit: nam si ita sint data: *Do lego*, ita sunt adimenda. *Non do, non lego*, sin autem ita: *Heres dato*, ita adimenda, *heres non dato*, vel etiam, vt hodie obtinet, adimuntur quibuscunque verbis: Nam vt olim certis conceptisque verbis dabantur, & adimebantur: ita hodie quibuscunque & dantur & adimuntur, & vel adimuntur ipso iure, vel ope exceptionis. Ipso iure, si nominatim. Ope exceptionis si nuda, tacita & præsumpta voluntate, coniectura voluntatis, vt puta susceptis cum legatario grauissimis & capitalibus inimicitiis, *l.* 3. §. *vlt. l. ex parte*, *l. cum seruus, D. de adimend. leg.* Opus est exceptione, quod contra voluntatem legatarius petat, si legatum non sit ademptum nominatim. Et hoc etiam distat legatum a fideicommisso: nam fideicommissa etiam nuda voluntate adimuntur, & etiam codicillis non confirmatis testamento: & nuda tacita voluntate videtur adimere legatum, puta relictum filiæ, qui rem ei legatam, postea pro eadem dat in dotem, *l.* 11. *hoc tit.* sicut si quis rem legatam alii donet, vel si eam vendat alii, modo vendat sua sponte, non vrgente necessitate, *l. cum seruus, & l. rem legatam D. de adim. legat. & l. fideicom.* §. *si rem, de legat.* 3. non tamen videtur ademisse legatum, si rem legatam dedit pignori creditori suo, & ita definitur in *l.* 3. *hoc tit.* cuius testimonio etiam vtitur Iustinianus in §. *si rem, Inst. de legat.* Ergo qui rem legatam pignori, vel hypothecæ dat, non videtur mutasse voluntatem ex sententia *l.* 3. cui valde obstat *l. si maritus sup. de donat. inter vir. & vxor.* cui similis est lex, *cum hic status* §. *si maritus, ff. eod. tit.* Nec scio an quisquam possit legem 3. in concordiam adducere cum §. *si maritus.* Loquitur de re donata vxori, quæ donatio ab initio non valet, sed morte confirmari potest, sicut legatum morte confirmatur, nec statim vires accipit a testamento. Donatio inter virum & vxorem confirmatur morte, si in eadem voluntate perseuerauerit donator ad mortem vsque, ex oratione D. Antonini, quare recte dicitur, eam donationem factam inter maritos, legati aut fideicommissi partibus fungi, ac proinde subiici Falcidiæ, *l. in donationibus, inf. ad leg. Falcid.* Cum igitur sit instar legati, cur sicut res legata non videtur adimi, si eam testator creditori suo oppignorauerit, idem non statues in re donata coniugi? cur vis, vt videatur donator mutasse voluntatem, qui rem donatam vxori pignori dat? Non potest idonea adferri ratio diuersitatis, tamen quidam tentant adferre, sed non quo genere expleri possit animus. & vbi non est idonea ratio diuersitatis, idem ius statuendum, vt eleganter ait *l.* 3. §. 1. *de iniu. rupt. testam.* quamobrem deinde etiam Iustinianus in *Nouel.* 162. abrogat *l. si maritus*, idemque ius vult esse in donatione inter virum & vxorem quæ legati partibus fungitur, & in legato, vt neutrum videatur ademptum, quasi mutata voluntate, si res donata, vel legata, pignori vel hypothecæ detur, *d. Nou.* Addit lex 3. hoc titulo, heredem a quo legatum relictum est, licet post testamentum rem legatam testator oppignorarit, debere eam luere, & præstare liberam legatario, etiamsi actio in personam electa sit, quod notandum, id est, etiamsi legatarius malit petere legatum per actionem in personam, id est, actionem ex testamento, debet ei heres rem liberam præstare, id est, pignore solutam, ex quo apparet legem 2. pertinere ad legatum per vindicationem, quod peti potuit, vel actione in personam, vel in rem, *l. cum filius* §. 1. *de legat.* 2. *l. huiusm.* §. *vlt. & l. seq. & l. si seruus* §. *cum homo, de legat.* 1. nam ante Iustinianum, legatum damnationis petebatur tantum per actionem in personam. & ei quidem qui agit in rem, si vicerit, res libera restituenda est, quia rem suam petit, & vindicat, vtque optimo iure est, & optima conditione, immunem, liberam, optimam maximam petit, quod non ita petit qui agit in personam, id est, qui intendit rem certam sibi deberi. nam hic rei qualitatem non attingit, & tamen vt ait lex 3. etiamsi in personam agatur non in rem, res præstanda est optimo quoque iure, & optima conditione quaque, non obligata, sed immunis.

Ad l. V. & VIII. & pen.

De legatis, quæ vt indignis auferuntur est *l.* 5. 8. & *pen.* lex 5. loquitur de portione hereditatis legata: Nam placet, portionem hereditatis posse legari, puta vnciam, aut sextantem hereditatis, *l. mulier* §. *vlt. ff. ad Trebell.* quod satis mirum est, vt ex vncia scriptus pro legatario habeatur, cum vnciarum nomina solis heredibus scriptis imponantur ad designandas portiones hereditarias, puta vno scripto ex vncia, alio ex besse, alio ex triente: Sed e contrario euenit etiam aliquando vt heres scriptus habeatur pro legatario: puta si sit scriptus ex re certa adiectis coheredibus scriptis ex partibus vel sine partibus: nam qui cum eis scribitur heres ex fundo certo, loco legatarii est quod attinet ad creditores hereditarios, *l. pen. sup. de hered. instit.* Et ita etiam olim qui ex Senatusconsulto Pegasiano hereditatem recipiebat, erat loco legatarii, non loco fidei-

commiss. heredis, §. *post quod. Senatusconsultum*, *Instit. de fideicom. hered.* Nunc finge: portio hereditatis cuidam legata est: is de hereditate furatus est res aliquas: non est in eis rebus habiturus portionem vllam: in cæteris est habiturus portionem sibi legatam: in iis quas surripuit de hereditate, nihil est habiturus, sed aufertur ei in rebus subreptis portio quam habuisset, si eas non surripuisset vt indigno, nec tamen fisco addicitur, sed heredi remanet: Non omne, quod eripitur vt indigno, confiscatur. Ita est accipienda *l.* 5. adiuncta *l. Paulus* §. *si certa, ad Trebell.* Aufertur etiam legatum tutori testamento dato, cui remunerandæ fidei gratia, remunerandi officii gratia, pater legatum reliquit, si tutela se excusauerit, vt qui tutelam recusarit, non ferat præmium tutelæ, siue remunerationem, sed etiam hoc casu legatum non confiscatur, sed relinquitur pupillo, cuius vtilitatem ille deseruit, vel heredi extraneo, vt *l. post legatum* §. *amittere*, *ff. de his quæ vt indig. l. tutor petitus* §. 1. *ff. de excusat. tutor. l. pen. hoc tit.* Et postremo aufertur vt indigno, qui celauit testamentum in fraudem heredis scripti, & defuncti, sed hoc quoque legatum quod ei aufertur non cadit in fiscum, sed remanet apud heredem, quem fraudare voluit celando testamentum, perinde ac si haberetur pro non scripto *l. pen. h. tit.* Et ita ex hoc titulo habemus tres casus, quibus erepta legata quasi indignis, non cadunt in fiscum, sed remanent apud heredes. Et ad secundum casum omisi pertinere *l.* 8. quæ docet, excipiendum esse tutorem non iure datum, cui legatum relictum est, vt si miles tutor datus sit, qui non iure datur, *l.* 4. *sup. qui dare tut. vel curat.* Hic si non gerat tutelam, cum non iure possit gerere, non amittet legatum. Hæc est sententia. *l.* 8.

Ad l. II. IV. X. XIII. XV. XIX. XX. & vlt.

SEquuntur in hoc titulo quæ communia esse dicuntur inter legata & fideicommissa, ea nos expedite & communiter latius adhibita interpretatione exponamus. Inter legata & fideicommissa iam hoc commune esse diximus, vt ab herede præstentur, quæ pure relicta sunt sine mora, vel statim post diem, aut conditionem expletam, etiamsi heres patiatur controuersiam hereditatis. Commune quod est de annuis in *l.* 22. & quod de ademptione in *l.* 17. & quod de verborum obseruantia quibus relinquuntur *l.* 21. his addamus multa alia communia, quæ sunt & proponuntur hoc tit. & post hunc titulum ex sequentibus adduntur & alia complura, vt inde merito quæri possit, cur cum in hoc titulo, etiam in sequentibus, multa communia proponantur legatis & fideicommissis, tamen detur infra titulus specialis de communibus, id est tit. *Communia de legat. & fideicomm.* quod explicabimus cum peruenerimus ad hunc tit. Interim hoc vobis dispiciendum relinquo. Addamus autem etiam communiter de legatis & fideicommissis hoc esse proditum in *l.* 2. *hoc tit.* vt heres legatorum & fideicommissorum nomine teneatur, etiam si vendiderit hereditatem, quia hereditatis venditione non desinit esse heres, sed quod soluerit legatariis, aut fideicommissariis, quibus etiam post venditionem bonorum respondere debet, vt etiam omnibus creditoribus hereditariis, id ab emptore hereditatis consequi potest ex stipulatione emptæ & venditæ hereditatis, quæ interponi solet, §. *ergo si quidem*, *Inst. de fideicomm. heredit.* & est nuda cautio, nisi placuerit fideiussores dari, vt in specie *l.* 2. quæ de fideiussoribus loquitur, vel non interposita stipulatione venditori qui soluit eo nomine, in emptorem competit actio ex vendito, vt seruetur indemnis damno, *l. si ex pluribus*, *de her. vel act. vend.* Addamus etiam commune aliud quod proponitur in *l.* 4. *hoc tit.* vt & legatum & fideicommissum sit inutile, quod seruo proprio

A relinquitur sine libertate, *l. ex fideicom. inf. de fideicom. l. pen.* §. *illo*, *sup. de necess. her. instr.* Et ex eadem *l.* 4. vt regula Catoniana, tam ad fideicommissa, quam ad legata pertineat, id est, vt neque illa conualescant ex post facto, si ab initio inutilia fuerint: Ea regula est Catonis Iurisconsulti. Et aliud ex l. 13. hoc titulo, proprias res meas mihi legari aut fideicommitti inutiliter, id est, mihi relinqui per fideicommissum. Et ita fideicommittere non tantum est onerare fideicommisso heredem, aut legatarium, aut donatarium mortis causa, aut debitorem, (nam ij omnes fideicommisso onerari possunt) sed etiam est relinquere aliquid per fideicommissum, scilicet, vt fideicommittere L. Titio, vel est a L. Titio fideicommissum relinquere, vel ipsi L. Titio fideicommissum relinquere, vt *l.* 13. *hoc tit. & l.*
B 1. *inf. de litig. l. si tibi certam*, *ff. de adimend. leg. l. si a me tibi*, *ff. ad leg. Falcid.* Et ita fideicommissarius non tantum est is cui relictum est fideicommissum: sed & heres, a quo fideicommissum relictum est: vel alius, a quo fideicommissum relictum sit iure, vt in *l. quamuis*, *ff. de iudic.*, *& Nouella* 108. Item *l.* 10. *hoc tit.* est communis de legato & fideicommisso rei alienæ. Res aliena olim non potuit legari per vindicationem, vt probat *l. Stichus seruus*, *ff. de man. testam. l. tantum* 88. *de verbor. signific.* Per damnationem legari potest, *l. alienus*, *ad leg. Falcid.* Itemque per fideicommissum relinqui: imo & per vindicationem ex SC. Neroniano, cuius meminit Vlpianus *lib. regul. tit. de legat.* Et ita demum valet legatum, vel fideicommissum rei alienæ, si testator scierit esse alienam: quoniam hæc est cogitatio
C defuncti, qui non ignorat rem alienam esse, quam relinquit, vt heres eam redimat a domino & præstet: vel si non possit, vt hæres præstet eius iustam æstimationem: Quod si ignorans testator rem alienam reliquerit vt suam, relictum non valet: quia si scisset esse alienam, forte non legasset. hoc ita, (vt ostendit *l.* 10.) nisi rem alienam ignorans, & per errorem reliquerit ei cui relicturus erat, etsi scisset esse alienam, vel eam ipsam rem, vel aliam eiusdem pretii, vt si filio reliquerit, si fratri carissimo, si vxori, & adde, si alumno, arg. *l. in testamento*, D. *de fideicom. liber.* Nam in alumnum etiam nobis est præcipua quædam affectio, qui inter manus nostras creuit & in manibus nostris alumnatus est. Item si heredi suo rem alienam reliquerit, vt si heredem scriptum præcepto fundo, qui erat alienus,
D iusserit hereditatem alii restituere: Nam etiam erga eum quem honore heredis affecit, videtur duci affectione quadam præcipua, vt indistincte præcipere possit fundum alienum, aut æstimationem eius: siue testator scierit, siue non, esse alienum, & hoc ostendit *l. heres præcepto*, *ff. ad Treb.* Ergo in personis his, erga quas ducimur affectione summa, non distinguimus inter scientem, & ignorantem. Nec moueor *l. cum pater* §. *euictis*, *ff. de legat.* 2. vbi proponitur pater vni ex filiis prælegasse prædia aliena, quæ existimabat esse sua: Et lex ait, filio cum fratribus & coheredibus nullam actionem esse: vnde efficiunt, legatum rei alienæ, etiam filio relictum ab errante, qui eam legat vt suam, non valere, aut eius legati nullam actionem esse cum
E coheredibus Nam (vt respondeatur) lex non negat, coheredes filio teneri ad æstimationem præstandam prædiorum, si nondum ea acceperit: sed si ea acceperit, & euincantur a vero domino, negat ei esse actionem de euictione aduersus coheredes, quia regulariter heres de euictione non tenetur legatariis, aut fideicommissariis, quibus res certa legata est: quia legatarii, aut fideicommissarii sunt rei lucratiuæ possessores, *l. si a substituto*, *in fi. l. si legati serui*, *ff. de legat.* 1. Ergo in personis nobis coniunctissimis, & carissimis, non distinguimus inter scientem, & ignorantem: non vtimur etiam ea distinctione in re heredis legata, sed in re aliena, in re extranei: Nam siue sciens, siue

ignorans testator legauerit rem heredis sui, legatum debetur, quia facilius legamus rem heredis nostri, quã extranei: & quia etiam heredi est facilior præstatio rei suæ, quam alienæ, *l. vnum ex familia §. si rem, D. de legat. 2.* Non vtimur etiam ea distinctione in libertate relicta seruo alieno, *l. Paulus respondit, D. de fideic. libert.* hoc fauor libertatis extorsit, quæ sine pretio vbique pretiosa habetur *l. pœnales, in fi. D. ad leg. Falcid. l. generaliter §. si quis seruo, de fideic. libert. l. 3 de alien. iudic. mut. caus. fac. §. vlt. Instit. de donat.* Ergo his casibus exceptis, legatum rei alienæ ita demum valet, si sciens rem alienam testator legauerit, vel alio modo reliquerit. verum vt ne hoc quidem modo efficiant legatum rei alienæ valere, obiiciunt *l. 20. hoc tit.* ad quam sic respondeo: quod dico, rei alienæ valere legatum, quod sciens reliqui, hoc sic intelligo, si in ea re nihil iuris habeam: Nam si in ea re habeam aliquid iuris, quæ est aliena, non videor rem ipsam legare, sed id tantum iuris, quod in ea habeam, vt si rem legem, cuius vsusfructus est meus, nuda proprietas alterius, vsumfructum tantum legare videor: hæc est sententia *l. 20.* & licet vsusfructus finiatur morte mea, tamen aliquo casu legatum vtile esse potest, vt si viuus postea nanciscar proprietatem rei: nam post mortem meam legatario vsusfructus debebitur. erit etiam nonnihil vtile, si viuus legatario concedam ius percipiendi fructus, propter fructus medii temporis: vt nonnunquam testatores dum viuunt, quæ legarunt repræsentare solent, & erogare legatariis, *l. 22. D. de legat. 2. Plinius 6. epistola: Tam rara est,* inquit, *in amicitiis fides, tam parata obliuio mortuorum, vt ipsi etiam debeamus nobis conditoria extruere, & omnia heredum officia præsumere.* Nec tamen in hanc rem quidquam cum Accursio existimes facere *l. Seia D. de aur. & arg. leg.* vbi proponitur, quæ legauerat, *vnionem cum hyacinthis,* qui scilicet inerant ornamento muliebri cuidam, vnionem soluisse: Nam illo loco, *Vnionem soluere,* non est legatum præstare, non est etiam, (quod tamen quidam existimauerunt) vnionem aceto liquefacere ad absorbendum, & deglutiendum eum, quia in deliciis habebantur vniones liquati: sed vnionem soluere est eximere ornamento, vt apparet ex *l. arg. §. margar. eod. tit.* Nec existimes etiam iure canonico legatum rei alienæ nullo modo valere *ex cap. filius, extrà, de test.* In quo hoc tantum proponitur, rem alienam Ecclesiæ legatam, quod non dicit fieri inutiliter: Ecclesiam iure non detinere inuito domino, hoc est certissimum: Nam & ab herede Ecclesiæ tradi non potest inuito domino: sed si eam non possit a domino redimere, tenetur veram æstimationem præstare Ecclesiæ. Addamus, quoniam satis dictum est, *d. l. 10. & 29.* ex *l. 15. hoc tit.* legata & fideicommissa Falcidiam pati. Lex Falcidia est tantum de legatis, sed porrecta fuit ad fideicommissa ex Senatusconsulto Pegasiano, non ad vniuersalia tantum, sed & particularia, siue peculiaria, vt loquuntur in iure, *§. sed quia heredes, Inst. de fideicom. hered.* Et similiter vt ostendit *d. l. 15. hoc tit.* legata aut fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno ex pura substantia defuncti, ne testamento quidem militis, *l. 1 § denique, D. ad Trebell.* quod etiam est ex lege Falcidia, & Senatusconsulto Pegasiano, *l. 1. §. hæc verba, D. si cui plus quam per leg. Falcid. l. successores, inf. ad leg. Falcid.* Aliud etiam quod est commune inter legata & fideicommissa suppeditat lex *19. hoc tit.* quæ summe notanda est: nam interpretationem sumit ex iure antiquo, quo, vt scitis, ante constitutionem *l. 2. inf. de infirm pœn. cœlib. & l. 1. inf. de iur. liber.* quæ est eadem constitutio, eo inquam iure antiquo, vir ex testamento vxoris, & e contra vxor ex testamento viri non potuit solidum capere, quo iure etiam hodie quædam regiones vtuntur, sed partes tantum quasdam certas, scilicet decimas, exceptis casibus quibusdam, quibus inter virum & vxorem fuit solidi capacitas, quod explicat Vlpian. *lib reg. tit. 16.* Inter alios hic vnus est: Si duo iuuenes contraxerint matrimonium, & nondum sint eius ætatis, quam lex Iulia & Papia exigit, vt liberos procreent, si velint inuicem capere solidum ex testamentis suis, id est, si vir sit minor 25. annorum: aut mulier vel puella minor 20. annorum. Nam intra eam ætatem solidi capacitatem habent: sed videtur hic modus esse additus in antiqua lege: nisi paulo post nuptias, vter eorum, noua nupta, vel vxor, vel nouus nuptus, vel maritus decesserit, cum nondum deferbuerit nouus, & insitus calor, tum maritus ex testamento vxoris, etsi sit infra eam ætatem, non capiet solidum: in nouum enim nuptum, vel in nouam nuptam effunderet coniux omnia sua bona, & hic nimius calor coercendus est. Et videtur lex vetus præfiniuisse spatium duum mensium, quod attingit lex 19. cum ait non tantum *duum mensum,* sic legit Haloander, & castigatiores codices habẽt, non autem, *duorum.* Et priscus ille sermo *duum mensum,* argumentum prebet priscæ legis, quæ id spatium præfiniuerit, vt scilicet, ita demum nouus maritus caperet ex testamento vxoris hereditatem, vel legata, vel fideicommissa, vel vt ita demum caperet donationes causa mortis, *si duum mensum* spatio cum vxore fuisset. Sed hac *l. 19.* Diocletianus & Maximianus Imperatores priscam legem abrogant, & volunt, vt etiam si minori spatio temporis maritus cum vxore fuerit, possit ex eius bonis capere solidum: Ergo & si mensurnus tantum fuerit maritus, vt & hic vtar prisco sermone vsurpato a Cicerone in 1. *de Inuentione,* cum definit tempus, & miror eos qui tantopere in Cicerone emendando laborarunt, locum illum non correxisse, in quo & Priscianus ita legit, & habet ita lib. 2. *Tempus est pars quædam æternitatis, cum alicuius annui, mensurni, diurni, nocturniue spatij certa significatione:* legendum est, *mensurni,* non menstrui, ne exulet vox prisca. Ita etiam Boëtius de disciplina scholastica: *Qui Satyricis,* inquit, *inhiabat atramentis mensurnus: historiographis persæpe diurnus.* & infra: *in editionibus philosophicis mensurnus.* & infra: *venereoq. accessu, si fas est dicere, mensurnus, permolliri deberet:* Sed vt sit finis aliquis huic prælectioni, addamus aliud commune ex *l. vlt. hoc tit.* Olim legatum non potuit relinqui ad tempus, puta hoc modo, *lego tibi fundum illum vsque in quinquennium l. obligationum §. 1. de oblig. & action.* Ex tempore potuit relinqui legatum *vt, post annum quam mortuus fuero, heres meus illi fundum dato.* Ad tempus relinqui non potuit, quia dominium non potest tempore finiri ipso iure, dominium amittitur donatione, alienatione, legato & certis aliis modis, non tempore solo: Ergo tempus non potest efficere, vt qui iure legati factus sum eius fundi dominus, desinam esse dominus sine facto meo. Et ita non recte heres instituitur ex tempore, vel ad tempus: valet quidem institutio, sed adiectio temporis, vel diei non valet, siue quis instituatur ex tempore, siue ad tempus *l. hereditas, de hered. instit.* Et tamen heres recte instituitur sub conditione. Cedo rationem diuersitatis: Dico conditionem suspendere testamentum, diem non suspendere testamentum: hæc est ratio diuersitatis, quam ita explano. Interim dum expectatur conditio institutionis, defunctus neque testatus, neque intestatus est, sed vtriusque causa est in suspenso, ἐν μετεώρῳ. Et interim dum expectatur dies herede instituto ex die, si valeret adiectio diei, defunctus esset intestatus interim, & ex die testatus, vel heredi instituto ad diem, si valeret adiectio diei, interim defunctus esset testatus & post diem intestatus, quod ius nostrum non patitur: nam vt paganus non potest in aliis bonis esse testatus, in aliis intestatus: sic non potest alio tempore esse testatus, alio intestatus. Valet quidem institutio ex die, vel ad diem, ita vt heres statim adire hereditatem possit iure perpetuo, & diei ascriptio sic circumscribatur, quasi mendum aut vitium testatoris, sicut circumscribi solet conditio impossibilis. Et hæc confirmat *l. potest, D. de hered. inst. l. miles ita, D. de militar. testam.* Et addendum etiam,

obligationem non contrahi ad tempus, vt quis mihi debeat vsque ad quinquennium: nam & post quinquennium eris mihi obligatus, *d.l. obligationum* §.1. quæ vtitur optima ratione: quia quod certis modis deberi cœpit, certis modis deberi desinit. Sunt certi modi contrahendæ obligationis, & certi tollendæ: veluti solutio, nouatio, acceptilatio: tempus non est inter modos, *l. 7. inf. de sent. & interloc. omn. iud.* M. Tull. pro Cæcinna: *Si per has rationes,* inquit, *liberari maiores nos posse voluerunt, intelligimus alio modo noluisse.* Ergo tempore, ipso iure non finitur obligatio, nec dominium, quod semel adquisiuimus, sed sicut placet, obligationem finiri tempore remedio exceptionis, id est, non ipso iure, sed opposita exceptione pacti, vel doli mali, vt in §. *at si ita, Instit. de verb. oblig.* Sicut etiam placet, donationem finiri tempore, si donaui tibi rem ea lege, vt ad me redeat post quinquennium, remedio scilicet cautionis, qua tu caueas rem post quinquennium restitui *l.1. inf. de donat. quæ sub mod.* Ita Iustinianus *l. vlt. hoc tit.* inducit remedium cautionis, quo legata, aut fideicommissa relicta ad tempus perimantur. Ergo non ipso iure, sed vi & potestate cautionis, ex qua potest conueniri legatarius, aut fideicommissarius post tempus, vt quod accepit, heredi reddat, restituat.

Ad L. XXIII. & XXIV.

EXplicaturus sum hodie *l.23. & 24.* in quibus est finis huius tit. Emendant ambæ ius vetus, & pertinent tam ad legata, quã ad fideicommissa: suntque communes: & *l. 23.* pertinet etiam ad hereditates, in qua duæ quæstiones iuris definiuntur aliter quam a veteribus Iurisconsultis. Prima hæc est: si quis Titio fundum Cornelianum totum reliquit per legatum, vel fideicommissum: & deinde Mæuio eiusdem partem dimidiam. Quid quemque in eo quamue partem habere oportet? Hoc definire est perquam difficile: Trahimur enim in varias sententias, dum de ea re cogitamus, de diuidendo fundo inter Titium & Mæuium, cum vni est adscriptus totus: alteri pro parte dimidia. Primum enim possumus dicere, Titio Mæuium esse coniunctum in partem dimidiam: ita vt Titius habeat partem dimidiam solus, & alterius dimidiæ partem tantum dimidiam, id est, vt Titius in eo fundo habeat dodrantem, id est, semissem & quadrantem: Mæuius autem reliquum quadrantem tantum: Sicut si fundus, legetur vni (quo nomine significatur plena proprietas, plenum dominium) & alii vsusfructus, ambo concurrunt in vsumfructum, *l.3.§. vlt. de vsufr. accresc. l. si tibi, D. de vsufr. earum rer. quæ vsu consum.* Vsusfructus partis instar obtinet, *l. cum filius* §. *dominus, de legat. 2.* Possumus etiam dicere rationem esse reuocandam ad solemnem distributionem assis, ita vt cum appareat, eum qui legauit Titio totum, Mæuio partem dimidiam, Titio reliquisse alteri tanto amplius, quam Mæuio eadem proportione seruata: Et ratione reuocata ad assem, Titio dandum esse bessem fundi, & Mæuio trientem: atque ita definitur in *l. interdum* §. *sed si excesserit, D. de hered. instit.* quia & huic quæstioni similiter locus est in hereditate, si vnus sit institutus ex 12. vnciis, id est, ex toto, ex asse: alter ex 6. vnciis, ratione reuocata ad distributionem legitimam assis, primo dandum esse bessem: Secundo trientem, seruata proportione dupla, vt primus altero tanto plus habeat quam secundus: Nam vt inter duodecim & sex est proportio dupla: sic & inter octo & quatuor, id est, inter bessem & trientem, est proportio dupla, quam constituit testator ipse, excedendo tamen modum assis. Possumus & dicere, eum fundum esse diuidendum ex æquo inter Titium, & Mæuium, quod videatur testator de toto relicto Titio detraxisse dimidiam, quam deinde ascripsit Mæuio. Et ex his tribus sententiis difficile est constituere, quæ potius nobis sequenda sit: Nam vt ait eleganter *l. vlt. D. de adim. leg.* quæ valde pertinet ad hunc locum; cum nihil præter pecuniam numeratam legatum est, promptum est, vel facile, detrahere legato pecuniam, vel adiicere: quia pecunia numero facile diuiditur: Cum autem corpus, vt fundus, est legatum, obscurior est portio, quæ vel detrahitur, vel adiicitur, & difficilior scriptura, inquit, id est, supputatio, abacus difficilior, vt rationem publicanorum Asconius Pædianus scribit appellari *scripturam*: quod nomen etiam tribuit rationibus argentariorum, quæ vocantur scripturæ mensæ. Vt merito in hac *l.23.* Iustinianus dicat, hanc supputationem dignam esse multis *ratiocinatoribus*, id est, calculatoribus. Sic habent libri veteres, non *ratiocinationibus*: Aut certe ratiocinationes accipiendæ sunt pro calculis, quasi dicat, cum interuenerit res corporalis, & agitur de minuendo legato primo adscripto in solidum, difficiliorem esse computationem, & perobscuram partis designationem, quam secundo legatario testator dari voluit detractam primo: Opus igitur fuit constitutione principis, quæ hoc definiret & determinaret. Igitur Iustiniano placet in hac *l. 23.* vt si primus instituatur heres ex duodecim vnciis, secundus ex sex vnciis, vel si vni adscribatur tota hereditas, secundo pars dimidia: Itemque si primo legetur fundus in solidum, secundo pars dimidia fundi, vel si relinquatur per fideicommissum, nihil refert, vt duo semisses fiant, id est, æquales partes inter primum & secundum, quia interpretatur Iustinianus, hanc fuisse cogitationem defuncti, vt primo detraheret semissem, & vult spectari magis cogitationem defuncti, quam proportionem iustam, abrogato *d.* §. *sed si excesserit*, quo primo datur bes, secundo triens, id est, primo altero tanto plus, quam secundo, quod eadem sit proportio inter bessem & trientem, quæ est inter assem & semissem. Et vero melius fuisset seruari hanc proportionem, nisi nos ab hac sententia reuocaret cogitatio defuncti, quam nobis Iustinianus destinat pro certa. Princeps est interpres non legum tantum, sed etiam testamentorum, quæ veluti leges quædam sunt. Eodem modo, vt ostendit hæc *l. 23.* si primo reliquerit fundum totum, vel hereditatem totam, & secundo tertiam partem fundi, vel hereditatis, statuit primo deberi bessem, secundo trientem: quod videatur primo, cui totum reliquerat, detraxisse tertiam partem, vt tantum retineret bessem. Veteres seruarent iustam proportionem, & darent primo dodrantem, secundo quadrantem: quia eadem est proportio dodrantis & quadrantis, quæ totius & tertiæ partis, id est, quæ assis & trientis. Et consequenter, si primo totum adscribat testator, secundo dimidiam partem; tertio sextam partem, quam speciem proponit hic Accursius, dicendum est ex sententia Iustiniani, primum & secundum tertio debere conferre vncias duas, vt singuli retineant quincuncem, quod videatur testator cuique portionis suæ, id est, semissis detraxisse partem sextam, id est, primo detraxisse semissem datum secundo, in primo & secundo detraxisse sextam partem totius datam tertio, seruata iusta proportione. Veteres darent primo altero tanto plus, quam secundo, & secundo altero tanto plus quam tertio, quam Iustinianus non vult spectari in hac *l. 23.* Quid vero dicemus, si primo reliquerit dimidiam partem fundi, aut hereditatis: deinde secundo totum, vel primo semissem, deinde secundo assem? Et hoc sane casu, quia non occurrit eadem præsumptio detractionis, quam cogitauit testator, sequemur ius vetus, & proportionem iustam, vt primus habeat quadrantem, secundus bessem, id est, altero tanto plus, quam primus in *l. Mæuio, de legat. 2.* nisi appareat, testatorem qui secundo legauit totum, primo adimere voluisse semissem. & ita Accursius hoc loco recte. Secunda quæstio, quæ proponitur in §. *sed aliam,* pertinet & ad legata, & fideicommissa, & hereditates. Finge, Titio fundum Cornelianum legaui: postea eidem eundem fundum legaui repetito

repetito legato, & pone si vis, id me fecisse tertio, nempe & tertio me Titio eundem fundum legasse aut sæpius: deinde legaui Sempronio eundem fundum, quo Titio eandem rem semel legaui, & iterum, & sæpius, & Sempronio semel tantum & separatim, vel etiam finge: Titio legaui fundum Cornelianum, deinde coniunctim Titio & Sempronio legaui eundem fundum: Quæritur, in quot partes, aut quemadmodum is fundus diuidi debeat inter Mæuium & Titium. Quod & de hereditate quæri potest eodem modo adscripta Titio & Mæuio; separatim aut coniunctim. Et concludit Iustin. in hac *l.* contra quam existimauerint veteres, æquas partes ad eos pertinere, nisi specialiter testator expresserit & dixerit (quæ verba sunt notanda) nam omnino exigit vt dixerit quæ partes seruarentur inter Titium & Mæuium, alioquin æquales seruabuntur, nec quod Titio B sæpius eadem res sit legata, maior erit portio Titii, quoniam testator videtur idem sæpius dixisse, & iterasse potius, quam legasse sæpius, *l. Mæuius §. eum qui, de legat. 2.* Veterum iudicium fuit aliud, maxime Titio & Sempronio coniunctis, & ponamus exemplum in hereditate: *Titius heres esto:* deinde dixit: *Titius & Sempronius heredes sunto*, vel in legato: *Titio fundum illum do lego, Titio & Sempronio eundem fundum do lego.* Ex hac scriptura veteres darent Titio primum semissem, & in altero semisse eum coniungerent Sempronio, atque ita darent Titio dodrantem, Sempronio quadrantem reliquum. Et huius sententiæ argumentum est *l. dominus §. 1. de pecul. leg. & l. 4. de stipul. seruor.* Quibus ne quid dissimulemus, hæc constitutio derogat manifesto. Species *l. dominus* hæc est, sed prius monendi estis, seruum vicarium, esse seruum serui ordinarii in libris nostris, & seruum peculiarem, videlicet qui est in peculio serui ordinarii. Nunc finge: seruus ille vicarius, qui est in peculio Stichi serui ordinarii, est communis inter Stichum & dominum, id est pro parte peculiari Stichi, & pro parte proprius domini: Dominus Sticho cum libertate legat peculium, ergo partem vicarii quæ est peculiaris, deinde eidem Sticho & libertæ legat eundem vicarium, id est partem, quam in eo propriam habet, quæ ex æquo diuidetur inter Stichum & libertam: Atque ita Stichus in seruo vicarii habebit dodrantem, liberta quadrantem. Ex hac Constitutione faciendi sunt duo semisses. Et dictæ *l. 4.* species hæc est: Seruus communis Titii & D Mæuii stipulatus est rem certam Titio nominatim soli: deinde eandem rem stipulatus est Titio & Mæuio ambobus dominis coniunctim, quid fiet? Ea res Titio debetur pro dodrante, & Mæuio pro quadrante, vt scilicet Titius in ea habeat semissem & alterius semissis partem, & tamen secundum mentem huius constitutionis fient hodie inter dominos æquales portiones, non inæquales. Facilior est *l.* 24. quæ loquitur de filio impubere exheredato, cui pater substituit pupillariter, si intra annos pubertatis decederet, & pertinet tam ad legata, quam ad fideicommissa: Quæstio est, an ab exheredato, vel a substituto filii impuberis exheredati, legatum aut fideicommissum relinqui possit: Et primum ita distinguendum est: aut filio exheredato nihil lega- E tum est: & tunc constat ab eo vel ab eius herede inutiliter legari, cum nihil ei dederit testator, etiamsi forte hereditas paterna perueniat aliunde ad filium per successionem, & interpositam personam, quia non obuenit patris beneficio, sed beneficio alieno, *l. qui fundum §. qui filium D. ad leg. Fal. l. vlt. de leg. 3.* Aut exheredato aliquid legatum est, & tunc ab exheredato, vel eius substituto legatum relinqui non potest, *l. miles ita §. si miles, de milit. test.* quia a legatario iure veteri non relinquitur legatum, sed ab herede tantum fideicommissum relinqui potest *l. coheredi, §. quod si heredem, D. de vulg. substit.* hoc mutat Iustinianus in h. *l.* 24. exæquans hac in re fideicommissa legatis, vt nec fideicommissum possit relinqui ab exheredato, vel substituto exheredati, etsi

A exheredato legatum relictum sit: Ergo hoc vult hæc lex, ab herede legatarii fideicommissum aut legatum non posse relinqui, legatarius est filius exheredatus, heres est eius substitutus. Obicies igitur mox, quod vult Iustinian. in *l. vnic. sup. vt act. ab hered. aut contra hered. incip.* hodie ab herede legatarii fideicommissum relinqui posse, aut etiam legatum, ergo poterit relinqui a substituto exheredati, cui legatum est aliquid, quod tamen negat h. *l.* 24. Respondeo breuiter: aut certus est heres legatarii, aut incertus: Si est incertus, vt plerumque est, *l. sciendum, de verb. sign.* ab herede legatarii legatum, aut fideicommissum relinqui potest, quia hoc non fit nominatim, nec enim nominari potest qui incertus est, quia incertum est, quis sit futurus heres legatario, quemue is sibi heredem facturus sit: hoc igitur non fit nominatim, sed hoc modo, *cum legatarius mortuus erit, illi dari volo,* id est ab herede legatarii, qualiscunque sit, quem nescio quis futurus sit, nec nominare possum. vel etiam hoc modo: *Pridie quam morietur legatarius, illi dari volo.* Ergo ab herede legatarii legas recte, quia non facis palam. a substituto legatarii exheredati, quem ei dedisti, quoniam certus est, legas nominatim & palam, puta hoc modo: *Filius exheres esto, filio fundum do lego, si filius intra pubertatem morietur, Titius heres esto: Titio mando substituto filij mei vt det Caio centum.* Non potest nominatim legari ab herede legatarii contra ius vetus, quia sumus difficiliores in abrogando, eo quod fit nominatim, quam in eo quod verbis tegitur, *l. si quis Sempr. de hered. inst.* Et hæc est ratio valde notanda.

C

AD TITVLVM XXXVIII.

De verborum & rerum significatione.



Hic tit. pertinet etiam ad legata & fideicommissa, & in eo l. pen. ad hereditates quoque & libertates, & tutelas & aliquatenus etiam ad contractus pertinet. Et vt videas, quam apte connectatur hic titulus superiori, serua initio l. 23. tit. superiori, de verborum significatione, vt ait illa lex, quæstionem proponit, nimirum, de significatione horum verborum: *Primo fundum Cornelianum do lego: Secundo partem dimidiam fundi Corneliani do lego, vel dari volo:* Et sequitur h. tit. de aliorum verborum significatione, quæ inseruntur legato aut fideicommisso, ac omnino testamentis. Nam titulus similis qui est in Digestis pertinet ad omnes partes iuris, hic ad partem de testamentis tantum, denique est de significatione verborum legati, aut fideicommissi præcipue, veluti quid *Instructi verbo* significetur, si quis fundum, aut prædium instructum legauerit l. 1. & 2. quid *cautionis* verbo significetur, l. 3. si quis forte heredem aut legatarium in testamento suo cautione onerauerit *vt l. Ballista, D. ad Trebell. l. huiusmodi, in princ. de leg. 1.* Item, quid hic incertus sermo significet: *Primo aut secundo fundum Cornelianum do lego,* quoniam incertum est legatum cui legauerit, an vtrique, an alterutri, & si alterutri, cui potius: eademque quæstio est de fideicommisso, si ita reliquit: *Primo aut secundo fundum Cornelianum dari volo*, & de hereditate, si ita dixerit, *ille aut ille heres esto*, & de tutela, si ita dixerit, *illum aut illum tutorem esse iubeo.* Nam in *l. 4. h. tit.* ita oportet distinguere tutelæ dationem a datione libertatis, id est, formulam dandæ tutelæ a formula dandæ libertatis. Nam libertas potest relinqui & directis & precariis verbis: & vtique relinquitur precariis hoc modo, *Stichum aut Pamphilum liberum esse volo.* Nam *volo* est fideicommissi verbum. Tutor datur verbis tantum directis: & ideo ad tutelam in l. 4. referri debet illa formula, illum, aut illum tutorem esse iubeo: Nam iubeo est verbum directum in *l. 2. §. comm. de legat.* hic incertus

ſermo, *Ille aut ille, illum aut illum,* quemadmodum accipiendus ſit explicat *l. 4. hoc tit.* Ac poſtremo *l. vlt.* oſtendit quid familiæ nomine ſignificetur: ſi quis familiæ ſuæ legauerit, vel ſi fundum legatum prohibuerit alienari extra familiam, quo modo etiam videtur fundum legare familiæ in hunc caſum, ſcilicet ſi quando extero illum fundum legatarius alienauerit. Et nullæ ſunt preterea leges in h. tit. ex earum breui argumento cognoſcimus, titul. proprie pertinere ad legata & fideic. Sed vt ſcias etiam quam egregie commodeque in h. tit. addatur, *& rerum.* audias Platonis grauiſſimam ſententiam: ὃς ἂν εἰδῇ τὰ ὀνόματα, εἴσεται καὶ τὰ πράγματα, id eſt, *qui nouit verborum ſignificationem & res ipſas nouit,* quæ ſcilicet per verba ſignificantur. Et quod ait *l. illud, in fi. D. de iur. codicill.* voluntatis quæſtionem ex ſcripto & verbis declarari, voluntatis queſtio, eſt rei ipſius indagatio, & verborum conceptio, rei ipſius ſignificatio: Namque omnis oratio ex rebus & verbis conſtat. Seneca 14. epiſtolarum Dialecticam in duas partes diuidit, *in verba & ſignificationes, id eſt in res quæ dicuntur, & vocabula quibus dicuntur:* quod & de iuris arte dici poteſt: nam omnis quæſtio iuris, vt eleganter Fabius ait, aut verborum proprietate, aut æqui diſputatione, aut voluntatis diſquiſitione continetur. Et ſimiliter omnis quæſtio iuris, vt idem ait, aut definitione ſoluitur, aut qualitate, aut coniectura æqui & voluntatis. Queſtiones ſunt de rebus ipſis quæ in controuerſiam veniunt, quæ, vt dixi, plerumque dirimuntur & declarantur ex proprietate verborum, ex poteſtate verborum. Et, vt dicere incipiam de inſtructi ſignificatione, quæ proponitur in *l. 1. & 2. hoc tit.* Si quis legauerit fundum inſtructum, vel ita vt inſtructus eſt, vel prædium inſtructum, prædij nomen eſt commune: Nam pertinet & ad fundum, quod eſt prædium ruſticum, vel ad domum & ædes, quod eſt prædium vrbanum. Et iam non quæritur tantum de fundo inſtructo, ſed & de domo inſtructa, quæ ita legata eſt. cum l. 1. loquatur de prædiis, ergo dicamus generaliter, prædio inſtructo legato legatario deberi omne inſtrumentum fundi, id eſt, omnem apparatum ſine quo fundus coli, exerceri, cuſtodiri non poteſt, deberi villicum, deberi ſeruos qui agrum colunt, boues aratorios, vaſa omnia ad agriculturam neceſſaria, & pleraque alia, dotes fundi omnes, & ἐνθῆκαι, ſic enim a veteribus appellabantur, *l. 2. de inſtr. & inſt. legat.* Aratra, puta, ligones, falces & iis ſimilia. Continetur etiam legato inſtructi omne inſtrumentum patrisfamil. ſiue matrisfamil. qui teſtatus teſtataue eſt, & ita legaſſe proponitur. Ergo continetur ſuppellex teſtatoris, & quod non eſt in ſuppellectile, ſi ſit comparatum & poſitum in eo fundo vſus patrisfamil. gratia. Ergo extra ſuppellectilem continetur etiam aurum & argentum, id eſt, vaſa aurea & argentea quæ ruri habet, & veſtis, & Bibliotheca quam ruri habuit, vt ea vteretur quotiens veniſſet in rus. De vino quæritur, & oleo & grano, an hæc legato inſtructi contineantur? ſupellectilem facile concedimus contineri, quia & ſupellectile patrisfamil. videtur fundus eſſe quodammodo inſtructior, vino fundus inſtructus intelligi non poteſt: qua de cauſa fundi inſtructi, vel domus inſtructæ legato, Seruius reſpondit, non contineri vina quæ in eo fundo ſunt. Ac ſimiliter non contineri oleum aut frumentum, niſi id quo vtitur familia ruſtica quod & in inſtrumento fundi eſſe cenſetur, *l. quæſitum in pr. D. de inſtr. legat.* Et hæc Seruii ſententia proponitur *l. ſi ita §. 1. D. eod.* Sed eam alii IC. ita temperant adhibita diſtinctione, vt ſi in fundo quem vti inſtructus eſt legauit paterfamil. vina habuit quaſi in horreo quaſi in apotheca (ſolebant enim veteres vina habere diffuſa in ſuperiori parte ędium eaque fumigare) ſi vina ibi habuit quaſi in horreo, quaſi in apotheca, forte promercij cauſa, vt ea aliquando venderet, vel vt ea ſuo tempore transferret in vrbem, tum vina legato non continentur, quia his vinis fundus non intelligitur eſſe inſtructus. ſed ſi vina habeat teſtator vſus ſui cauſa, vt cum veniſſet his vteretur, proculdubio legato continentur l. 1. h. tit. quia & his fundus inſtructus eſſe non male dici poteſt, quibus dominus fundi ipſe ſe inſtruxit. Idemque eſt in oleo, & in grano, quæ legato etiam continentur, vt oſtendit l. 2. greges ouium quos in eo fundo habuit paterf. vt ex iis fructum caperet, vel vt ex iis inſtrueret ſuas epulas cum rus ſe contuliſſet, quæ, inquam, in eam cauſam pecora ibi habuit ſtercorandi vel paſcendi cauſa, forte ſuarum epularum inſtruendarum gratia comparata, quæ tamen conſtat non eſſe in inſtrumento fundi: Greges ouium, quos in fundo habet paſcendi cauſa, vt ex iis fructus percipiat, non continentur legato inſtrumento, *l. de grege, D. eod.* & tamen inſtructo continentur, & ſic etiam ſupellex patrisfamil. vt dixi, inſtructo continetur: & præter ſupellectilem, aurum, argentum, veſtis, bibliotheca, & vinum etiam, vt dixi, quod ibi poſuit non temporis cauſa vt eo quandoque vteretur, cum eo veniret cum amicis, quæ tamen omnia non ſunt in inſtrumento fundi. Ex quo apparet plenius eſſe legatum inſtructi, quam inſtrumenti: Nam inſtructo ineſt inſtrumentum fundi, atque etiam eo amplius omne inſtrumentum patrisfamil. omnis apparatus patrisfamil. Et de cautionis verbo in *l. 3. hoc tit.* hoc habemus, cautionis verbo ſignificari tantum nudam repromiſſionem ſine fideiuſſoribus, ſine pignoribus, quod etiam referendum eſt ad teſtamenta, puta, ſi teſtator heredem aut legatarium aliqua de re cauere iuſſerit in *d. l. balliſta, & d. l. huiuſmodi. parcimus heredi,* vt ait *l. Sempronius, de leg. 2.* aut legatario, cui iniunctum eſt vt caueret alii cautionem aliquam, vt ſcilicet non cogatur quærere fideiuſſorem, vt ſufficiat nuda promiſſio, ſicut in *l. verum §. item videndum, D. pro ſoc.* Et ita etiam Iuſtinian. vult accipi verbum ἀσφαλείας, quod Græci pro cautione & nuda repromiſſione accipiunt, & cautionis, & ἀσφαλείας nomine ſignificatur tantum nuda promiſſio ſine fideiuſſore, ſine pignore, ſine iureiurando. Idemque eſt dicendum de cautelæ verbo: Nam in hac l. 3. omnes libri ſic habent, *Cautione vel cautela, vel ἀσφαλεία, ce mot la defaut dedans vos liures.* Quibus nominibus ſignificatur tantum nuda promiſſio. Addi poteſt etiam Cauillatio: nam & Cauillationem dixere pro cautione. Tertul. *lib. de Corona milit. omnibus modis cauillandum, ne quid aduerſus Deum committatur.* Et hoc quidem ita eſt accipiendum quod definit Iuſtinianus in h. l. 3. ſi ſit ſimpliciter poſitum in teſtamento ſine vllo adfixo: Nam ſi iuſſerit heredem vtiliter cauere, vel recte cauere, vel idonee cauere, his verbis ſignificabitur fideiuſſio, ſiue fideiuſſoris datio. Idemque ſi non cauere dixerit, ſed ſatiſdare: Nam etſi ſatiſdare ſit generale verbum, vt ſignificat hæc l. 3. tamen ſine dubio accipietur pro datione fideiuſſoris potius quam pro repromiſſione nuda, quod maxime notandum. ex hac l. 3. non notant admodum notabile. Generale igitur verbum ſatiſdationis quodammodo facit ſpeciale, vt ſignificet dationem fideiuſſoris, ſicut etiam cautionis verbum, quod certe erat generale, facit ſpeciale, vt ſignificet nudam promiſſionem tantum in teſtamentis. Et hoc præcipue notandum in hac l. 3.

Ad L. penult. & vlt.

L. pen. Cum quidam ſic vel inſtitutionem, vel legatum, fideicommiſſum, vel libertatem vel tutelam ſcripſiſſet: Ille aut ille mihi heres eſto, *vel,* illi aut illi do lego, *vel* dari volo, *vel* illum aut illum liberum, *aut* tutorem eſſe volo, *vel* iubeo: *dubitabatur vtrumne inutilis ſit huiuſmodi inſtitutio, & legatum, & fideicommiſſum, & libertas, & tutoris datio: an occupantis melior conditio ſit: an ambo in huiuſmodi lucra vel munera vocentur, & an ſecundum aliquem ordinem admittantur: an vterque omnimodo: cum alij in inſtitutionibus primum quaſi inſtitutum admitti, ſecundum quaſi ſubſtitutum, alij in fideicommiſſis poſteriorem ſolum accepturum*

accepturum fideicommissum existimauerint, quasi recentiore voluntate testatoris vtentem. Et si quis eorum altercationes sigillatim exponere maluerit: nihil prohibet non leue libri volumen extendere, vt sic explicari possit tanta auctorum varietas: cum non solum iuris auctores, sed etiam ipsæ principales constitutiones, quas ipsi auctores retulerunt, inter se variasse videntur. Melius itaque nobis visum est, omni huiusmodi verbositate explosa, coniunctionem aut, *pro* & *accipi: vt videatur copulatiuo modo esse prolata, & magis sit* προσϑήκη διαζευκτικῆς *vt & primam personam inducat, & secundam non repellat. Quemadmodum enim (verbi gratia) in interdicto,* Quod vi aut clam, *aut coniunctio pro* & *apertissime posita est: ita & in omnibus huiusmodi casibus siue institutionum, siue legatorum, siue fideicommissorum, vel libertatum, seu tutelarum, hoc est intelligendum, vt ambo veniant æqua lance ad hereditatem, ambo legata similiter accipiant, fideicommissum in vtrumque diuidatur: libertas vtrumque capiat: tutoris ambo fungantur officio, vt sic nemo defraudetur a commodo testatoris: & maior prouidentia pupillis inferatur: ne dum dubitatur apud quem debeat esse tutela, in medio res pupillorum depereant. Sed hæc quidem sancimus, cum in personas huiusmodi proferatur scriptura. Sin autem vna quidem est persona, res autem ita derelictæ sunt,* Illam aut illam rem illi do lego, *vel* per fideicommissum relinquo: *tunc secundum veteres regulas & antiquas definitiones, vetustatis iura maneant incorrupta, nulla innouatione eis ex hac constitutione introducenda. Quod etiam in contractibus locum habere censemus. Dat. pridie Kal. Maij, Constantinop. post consulatum Lampadij & Orestis. VV. CC.*

L. vlt. Suggestioni Illyricianæ aduocationis respondentes, decernimus, familiæ nomen talem habere vigorem: parentes & liberos: omnesque propinquos, & substantiam, libertos etiam, & patronos, nec non seruos per hanc appellationem significari. Et si quis per suum elogium fideicommissum familiæ suæ reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta: non solum propinquos, sed etiam, his deficientibus, generum & nurum. Eos enim nobis humanum esse videtur ad fideicommissum vocari: ita videlicet, si matrimonium morte filij vel filiæ fuerit dissolutum. nullo etenim modo possunt gener vel nurus filiis viuentibus ad tale fideicommissum vocari: cum hi proculdubio eos antecedant. & hoc videlicet gradatim fieri, vt post eos liberti veniant. Hoc eodem valente & si quis rem immobilem cuidam legauerit vel fideicommiserit, eamque alienare prohibuerit, adiiciens, vt si hoc fideicommissarius præterierit, familiæ suæ res adquiratur. In aliis autem casibus nomen familiæ pro substantia oportet intelligi: quia & serui & aliæ res in patrimonio vniuscuiusque esse putantur. Dat. xv. Kal. Nouemb. Constantinop. post consulatum Lampadij & Orestis VV. CC. anno secundo.

SEquitur vt exponamus l. penult. & vlt. huius tit. In l. pen. tractatur de alternatione rerum, & de alternatione personarum. Est magna differentia inter hanc & illam alternationem siue disiunctionem. Alternatio & disiunctio idem est. nam si fit alternatio rerum, *illam aut illam rem do lego vel dari volo,* alterutra præstabitur, non vtraque: & similiter in stipulatione si promisero illam, aut illam rem, alterutra præstabitur, non vtraque, quia tametsi incertus sit sermo, qui sub alternatione effertur vel scribitur, *l. vbi autem §. qui illud. D. de verb. oblig. l. 67. § quod autem* D. *de iniuriis & Paulus lib. sing. de iniuriis. Certum,* inquit, *dicit qui suo nomine demonstrat iniuriam, neque ita vt per disiunctionem, illud aut illud accidisse comprehendat:* tamen rem facile explicat, & incertum quicquid est in eo sermone dissipat electio, quæ competit heredi, vel legatario, vel promissori. Incertus est sermo fateor, *illud aut illud,* sed electio faciet certum, quæ quidem in legatis competit legatario si per vindicationem legatum relictum sit, vt in *l. plane § pen. D. de leg. 1. l. 19. & 23. de leg. 2.* vel competit heredi, si legatum relictum

A est per damnationem, *heres dato illud aut illud,* vel si relictum sit per fideicom. *Rogo te dare Titio illud aut illud, l. si ita relictum §. vlt. de leg. 2.* Et in stipulationibus si quis stipulanti promiserit *illud aut illud,* proculdubio electio competit promissori, nisi aliud actum sit nominatim *l. plerunque §. vlt. D. de iure dot. l. 2. § si quis Ephesi, & § seq. D. de eo quod cer. lo.* & in fine huius *l. penult.* Et ita si quis promiserit mihi, quod ille aut ille mihi debet, in eius electione est pro quo velit mihi soluere: nam pro vtroque non cogitur soluere, qui promisit sub alternatione, *l. 8. §. si decem, & l. si is quis decem, D. de nouat.* nisi scilicet id actum sit, vt vtrumque nouaretur, & pro vtroque debitore meo solueret mihi, vt *d. l. si is qui decem, & l. qui hominem, eod. tit.* Et ita si testator qui legauit *illud aut illud* voluit vtrumque legare, & ita sensit, proculdubio sequemur voluntatem defuncti, & coniunctionem, *aut,*
B accipiemus pro, *&,* pro copulatione *l. Quintus §. vlt. D. de aur. & arg. leg.* in dubio rem permittemus electioni eius cui eligendi ius est. Et hæc de alternatione rerum. Si sit alternatio personarum veluti, *illi aut illi do lego, 1. aut 2. do lego,* nullus occurrit cuius electio rem explicare, id est, incertum sermonem enodare possit: nam neque ille, aut ille legatarius, est idoneus arbiter ad eligendum in re sua, *l. pen. ff. de recept.* Quis enim non se potius eligeret quam collegam. Neque etiam heres, cui testator non videtur dedisse electionem, legato relicto per vindicationem *illi aut illi do lego,* nec directo sermone ad heredem, nisi scilicet heredi nominatim adscripserit electionem, *illi aut illi vtri heres volet,* vt in specie *l. 16. D. de leg. 2.* vel in fideicom. *illi aut illi dari volo,* vel in legato damnationis, *illi aut illi dato,* videtur esse electio heredis
C cui malit dare, quia sermo dirigitur ad heredem, vt illi det aut illi. Denique melior videtur esse in legato damnationis aut fideicomm. is qui prior ab herede acceperit legatum aut fideicom. melior videtur esse conditio occupantis: & ita quidam opinati sunt, vt refert Iustin. in h. l. penult. Alij autem in hac propositione siue specie existimabant secundum esse substitutum primo, primo aut secundo dato secundum dicebant esse substitutum primo: in hunc casum si primus repudiaret, & hoc quidem sequimur omnino, si modo appareat testatorem substitutionem facere voluisse, vt in specie *l. cum pater §. pen. D. de leg. 2.* in dubio non inducemus substitutionem. Ergo nec admittemus illorum sententiam: alij autem dicebant, nam valde vexata fuit hæc quæstio, maxime ex fideicom. posteriorem solum admitti ad fideicom.
D *Titio aut Mæuio dari volo,* Mæuium solum admitti, id est posteriorem, quod in fideicom. potissimum posterior voluntas spectanda sit, vt in *l. 19. ff. de fideicom.* quæ hoc tantum habet: *certi, & aperti iuris est in fideicom. posteriores voluntates esse firmiores,* quod ea l. videtur dicere ad differentiam legatorum: & tamen in legatis constat posteriora iudicia esse firmiora atque potiora, *l. 12. §. pen. D. de leg. 1.* & nihilominus dico l. 19. dicere hoc ad differentiam legatorum, nempe in fideicom. proprie posteriores voluntates esse firmiores: nec potest poni exemplum accommodatius ad l. 19. quam ex hac l. pen. Si legauero 1. aut 2. non dicam temere secundum esse potiorem, sed si per fideicom. legauero 1. aut 2. facilius dicam secundum esse potiorem: quod scilicet videatur testator se
E correxisse, qui postquam dixit 1. adiecit, *aut 2. dari volo,* vt vel hoc solo fretus secundus contendere possit se solum habere postremam voluntatem defuncti, quæ semper spectanda est in fideicom. in legatis non vtique semper, quia directam scripturam non infirmat quæuis voluntas. Et ita etiam libertate data per fideicom. sub variis conditionibus non posterior conditio spectatur, sed leuior, id est, quæ seruo impletu facilior est *l. 5. D. de manum. test. l. quod traditum & l. per fideicom. D. de cond. & dem.* Et ita vt eleganter refert Iustinian. in *h. l penult.* qui dicebant posteriorem solum admitti hoc in fideicom. tantum dicebant, non vtique in legatis, in quibus hoc

non eſt procliue ita dicere & affirmare. Sed horum ſententia etiam exploſa eſt in ſpecie propoſita, & probat Iuſtinian. magis aliorum ſententiam de qua nondum diximus. Alij enim ita exiſtimabant legato aut fideicom. ita relicto, *illi aut illi*, vtrumque ſimul admitti ad legata vel fideicom. perinde ac ſi ita dixiſſet, *illi & illi*, quorum ſententiæ exploſis cæteris magis accedit Iuſtin. in hac *l. pen.* heredi adempta electione cui date malit etiamſi res ſit relicta per fideicom. aut per damnationem, vt plane, inquit hæc oratio *illi aut illi* ſit παραδιάζευξις quod verbum ego reſtitui primus in hac l. pen. id eſt, ſubdiſiunctio, quæ vtrumque admittat ad legatum vel fideicom. diſtinctione accepta pro coniunctione: quod ne nouum videatur eſſe, id probat argumento interdicti, quod dicitur, *quod vi aut clam*, cui ineſt etiam poteſtas copulæ, vt ſi quis forte quid fecerit, & vi, & clam, eodem interdicto teneatur, *l. is qui puteum §. hoc interdictum, D. quod vi aut clam.* Et ita ſæpiſſime in legibus & in teſtamentis occurrunt ſimiles παραδιαζευκτικοὶ λόγοι, vt in *l. ſæpe, D. de verb. ſig. l. 6. ſup. de inſtit. & ſubſt. l. ſi ita facta D. de ini. rup. teſt.* Et ſimili modo, placet veteribus Grammaticis, ita accipere notiſſimum verſum illum Homeri. βούλομ᾽ ἐγὼ λαὸν σόον ἔμμεναι ἢ ἀπολέσθαι, vt dicat, *populum ſeruari, & ſe perire velle*, diſtinctione accepta pro coniunctione. Itemque illud Æſchyli: ἤκουσας, ἢ οὐκ ἤκουσας, ἢ κωφῷ λέγω, vt dicat, *audiſti & non audiſti & ſurdo loquor.* licet dicat, vel. itemque illud eiuſdem pœtæ, φιλεῖ σιγᾶν, ἢ λέγειν τὰ καίρια vt dicat, *Amicum ei eſt tacere, vel dicere quæ ex vſu ſient.* id eſt, *& dicere quæ ex vſu ſient.* Sic interpres Æſchyli. & ita apud Euripidem, χιτῶνά μοι χρῆσον, ἢ καὶ ἱμάτιον, vt dicat, *Stolam mihi commoda, aut tunicam*, quomodo alterum quidem petit, ſed vtroque dato maxime gaudet, quaſi is ſermo facile recipiat etiam vtrumque & ita eadem interpretatio adhibenda eſt in hereditate, vt declarat h. l. pen. *ille aut ille heres eſto*, vt vterque heres inſtitutus intelligatur. Et in libertate, *illum aut illum liberum eſſe volo*, vtrique libertas relicta intelligitur: & in tutela, *tutorem filij mei impub. illum aut illum eſſe volo*, vterque datus intelligitur. Sed non vt cum tractabamus de alternatione rerum idem iuris eſſe diximus in legatis & contractibus, id eſt ſtipulationibus; ita nunc cum tractamus de alternatione perſonarum, dicemus idem eſſe in contractibus vel ſtipulationibus quod ſtatuimus in hereditatibus, in legatis aut fideicom. libertatibus, & tutelis. non idem eſt in ſtipulationibus: Nam ſi ſtipulanti mihi aut Titio dari promiſeris, ſi videreris & mihi & Titio promiſiſſe, ſi eſſet παραδιάζευξις, *ſubdiſiunctio*, pro parte tantum valeret ſtipulatio, id eſt pro parte mea, pro parte ſtipulantis, non pro parte Titij, quia alteri ſtipulor inutiliter. Et hoc oſtenditur in *l. ſi mihi & l. vlt. in fine D. de verb. oblig.* Et tamen conſtat totam ſtipulationem valere ſi ſtipuler mihi aut Titio, quia Titius non videtur adiectus vt ei debeatur, alioquin pro parte Titij inutilis eſſet ſtipulatio, ſed vt ei ſolui poſſit quaſi procuratori meo, atque ita in totum valet ſtipulatio *§. plane ſolutio, Inſtit. de inutil. ſtip.* Et ita ſi aliquam rem venderem Titio aut Mæuio præſentibus vtens hoc ſermone, *tibi aut tibi, Titio aut Mæuio, qui præſentes eſtis*, Mæuius eſſet accipiendus pro adiecto, ſiue procuratore conſtituto rei venditæ accipiendæ cauſa nomine prioris, id eſt Titij, niſi vterque emere voluerit, & ego quoque vtique vendere, & hoc appareat agi: Nam tunc erit παραδιαζεύξει locus omnino. Et ita Accurſ. annotat recte in vlt. gloſa huius l. Lex vlt. huius tit. eſt facillima. Quæritur, quid verbo familiæ ſignificetur, non generaliter in omnibus cauſis, quoniam verbum illud eſt multiplex, ſed in legatis tantum, aut fideicommiſſis, cum quis legat rem aliquam familiæ ſuæ, vel cum rem legatam vni, petit ne is, eam alienet extero, ſed vt eam relinquat in familia: Quæritur ſub nomine familiæ qui vocentur ad fideicommiſſum, vel ad legatum, & quo ordine. Et de hac re Iuſtin. in l. vlt. ait ſe reſcripſiſſe ad ſuggeſtionem Illyricianæ aduocationis, id eſt, ad petitionem, conſultationem, vel, vt habent Baſilica, ἀναφορὰν, id eſt, *Relationem* aduocatorum fori Præfecti prętorio Illyrici. Ac primum ait, ex eo legato, vel fideicommiſſo vocari liberos vel parentes exemplo legitimæ ſucceſſionis, id eſt, ſeruato iure & ordine legit. ſucceſſionis inter liberos & parentes: poſt liberos & parentes ait vocari cognatos, ſeruata gradus prærogatiua, vt proximus præferatur vlteriori, vt in *l. omnia §. vlt. & l. peto §. vlt. D. de leg. 2.* Poſt cognatos ait vocari ex affinibus generum & nurum, non quoſcunque affines, & in ea re non ſequitur exemplum legit. ſucceſſionis: Nam affinitatis iure nulla eſt ſucceſſio: affinitatis iure nunquam mihi ſuccedet gener aut nurus: venit tamen ad fideicommiſſum gener aut nurus, quod relictum eſt familiæ poſt omnes cognatos, quia ſunt filiorum loco, etiam poſt finitam affinitatem morte filij aut filiæ, quod ponendum eſt, alioqui filius aut filia potior eſſet in eo fideicommiſſo. poſt generum autem & nurum dicit vocari libertos defuncti: nam ij etiam ſunt ex familia defuncti, cum ſint ex nomine, *quia manumiſſus, vt Tertullia. ait de reſurrectione carnis, honoratur nomine patroni, & tribu & menſa:* & Lactant. de vera ſapientia: *Seruus*, inquit, *liberatus patroni nomen accepit tanquam filius.* Si ex nomine, & ex familia igitur: nam hic familiam nominis intelligimus, non poteſtatem, non perſonas poteſtati noſtræ ſubiectas, ſed nominis eiuſdem. Et ita familiæ nomen accipitur in *l. cum pater §. fidei, & §. ab inteſtato, & l. Lucius §. Lucius, D. de leg. 2.* Et ita accipere oportet in legatis & fideicommiſſis: nam & in aliis cauſis vt notat hæc l. vlt. aliter accipitur, veluti in rebus quæ ſunt in noſtro patrimonio, ſiue animales ſint, ſiue inanimæ, vt in *tit. fam. erciſc.* & in 12. *tab. proximus agnatus familiam habeto*, id eſt, res, ſiue bona: familiæ nomen in res & in perſonas deducitur, in legatis in perſonas, eo ordine quem h. l. vlt. præſcribit. Et hic eſt finis huius tit.



AD TITVLVM XXXIX

Si omiſſa ſit cauſa teſtamenti.



IN hoc tit. proponitur edictum prætoris, quod pertinet ad tuenda legata & fideicom. cum heres inſtitutus omittit teſtamentum in necem, in fraudem legatariorum, vel fideicommiſſ. (nex non tantum eſt mors, ſed etiam fraus quædam) & ab inteſtato poſſidet hereditatem. Et pertinet etiam ad tuendas libertates tam directas, quam fideicom. teſtamento relictas, vt in 1. parte *l. 2. h. tit. l. ſi inteſtatus, l. ſi ſeruus §. vlt. D. ſi quis omiſ.* Et perfecta ſententia edicti hæc eſt, ſi teſtamento iure perfecto heres inſtitutus ſit is, qui & ab inteſtato defuncto lege heres eſſe poteſt, veluti proximus agnatus, vel filius, vel nepos, & is omittat cauſam teſtamenti in necem legatariorum & fideicom. manumiſſ. teſtamento, vt intercidant legata, fideicom. libertates teſtamento relictæ, quæ omnia ipſo iure non aliter debentur, quã ſi ex teſtamento adita ſit hereditas, vel alio modo adquiſita, vel petita bon. poſſ. ſecund. tab. ſecundum iudicium teſtatoris, ſi, inquam, heres inſtitutus hæc omittat, ſi omittat teſtam. ſiue inſtitutionem & malit ab inteſtato hereditatem pro herede poſſidere, vt faciat compendium legatorum aut fideicom. & ſeruorũ, ne hos manumittat, ne illa præſtet, vel etiã ſi heres inſtitutus non ſit de his qui defuncto ab inteſtato ſuccedere poſſunt, vt ſi ſit extraneus, & omiſſo teſtamento heredit. poſſideat pro poſſeſſore, id eſt, quaſi prædo veluti ab inteſtato fingens ſibi aliquẽ titulum ab inteſtato poſſeſſionis, *vt in l. 1. §. non quærimus, D. eod. tit.* nam omnis prædo ſiue malæ fidei poſſ. fingit ſibi aliquẽ titulum. Denique ſi ipſe qui heres teſtamento inſtitutus eſt teſtatorem inteſtatum faciat dolo malo deſtituto teſtamento

testamento deserto testamento, id est, non adquisita hereditate ex testamento, quo facto corruunt quæ in testamento scripta sunt, vt scilicet veluti ab intestato possideat hereditatem pro herede, vel bon. poss. vel vt prædo, pro possessore fictitio titulo, & ementito, sine onere legatorum & fideicom. & libertatum, ex hoc edicto, de quo hic agitur, causa cognita in eum dantur vtiles actiones legatorum nomine & fideicom. & libertatum quæ relictæ sunt per fideicom. & directæ libertates competunt. Et hæc denique omnia conseruantur iis quibus competunt aut debentur, perinde atque si ille ex testam. heredit. adiisset, non ab intestato. Salua tamen ei Falc. ex legatis & fideic. nam in libertatibus cessat Falcid. Conseruatur ei Falcid. conseruantur legata vel fideicom. pro modo dodrantis, & libertates in solidum, *l.3.h.tit.l.si duo* B *§.vlt.l.cui seruus, D.eod.l. 1.§.ad eos, D.ad l. Falcid.* atque ita fit, vt qui ex testam. non adiit hereditatem, si veluti testamento heres iure prætorio, iure honorario, vt ait, *d.l.si duo*, vt merito hic possit adnumerari honorariis successoribus. Et omittere causam testamenti videtur is, qui repudiat hereditatem testamento delatam, vel si sit suus heres qui abstinet se, *l.1.§.prætermittere 2.& §.seq.D.eod.* vel quod proprie est omittere, qui intra tempora constituta a testatore, vel a iudice, vel lege non adit hereditatem, vel alias adquirit, vel non petit bon.poss. quod in 2. parte *l.2.hoc tit.* est cessare, & insuperhabere, dum docet lex in ea parte 2. eum heredem testamento scriptum non incidere in hoc edictum, & non conueniri a legatariis vel fideicom. qui ideo omisit testamentum, atque neglexit, quod iure perfectum non esset, vel quod alio vitio laboraret, & eum tantum incidere in edictum qui C omittit causam testamenti iure perfecti, ex quo potuit adire cum effectu, id est heredem scriptum iure, vt ait *l. 3.h.t.* & in hac 2. parte l.2. iam olim memini me reponere antiquum verbum & elegans, quod exulat adhuc vulgo: Nam ita legitur: *si iudicium defuncti non vsurpabitur, sed ad irritum iuris ratione reuocatum est*, quo casu, ait, heredem non culpari, quia culpa vacat, qui non adit ex testamento irrito, si, inquam, *iudicium defuncti non vsurpabitur, sed ad irritum iuris ratione vocatum est*: Nam loco verbi *vsurpatur*, necesse est reponi verbum eiusdem modi quod respondeat sequenti verbo, *vocatum est*. nec abs re Accurs. laborat in interpretando illo verbo, *vsurpabitur*, cui fortasse suboluit non esse eam veram lectionem, sed ad eius tamen cubile non peruenit. Et iam olim, vt dixi, ex vestigiis antiquæ scripturæ sic illũ locum emen- D daui: *Si iudicium non insuperhabitum, sed ad irritum iuris ratione vocatum est. insuperhabitum*, id est, *neglectum*, id est, si non omisit testamentum contemptu iudicii defuncti, sed coactus ratione iuris, quod non valeret testamentum. & ita *insuperhabere* dixit Papinian. in eodem sensu *in l.sunt quædam personæ, D.de relig.& sump.l.heredem, D. de his quib.vt ind.* secundum Flor. pandectas: nam in vulgatis & illis locis erat mendum idem. Et sic *Apul. in metamorph. lib. 4. lacrymis mulieris insuperhabitis*. Et Symmach. in epist. *Scribendi munus insuper non habere*. Et Gellius lib. 2. *eam confidentiam non insuperhabendam intelligit*: & vetus interpres Bibliorum sacrorum in *lib. sapientiæ Iesus filij Sirac*, qui & *panaretos* dicitur, cap.19. *Qui* E *delinquit in animam suam a domino insuperhabebitur*. Et proprie, vt dixi ante, cessare, omittere, prætermittere, insuperhabere hered. testamento delatam est tempore excludi. sed locus etiam edicto est, si quis repudiauerit in iure, vel si abstinuerit se hered. fraudandorum legatariorum causa, fraudandi testam. causa, fraud. defuncti causa, ne voluntas eius adimpleretur, sed irrita fieret. Et ad hæc notandum est secundum verba edicti, ei tantum esse locum, cum is qui omisit heredit. testamento delatam eam possidet ab intestato. Sed ex constitutionibus, & ex sententia exemploue edicti edictum porrigitur etiam ad alias species. Explicabo tres. primam sumam ex l. 1. hoc tit. Sententiæ edicti, etiamsi deficiant verba, locus est si is qui omisit hereditatem testamento delatam eam ipse non possideat, sed alius, puta, substitutus, aut legitimus heres, cum heres scriptus non potuit esse legitimus, vt cum fuit extraneus: videlicet cum id actum est dolo malo inter heredem institutum & substitutum, vel legitimum heredem in fraudem legatariorum & cæterorum quibus quid testamento relictum erat, vt heres institutus testamentum omitteret & destitueret: destituta institutione cetera omnia corruunt. Nam hoc casu vterque tenetur legatariis, & fideicommissariis, & manumissis per fideicommissum. Primum tenetur is qui omisit testamentum fraudis cogitatione, licet hereditatem non possideat, & substitutus, vel legitimus heres in quem hereditas transit ab herede instituto etiam iisdem tenetur legatorum & fideicommissorum nomine, licet ipse non omiserit testamentum, imo vero substitutus maxime amplectatur testamentum omittente instituto. Sed hoc ita, vt dixi, si ita res inter eos gesta sit per collusionẽ & fraudem, in necem aliorum, si dolo malo, vt dixi: nam si quis bona fide & ex iusta causa repudiet hereditatem testamentariam, si omittat testamentum, veluti quod sit ei suspecta hereditas, quod nolit implicari negotiis & molestiis hereditariis, vel ex alia causa, cessat edictum, quia & fraus cessat, cuius solius coercendæ gratia edictum propositum est. Et ita est accipienda 3. pars l.2. hoc tit. & ostenditur etiam aliis locis sæpe multas & varias causas existere omittendi testamenti, omittendæ institutionis, omittendæ hereditatis, & insuperhabendæ institutionis vt in *l.Iulianus, D.de acq. hered.l. Papinian. §. quarta, D. de inoff test. l.cum præterea §.Titio, D.de leg. 2.* quibus casibus impune omittitur hereditas, & sine metu onerum hereditariorum: vbi autem dolo malo & fraudis consilio communicato cum substituto, vel legitimo herede, siue collusione habita cum substituto, vel legitimo herede heres institutus omittit testamentum, vterque & institutus & substitutus, vel legitimus heres legatorum & fideicommissorum petitione tenetur, ex sententia huius edicti. Et quæritur tantum vter prior conueniri debeat, vbi ita distinguitur: aut heres institutus omisit testamentum accepta pecunia, aut gratis: si accepta pecunia omisit testamentum, vt veniret hereditas ad substitutum, vel legitimum heredem ab intestato, ipse qui omisit testamentum prior conuenitur legatorum nomine, & post eum, si non sit soluendo, substitutus, vel legitimus heres, qui possidet hereditatem, & qui cum eo fraudem participauit. Sed si heres institutus gratis omiserit testamentum in hoc, vt gratificaretur tantum substituto, vel legitimo heredi, prior conuenitur substitut. vel legit. heres, qui possidet hereditatem, licet ipse non omiserit testamentum propter fraudis participationem, quam habuit cum eo, qui omisit testamentum: nam per eum factum intelligitur, vt omissum sit testamentum, & per consilium fraudulentum eius & collusionem prauam: post eum autem, si non sit soluendo, conuenitur is qui omisit testamentum in *l. 2.l.4.l.10. D. eod. tit.* Et secundum hunc ordinem, & distinctionem, & secundum illas ll. quas adduxi est accipienda *l. 1. hoc tit.* & rectius *l.1.* ait, si pecunia accepta omisit aditionem ex testamento, quam *d.l.2. D. eod. tit.* pretio accepto: Nam si heres institutus ex venditione hereditatis pretium redegerit, ipse solus tenetur legatariis, aut fideicommissariis, nec vlla fraus interuenit in *l.2.sup.de legat. l. 4. §. vlt. D. eod.* Non est interdictum heredi instituto vendere hereditatem, sed non ideo minus tenetur respondere legatariis, aut creditoribus hereditariis *l. 2.sup. de hered. vend.* licet habeat regressum aduersus emptorem hereditatis per actionem ex vendito, aut ex stipulatu. Et ita etiam diximus non esse interdictum cuiquam heredi scripto, nisi sit heres necessarius tantum vt omittat hereditatem sine fraude, etiamsi sit lucrosa & locuples, *l.6.§.si patronus, & l.si quis omissa, D. eod.* Cæterum fraude adhibita si quis omittat hereditatem, non impune

feret, quandoquidem iure prætorio habetur pro herede A testament. & conueniri potest perinde atque si adiisset ex testamento: rectius, inquam, *l.1.h.tit.* ait, *pecunia accepta*, & in *l. 1. D. eod. pretio accepto*, id est præmio, vt ita accipitur sępe, aut munere nummario. Duo autem sunt, quæ obiiciuntur huic *l.* 1. quibus expositis explicitus erit tit. primum hoc est, quod nulla fraus videtur fieri legatariis, si heres institutus omittat hereditatem, vt ea ad substit. perueniat, quia legata ab instituto relicta videntur repetita a substituto. Ergo substit. ea debiturus est, nec ea omissio hereditatis fraudi est legatariis: vt autem legata relicta ab instituto censeantur repetita a substituto, hoc est ex rescripto Seueri & Antonini, vt ostendit *l. licet, D. de leg. 1. l. si Titio §. vlt. D. de leg. 2. l. 2. inf. ad Treb.* Est ergo hoc ex rescripto eorumdem Impp. quorum est hæc *l.* 1. quæ tamen indicat fraudem fieri legata- B riis, si quis omittat institutionem, vt testamentum incipiat a substitutione vulgari, quasi a substitutione nihil debeatur legatariis, quibus ab institutione relictum est. Sed vt quod verum est statim aperiam: Obseruandum est hanc *l.* 1. fuisse priorē illo rescripto eorundem Impp. quandoquidem fuit emissa hæc *l.* 1. initio Imperii Seueri & Antonini, vt subscripti Coss. demonstrant, *Dexter & Fuscus.* Igitur tempore editæ huius legis 1. siue rescripti, nondum legata relicta ab instituto censebantur repetita a substituto. Secundo obiicitur, quod is qui omittit institutionem videtur id facere ex facultate ei concessa a testatore, qui ei substitutum dedit in hunc casum, si omitteret institutionem, id est, si heres non esset. Et edicto non tenetur cui testator permisit nominatim vt omitteret institutionem, & substituto patefaceret locum C in *l. 6. §. plane, D. eod. tit.* vel cui intelligitur concessisse apertissime vt in specie *l.1 §. si proponatur, eod.* cum institutus sibi ipsi substitutus est, & ab instituto sunt legata relicta quædam, a substituto nulla, quo casu omissa institutione amplectetur impune substitutionem, quæ non est onerosa, quia testator arbitrium eligendi dedit instituto, quem sibiipsi substituit. Idemque euenit in specie *l. Iulianus, in fi. eod.* vnde similiter possis dicere heredem institutum cui testator alium substituit, ei videri concessisse facultatum omittendæ institutionis. Ergo si omiserit non esse culpandum & puniendum. Respondeo breuiter, hoc non esse admittendum temere, vt cui dederit substitutum, ei concesserit facultatem omittendæ institutionis, nisi hoc ei adscripserit nominatim, quia ei dat substitutum in casum plurimum mortis, si moriatur ante aditam hereditatem, vt tum substitutus vocetur. non D continuo substituti simplex argumentum præbet datæ facultatis omittendi testamenti in fraudem legatariorum, licet omitti possit sine fraude: Nam edictum tantum coercet fraudem, & calliditatem institutorum heredum: & ideo actiones vtiles, quibus tenentur qui omittunt hereditatem ex testamento, & amplectuntur ab intestato, aut transmittunt in alios, non dantur nisi causa cognita in *l. 6. §. non simpliciter, eod.*



AD TITVL. XL. ET XLI.

De indicta viduitate, &c. & de iis quæ pœnæ, &c.



DAtur tit. specialis de legato aut fideicom. viro aut mulieri relicto sub conditione viduitatis aut cœlibatus, propter ius nouum quod Iustinia. ea de re introduxit, & in hoc tit. exposuit. conditio viduitatis est honesta quidem, quia viduitas species pudicitiæ est, sed tamen reipub. est inutilis, quam maxime interest augeri ciuium numero, *l. cum ita legatum, l. hoc modo, D. de cond. & demonst.* Ideoque remittenda ea conditio videtur esse tanquam publicæ vtilitati contraria, *l. 1. §. tractari, D. ad SC. Tertyll.* vt scilicet etiam ea non impleta capiendi legati ius sit. Et vero remittitur etiam ea conditio lege Iulia & Papia, si modo is caue, cui legatum relictum est sub conditione viduitatis, intra annum nubat, vel vxorem ducat, & iuret se liberorum procreandorum causa nubere, vel vxorem ducere. Appellatur autem ea *l. Miscella* in hoc tit. & in *Nouella 22.* & a Græcis interpretibus lib. 48. Basilicōn, qui iam emersit in lucem, ad *l. vlt. D. de statul.* Miscella, quod pertineat tam ad mares, quam ad fœminas, quibus viduitas iniungitur. Innumera fuere capita l. Iuliæ & Pap. de caducis, de adulteriis, de fundo dot. de maritandis ordinibus, de nuptiis, de iure & ritu nupt. tum primarum, tum secundarum, atque inde de cond. viduitatis, id est, vetitarum secundarum nupt. Et hoc caput de cond. viduitatis Miscellum appellatur, quod alia fere eiusdem legis fuerint capita de viris, alia de fœminis: hoc fuerit promiscuum, atque miscellum, atque confusaneum: quod indicat *l. 3. h. tit.* & *l. heres §. vlt.* qui est intelligendus de hac *lege D. de cond. & demon.* Eadem l. continebat etiam absque dubio alia Miscellanea, viro & vxori communia, de quibus Vlp. lib. reg. t. 15. & 16. Non displicet Miscellæ, imo nec Miscellaneæ legis appellatio, cum & Iuuenalis dixerit: *Veniunt ad Miscellanea ludi.* Et Tertull. aduersus Valentinianos, *citat Miscellaneam Ptolomæi,* nec debuit Victorius reprehendere inscriptionem librorum Politiani, quasi non sit satis purum Miscellaneorum nomen, aut seculo incontaminato minus frequentatum. Si extraneo legauero sub conditione, *Si vxor mea vidua permanserit,* ea conditio non remittitur, quia nec vlli viduitatem iniungit *l. 1. hoc tit. l. mulieri, D. de cond. & demon.* Sed si vxori ipsi, vel alii cuicumque mulieri legauero sub conditione, *Si vidua permanserit,* conditio remittitur, si modo intra annum nubat, vt dixi, si quam primum nubat, & iuret se hoc facere liberorum quærendorum causa: non est libido ex l. Iulia Miscella, & SC. tis circa eam l. factis: Sic enim legendum est ex veteribus pluratiuo numero *l. 3. SC.* quę circa eam facta sunt, veluti SC. Pernicianum, & SC. Caluitianum, quæ memorat Vlp. eod. lib. reg. Post annum vero numerandum a morte testatoris, ex eadem l. Iulia Miscella, si nubat, quod tardius nubat; quasi conditione defecta, ad legatum non admittitur. Denique post annum ea conditio viduitatis non remittitur, sed intra annum tantum, si nubat maturius, & det operam liberis, iurata se nubere studio liberorum tantum. Quin etiam si post annum nondum nupserit, secundum id quod dixi, non aliter admittitur ad legatum, quam si cauerit heredi se viduam permansuram, quæ cautio Mutiana appellatur, quod sit inuenta a Q. Mutio IC. Et locum habet in legatis, quæ relinquuntur sub conditione non faciendi aliquid, quæ non possit impleri nisi morte legatarii: Nam accipiet legatum statim legatarius, si modo caueat se non facturum quod non facere iussus est, aut si fecerit legatum restituiri cum fructibus, vel interusurio medii temporis. Et similiter habet locum cautio Mutiana, de qua agitur sæpe in *tit. de cond. & demonst.* in fideicom. ita relictis, vel in mortis causa donationibus, & in hereditate. Et hoc quidem ita obtinuit ex l. Iulia Miscella. Sed Iustinia. eam l. abrogat in *hoc tit. l. 2. & 3.* & siue imposita sit conditio viduitatis viro siue fœminæ Iustinia. penitus remittit conditionem viduitatis, vt statim ei præ- E stetur legatum, siue nubat intra annum aut ducat vxorem, siue post annum circumscripta conditione, & sublatis conditionibus l. Iuliæ Miscellæ, vt legatarius necesse non habeat præstare cautionem Mutianam, etiamsi tardius nuptias contrahat, id est post annum, & vt necesse etiam non habeat iurare se liberorum quærendorum causa id facere. & in *l. 2.* ita legendum est in illo loco, *non dato sacramento procreandæ sobolis gratia tantum.* vbi est subdistinguendum, *ad secundas migrare nuptias pœna huiusmodi cessante, siue habeat liberos, siue non, & ea percipere,* vbi est expungendum hoc verbum, *tantum.* & ait siue habeat liberos siue non, videlicet

videlicet ex priore matrimonio, vt scilicet possit impune nubere secundo, nec amittat legatum, nec iureiurando obstringatur, sed id facere liberorum procreandorum gratia, quoniam non eodem animo sunt omnes. Et non vult Iustin. vt quisquam anceps periurium subeat: & eleganter ait, *leges quæ periuria puniunt non debere viam periuriis aperire*. Sed tamen vbi habet liberos ex priore matrimonio, omnimodo eis debet seruare proprietatem rei legatæ, quæ transit ad secundum virum, & proprietatem omnium bonorum, quæ accepit a priore viro secundum constitutiones *tit. de sec. nupt*. Et hoc ita constituit Iustinia. in l. 2. & 3. abolito Miscello illo capite *l. Iul. & Pap*. Postea hoc ipsum recantat, & quodammodo redit ad l. Iul. Miscellam in Nouella 22. in qua nullo modo vult remitti conditionem viduitatis, sed ita constituit seruari deinceps, vt siue sit vir, siue mulier cui legatum relictum est sub conditione viduitatis, intra annum non capiat legatum, nisi quo casu tollatur spes omnis nuptiarum, vt si legatarius sacerdotio consecretur, si legataria se Deo deuoueat: nam hoc genere tollitur spes nuptiarum, spes liberorum, vt in l. 25. quæ est Græca *sup. de Epis. & cler. & Nouella* 123. spe nuptiarum sublata, etiam intra annum capiet legatum: Alioquin non capiet legatum intra annum, sed post annum tantum præstita cautione Mutiana, quod legati nomine ceperit, si viduo lecto decesserit, id omne cum sua causa restituiri. Igitur non remittit conditionem viduitatis, & hoc iure vtimur. At si forte hodie quis ita reliquerit legatum vxori, *si in domo mea caste vixerit*, recte Accursius putat in l. 3. hoc titul. vxori indictam viduitatem videri, quia dixit, *in domo mea*, secus si dixisset tantum, *si caste vixerit*: nam hoc genere indicitur pudicitia, non etiam vetantur nuptiæ secundæ, non indicitur viduitas: & notandum est etiam Nouellam Iustinia. 22. quæ non remittit conditionem viduitatis, pertinere tantum ad secundas nuptias, vt coerceantur, non etiam ad primas, vt Ioannes adnotauit rectissime. Nam si puellæ nondum expertæ nuptias relictum sit legatum sub conditione, *si non nupserit*, proculdubio conditio ei remittitur: at quæ mulieri imponitur conditio, *si iterum non nupserit*, hæc est quæ non remittitur: & notandum etiam ex l. 3. hoc tit. ad causam indictæ viduitatis nihil pertinere legatum sub conditione, *si vidua erit, vel cum vidua erit*, non dicit, *si vidua permanserit, sed si vidua erit, vel quotiescunque vidua erit*, aut mari, hoc modo *si vxorem amiserit, si cælibem vitam viuere induxerit in animum*, quoniam hoc genere non indicitur viduitas aut cælibatus, sed legatur pro solatio vacui lecti in hunc casum, si amiserit maritum, si amiserit vxorem, tum ei vt det heres aliquid legati nomine, & statim quidem atque extiterit conditio morte viri, aut vxoris soluto matrimonio, legati petitio est & retentio, etiamsi mox alij nubat, aliamue vxorem ducat, quia conditio quæ semel extitit non resumitur, *l. quædam, in prin. D. de fideic. libert*. Noua est constitutio Iustiniani posita in hoc tit. Noua etiam est constitut. tit. seq. *de his quæ pœnæ nomine in testam. vel c. relinq*. constitutio huius tit. est etiam noua de legatis, fideicom. & hereditatibus & libertatibus datis vel ademptis, vel translatis pœnæ causa: & vt vno exemplo cætera cognoscas atque percipias, legatum relinquitur, pœnæ causa, quod non relinquitur legatarii gratia, sed in odium, & pœnam heredis hoc modo, *heres meus ne Caio filiam tuam despondeas, si despondeas* 10. *millia Seio dato*. Seio relinquitur legatum pœnæ causa, non beneficii causa, non sui gratia, & adimitur legatum pœnæ causa hoc modo, *illi cui fundum legaui si filiam suam Caio despondeas fundum illum neque do neque lego*: & similiter transfertur pœnæ causa hoc modo, *Quod Titio legaui si is fecerit quod ne faceret vetui, puta, si filiam suam Caio desponderit, id Mæuio do lego*, transfertur legatum pœnæ causa: & eodem modo atque eodem exemplo licebit tibi ponere fideicommissum aut hereditatem, aut

Cod.

A libertatem datam pœnæ causa, quæ omnia iure veteri non valebant, siue datū esset, siue ademptum, siue translatum pœnæ causa legatum aut fideicommissum, aut hereditas, aut libertas. Et ratio hæc erat: quia libertates, hereditates, legata, fideicommissa dantur beneficii & honoris causa, & inuenta sunt hæc beneficiorum genera, vt amicos quos diligimus honore afficiamus, non vt pœnas illis infligamus: pactum quod est contra naturam contractus, dicitur non valere, *l. cum precario, D. de prec. §. 1. Instit. de societ*. Hoc est contra naturam legati, fideicommissi, libertatis, hereditatis, vt detur pœnæ causa. Ergo non valet. Et tamen Iustinian. in constitutio. huius tit. ne quid fiat contra voluntatem testatoris, hæc omnia admittit & probat, quæ pœnæ causa relinquuntur, & non obtemperante herede præcepto testatoris

B vult ea omnia pręstari aut competere. Et excipit tantum tres casus: si quæ præcipiuntur sint impossibilia, vel illicita, vel probrosa: impossibilia hoc modo: *Titio lego* x. *si digito cœlum tetigerit, quod si non tetigerit, ea* x. *lego Sempronio*. Quis capiet relictum? Titius prior legatarius circumscripta conditione impossibili: legatum igitur relictum Sempronio non valet. Idem est si quod præcepit sit illicitum aut probrosum: nam hoc habetur pro impossibili quod honeste fieri non potest, aut licite in *l. 14. & 15. D. de cond. instit*. Illicite hoc modo, *Titio lego si sororem suam vxorem duxerit, si non duxerit id Sempronio lego*, non valet legatum relictum Sempronio, & valet relictum Titio, & conditio illa illicita habetur pro non scripta. Itemque posterius legatum habetur pro non scripto. Quicquid est impossibile in testamentis, illici-

C tum, vel probrosum, pro non scripto est. Et probrosum ita, *Titio lego si vxorem illius corruperit*, quod iure naturali dicitur esse probrum in *l. probrum, D. de verb. sig. Si non corruperit id Sempronio lego*, Titius perueniet ad legatum, & conditio legato adscripta, itemque legatum sub contraria conditione relictum Sempronio habebitur pro non scripto. Et hæc tantum legata pœnæ causa relicta, si quis non fecerit quod est impossibile, illicitum, vel turpe, Iustinia. vult non valere. Et ex hac constitut. Iustinia. proculdubio in *l. 1. de his quæ pœn. causa*, addita sunt a Tribonia. ea verba, *Illicite vel probrose*, & paulo post verbum, *talem*. In hac *l.* tantum notandum est, abundare verbum *pecunias* in eo loco, vel *pecunias dari præcipere, vel aliam pecuniariam pœnam*.

D

AD TITVLVM XLII.

De fideicommissis.

HIc tit. vicinus & proximus est tit. de legatis, adeo vt & in hoc & in illo, & his quoque tit. quæ hunc & illum sequuntur, pleraque sint nominatim perscripta communiter de legatis & fideicommissis, quæ indicaui superioribus tit. vbique satis diligenter. In hoc tit. indico primum l. 6. quæ est de legato rei testatoris obligatæ creditori eiusdem testatoris, vel de fideicom. eiusdem rei, in quo idem seruatur omnino quod diximus seruari in legato rei alienæ in *l. 10. ʒ. de legat*. Indico l. 8. quæ docet seruo proprio legatum aut fideicommis-

E sum vtiliter relinqui, non tantum cum libertate directa, sed etiam cum libertate fideicommissaria, quia hoc casu legati aut fideicom. dies non cedit antequam competat libertas, id est, ante aditam hereditatem, vt in *l. si quis seruo, D. de leg. 2. l. 8. D. quando di. leg. ced. l. vnica §. libertatibus, ʒ de cad. toll.* communis & est l. 13. in qua legendum ex veteribus initio, *quoties principe loco*, id est, *primo loco & gradu*, eleganter, vt in illo versu, *Lubrica per vacuum posui vestigia princeps*. Heres institutus scribitur principe loco, substitutus deincipe loco, & legata relicta a substituto, vulgari scilicet, de quo lex loquitur, non

videntur etiam relicta ab instituto, relicta a secundo gradu non videntur relicta a principe gradu, & e contrario tamen ex Constitut. Seueri & Antonini legata relicta a primo gradu videntur repetita a secundo gradu, id est, a substituto. Ideoque si substitutio vulgaris extinguatur, extinguitur autem aditione heredis instituti, & legata extinguuntur, quæ relicta sunt a substituto, nimirum quia ea non debet institutus, & facilius ab instituto quæ sunt relicta commeant ad substitutum, quam remeant a substituto ad institutum. Ne mutemus interim veterem scripturam in *l.13.quoties principe loco*, & sic etiam in *l.18.* legamus *voluntatem immutilatam*, non *immutatam*. communis etiam est l. 24. quæ summe notanda. vt heres a quo legata sunt prædia, aut relicta per fideicommissum, non cogatur legatario aut fideicommissario instrumentum præstare originis prædiorum, quæ vere appelles *le tiltre*, instrumentum adquisitionis, quod instrumentum auctoritatis dicitur in *l. vlt. de pig. act.* Et *tabellæ auctoritatis* apud Senecam contro. 22. Legatario igitur aut fideicommissario heres non cogitur præstare instrumentum originis prædiorum legatorum siue auctoritatis, quia prædia legata sunt, non instrumentum auctoritatis, quia alia res est, quæ scilicet non sequitur prædia: nec lex distinguit, vt Pileus fecit, prædia legata sint ex parte, an in totum: nam etiamsi sint legata in totum, ea tantum præstabit heres, non præstabit instrumentum auctoritatis, sed si quando opus eo fuerit legatario, vel fideicommissario, id compelletur proferre, exhibere, ostendere, non præstare. Aliud est exhibere, aliud præstare: quod exhibetur, datur vt eo vtaris temporis causa. quod præstatur datur vt vtaris perpetuo, tibique habeas & possideas pleno iure. Et ita etiam nisi aliud actum sit, venditor prædii tenetur præstare prædium, non autem præstare instrumentum originis, sed exhibere tantum, si vsus emptoris hoc postularit, *l. Titius, l. creditor, D. de act. empt.* Ergo & hic tit. pleraque habet communia, quæ sunt inter legata & fideicommissa, sed tamen separati sunt tituli de legatis & de fideicommissis, quia & multæ inter ea separationes & differentiæ sunt, de quibus aliquantulum dicamus, quantum huius tit. tenor patitur. Fideicommissum relinquitur etiam codicillis testamento non confirmatis, non legatum: fideicommissum relinquitur etiam in epistola fideicommissaria, vel libello fideicommissario, & nutu solo, sine verbo, aut scriptura *l.22.h.tit.* legatum non item. Tacitum fideicommissum sæpius legas in iure nostro, nusquam tacitum legatum. fideicom. nutu relinquitur, vt si quis interrogatus an Titio fundum suum dari velit, reiecto capite significet se velle, vtile fideicom. est, dummodo is qui annuit fari sciat, vt ait *l. nutu, D. de legat. 3.* non necesse est eum fari, sed vt fandi impotens non sit necesse est, quia scilicet fideicom. relinquere tantum potest is, qui factionem testamenti habet, licet non faciat testamentum, *l.1. D. de leg.1.* mutus autem non potest facere testamentum, *l.6. D. qui test. fac.* Ergo nec scriptura vel nutu fideicom. relinquere, at merito in eo, qui fideicom. relinquit exigimus fandi facultatem. Et longe alia est ratio delegantis debitorem suum creditori suo in *l.17. de nouat.* qui recte delegatur nutu solo, etiamsi is qui annuit fari non possit, quia & mutus delegare debitorem suum potest. Illud etiam exigimus in eo qui fideicom. relinquit nutu, aut alio modo vt adhibeat 5. testes, *d.l.22.h.tit.* Omnino 5. testes exiguntur in voluntate fideicom. siue precaria vt valeat, nec minus 5. sufficiunt: verum vno casu, qui maxime notandus est, etiamsi nullo teste adhibito relictum sit, fideicom. præstandum est fideicommissario, vt si heres confiteatur fuisse relictum: Nam si recurrat ad subtilitatem iuris adiiciens fuisse relictum sine teste, atque ideo petitione eius fideicom. non teneri siue præstatione, non audietur, vbi heres confitetur se oneratum fuisse fideicom. non requirimus testes. Hoc ostenditur in fine titul. *de fideicommiss. hered. in Instit.* Imo etiamsi

A heres neget fideicommissum fuisse relictum, fideicommissarius hac via potest ad fideicommissum peruenire, si prius iureiurando purgarit se de calumnia, id est iurauerit se non calumniari scienter dolo malo, nec vexare heredem improbe, deinde heredi vel ei a quo fideicommissum relictum est deferat iusiurandum de fideicom. nam si heres nolit iurare quicquam ea de re, omnino cogitur præstare fideicommissum, & recusatio iurisiurandi pro confessione habetur. Et hæc est sententia *l. vlt. hoc tit.* quæ eleganter ait 5. testes esse necessarios in fideicommissis, cum fideicommissarius eligit fidem testium, id est, cum nititur probatione testium, non cum eligit fidem heredis, & 5. testes exiguntur, inquit, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, vbi quod sequitur verum testamentum, oblite-
B randum est: Nam & id subaudiuit Accurs. quæ tamen subauditio non est necessaria, imo inepta est: nam sensus hic est, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, id est, ne quid falsi testes comminiscantur & fabricent, quod vtique duo testes ex compacto facilius facturi sunt, quam plures, ideo amplior numerus testium exigitur, vt ampliores homines rei veritatem communiant, *l. quidam §. vlt. D. de furt.* Testes & signatores dicuntur rem communire. Cæterum vbi fideicommissarius eligit fidem & religionem solius heredis, nihil opus est testibus. Et nisi heres iurauerit a se fideicommissum relictum non esse, omnimodo fideicommissum præstare compellitur, licet sit relictum remo-
C tis testibus. Notandæ etiam sunt aliæ differentiæ ex hoc tit. Legata relinquuntur a solis heredibus, fideicommissa relinquuntur etiam a legatariis, & fideicommissariis, & donatariis mortis causa *l.9. & l. vlt. hoc tit.* relinquuntur & fideicommissa a patre heredis instituti in cuius potestate est heres, vel alii vel ipsi vel filio heredi instituto vt in *l.15. hoc tit.* cuius species digna est quæ proponatur. Quidam duos filiosfamil. heredes instituit simpliciter, vt ait, id est, pure: deinde in eodem testamento rogauit patrem eorum, in cuius potestate sunt, vt eos manumitteret siue emanciparet. post mortem testatoris filii iussu patris adiuerunt hereditatem, ac proinde eam patri acquisiuerunt iure potestatis patriæ: debet pater eis eamdem hereditatem restituere deducta Falcidia: quia qui eodem testamento rogauit patrem, vt filios emanciparet, & rogasse intelligitur, vt eis restitue-
D ret hereditatem: quo enim vt eos emanciparet, nisi vt filij haberent hereditatem, id est, dodrantem? Quod & confirmat *l. si cui legatum §. vlt. & l. seq. D. de cond. & demonst.* fideicom. etiam possunt relinqui ab herede heredis, vel legatarii, id est, post mortem heredis, vel post mortem legatarii, vt in *l.5. D. de leg. 3. & l.12. hoc tit.* quæ ostendit, quod notandum, fideicommissum relictum post mortem heredis, id est, ab herede heredis posse ab ipso primo herede repræsentari dum viuit. Quid nimodo id faciat sine fraude substituti, cum fideicommissario datus est substitutus, & sine fraude creditorum, vt in *l. vxorem § Seium, D. de leg. 3. l. ait prætor §. si cum in diem, D. quæ in frau. cred.* Possunt etiam fideicommissa relinqui a tutore pupilli heredis instituti, vel legato honora-
E ti, aut fideicommisso, licet ipsi tutori nihil relictum sit, quia a pupillo relinqui intelligitur. Et tutor est vice pupilli, vice domini in multis partibus iuris, nec tamen a tutore relictum legatum intelligetur relictum a pupillo: Nam rigor iuris in legatis obseruatur, in fideicommissariis latitudo voluntatis, τὸ πλάτος. Et huc pertinet l.20. huius tit. quæ est portiuncula *l.5. sup. de reb. cred.* non tamen fideicommissum potest relinqui a filio præterito, licet per poss. contra tab. ad hereditatem patris peruenire possit, quia suo iure ad eam perueniet, non ex iudicio patris *l. pen. hoc tit.* Et etiam ab exheredato fideicommissum relinqui non potest, licet per querelam inoff. test. exheredatus possit peruenire ad bona patris *l. cum quidam, sup. de leg.* Quod obtinet etiam in legato, sed in fideicommisso

fideicommisso maior erat dubitatio, quia in fideicommissis admittendis, quam in legatis proniores sumus. Et sequuntur aliæ differentiæ: in fideicommissis nuda voluntas spectatur, non desiderantur verba directa, siue imperatiua, verbum, *volo*, quod non est directum: Nam verbum, *volo*, id est, desidero, cupio, opto, facit fideicommissum in *l.* 10. *hoc tit.* non etiam legatum. In fideicommissis nulla desideratur verborum obseruatio, nec alia vlla solemnitas iure veteri, non exigimus vt rogati testes adsint, cum quis erogat fideicommissum, sed ex *l. vlt. sup. de cod.* exigimus vt 5. testes adsint, etiam non rogati, qui casu superuenerint: & exigimus etiam vt subscribant, scripto scilicet, quo fideicommissum relinquitur. Et vt adsint vno eodemque tempore & loco cum fideicommissum relinquitur, nihil præterea ex solemnibus exigimus. Et illa quoque ante *d. leg. vlt.* non erant necessaria, nec hodie sunt necessaria, si fideicommissarius rem permittat religioni heredis, id est, iuriiurando heredis. Et huc pertinet *l.* 23. *hoc tit.* Sciendum est ex testamento vel codicillis, si veritas aut iuris solemnitas desit, vt ait l. 23. nec legata præstari, nec fideicommissa l. 29. hoc tit. poterit tamen heres, si velit, vltro ea præstare sciens prudensque, licet sint data inutiliter, nec quæ præstiterit postea poterit repetere, siue condicere. & ita sæpe fit vt heres ex conscientia sola relicti fideicom. pudore quodam ductus præstet fideicommissa aut legata, quæ iure non debentur ex scriptura, vel nuncupatione sola testatoris vt in l. 2. hoc tit. imo, vt & sæpe præstet quædam sine scriptura, aut nuncupatione testatoris pietatis ergo, vt in elegantissima inscriptione vrbis Narbonæ: *Neque iussa testamento, neque voce rogata, sed pia pro meritis sponte sua posuit.* Et similiter vt licet heres rogatus sit restituere hereditatem præcepta certa quantitate, certa pecunia vel re, euenit sæpe, vt nolit ea præceptione vti, siue deductione, & vt nolit etiam deducere Falcidiam, vt fungatur pleniore & fideliore officio fidei præstandæ, vt fidum obsequium præbeat precibus defuncti, nullo deducto ex ea hereditate, vt ait *l. qui totam*, D. *ad Trebell. l.* 5. §. *pen. D. de don. inter vir. l. debitorem, D. quæ in fraud. cred.* aliquando non præstat inutile fideicommiss. quod relictum est, sed sponte sua promittit se fideicommissum præstaturum, & obligatur cum effectu vt in *l. fideicom. D. de condit. instit.* Et multo magis obligatur si transactionis causa promisit, vt in hac *l.* 23. alioquin inuitus legata aut fideicommissa non præstat, vt ait *d. l.* 23. si veritas, aut iuris solemnitas desit relicta non præstat: Relictorum nomen est generale in iure, id est, continet legata & fideicommissa, & verbum, *veritas*, in *l.* 23. respicit ad fideicommissa, in quibus veritas sola spectatur, non formula iuris. Verbum autem solemnitas respicit ad legata: nam in fideicommissis nulla desiderabatur solemnitas iuris. Et ita est explicanda *l.* 23. Placet valde obsequii verbum, quo vtitur *d. l. qui totam*, *fidum obsequium defuncti precibus præbere desiderat:* Nam & ita Plinius 5. epist. *Illius hoc munus, illius liberalitas, nostrum tantum obsequium vocetur.* qui scilicet præstat prolixe & libenter quod defunctus præstari voluit, missis subtilitatibus iuris. est celeberrima & vna ex omnibus præcipue nota differentia, quæ colligitur ex *l. cum virum, hoc tit.* Lex est singularis propter responsum Papiniani, quod in ea refertur, quod non extat alibi. Finge, heredem scriptum ex parte, cui res quasdam prælegaui, rogatum, vt quicquid ex hereditate mea ad eum perueniret id restitueret Mæuio sub conditione aliqua, aut in diem. Quæritur an non tantum debeat restituere partem hereditatis, sed etiam an prælegata restituere debeat. Et respondit Papinian. præstanda esse prælegata. Et confirmatur opinio siue responsum Papiniani ex verbis testatoris, quæ duobus locis ponderat *l. cum virum*, quia testator dixit, quicquid ex hereditate, & legata siue prælegata sunt ex hereditate, *l.* 2. §. *vlt. D. de dot. præleg.* donationes inter viuos non sunt ex hereditate, hæ non

A veniunt in fideicommissum, *l. cum quis* §. 1. *D. de legat.* 3. ergo vt dicamus prælegata venire in fideicommissum mouemur responsi Papinian. auctoritate, mouemur & verbis testatoris. Sed tamen, quod maxime notandum, *l. cum virum* optat vt fideicommissarius etiam quibusdam argumentis probet eam fuisse voluntatem testatoris, quasi verba non sufficiant. Et sane ita est, in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua, admitti quæstionem voluntatis. Et ideo non sufficit responsum Papinia. non sufficiunt verba, quæ satis aperta sunt, sed vult vt doceat fideicommissarius etiam suffragari voluntatem. Et ita in *l. quisquis*, D. *de legat.* 3. non satis habet probare fideicommissum ex verbis, sed adiicit etiam suffragari voluntatem, propterea quod etiamsi verba sint apertissima in fideicommissis, licet in scirpo

B nodum quærere, licet quærere de voluntate. in legatis si verba sint perspicua, non admittitur vnquam quæstio voluntatis, non auditur is qui dicit, aliud voluisse testatorem, quam præ se ferant verba *l. ille aut ille* §. 1. D. *de legat.* 3. *l. si alij*, D. *de vsuf. leg.* Quod autem ita definitur in hac *l. cum virum*, cum testator dixit, quicquid ex hereditate peruenerit, locum etiam habet, si testator rogauerit heredem restituere portionem suam, non portionem hereditatis, sed portionem suam, quia in portione simpliciter numerantur etiam prælegata vt in *l.* 3. §. *quidam*, D. *ad Treb.* Ergo hoc casu in fideicommissum etiam prælegata veniunt. Sed huic definitioni *l. cum virum*, multa obiiciuntur quæ cras explicabimus.

C Vt in paucissima verba conferam definitionem *l. cum virum:* Qui heredem institutum ex parte rogauit restituere alii quicquid ex hereditate bonisue suis ad eum peruenisset, & de prælegatis integris quæ ei reliquit restituendis eum rogasse intelligitur, videlicet salua Falcidia. non distinguit lex, vt Accursius, vtrum prælegata præcedant an sequantur institutionem, quæ distinctio etiam inepta est: nam siue præcedant prælegata siue sequantur, verum est ea esse semper ex hereditate, licet omnino non sint in hereditate, vt paulo post demonstrabitur. Aliud est rem esse ex bonis, aliud in bonis, §. *vlt. Instit. de vi bono. rapt.* Et ita quoque aliud est esse ex hereditate, aliud esse in hereditate. huic autem definitioni legis *cum virum* obiicitur *l. in fideicommissaria* §. *vlt.* D. *ad Treb.* quæ dicit ex decreto D. Marci eum

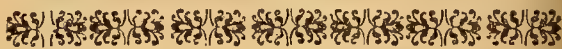
D qui rogatus est restituere hereditatem, aut hereditatis partem, nihil refert, non restituere integrum prælegatum, sed eam tantum partem prælegati, siue preceptionis, quam a semetipso iure hereditario capit. Aliam vero partem quam a coherede capit, iure legati non restituere fideicommissario, ergo non vniuersum prælegatum restituere. Non ignoratis præceptionem siue prælegatum vario iure capi, nimirum heredem qui præcipere prædium iussus est, id est, cui prædium prælegatum est, partem prædii a semetipso capere vt heredem iure hereditario pro portione hereditaria, ex qua institutus est, quia heredi a semetipso legatur inutiliter, partem autem capere a coherede iure legati, quoniam a coherede ei recte legatur. denique eam prælegati partem possidere pro herede, partem pro legato, *l. in quartam* D. *ad*

E *l. Falc. l. filium, sup. famil. ercisc. l. eum qui* §. *vlt.* D. *de iis quæ vt ind.* Et ea quidem pars prælegati, quam capit iure hereditario, quia in hereditate est, venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, alia pars quam capit iure legati non venit, quia non legatum restituere iussus est, sed hereditatem tantum, non quod haberet vt legatarius, sed quod haberet vt heres. Atque ita fit vt pars prælegati retineatur, pars restituatur. ergo non integrũ prælegatum restituitur, quod est contra definitionem *l. cum virum.* Sed huius rei facilis est promptaque responsio: quia si rogatus sit restituere quicquid ex hereditate perueniret, vt in hac *l. cum virum*, ea verba latissime patent, & complectuntur omnia quæ ex hereditate proficiscuntur, vel deriuantur, etiamsi iure hereditario

non capiantur: Sed si rogatus sit restituere hereditatem, aut hereditatis portionem, vt in *d.l. in fideicommissaria* §.1 *lt* quæ obiicitur, in restitutionem veniunt ea tantum, quæ re vera sunt in hereditate, proinde prælegati ea tantum pars in restitutionem venit, quam heres cepit iure hereditario a semetipso. Varia formula fideicommissi varium ius inducit: vnde faciamus si placet, positiones duas. Et prima hæc est: Rogato herede restituere quicquid ex hereditate peruenerit, in restitutione fideicommissi veniunt integra prælegata salua Falcid Et 2. hæc sit: Rogato herede restituere hereditatem aut hereditatis partem prælegata in restitutionem veniunt pro ea parte tantum quam heres capit iure hereditario a semetipso, non a coherede. Et huic secundæ positioni rursus multa opponuntur. Primum opponitur *l.si Titius*, D. *de leg.3*. In cuius specie heres rogatus est restituere hereditatem, & tamen nihil omnino restituit ex fideicommisso, quod a coherede accipit, sed id retinet integrum & illibatum. Et huius quoque facilis est responsio, si dicamus *l.si Titius*, non loqui de præceptione siue prælegato, quod, vt dixi, duplici iure capitur & possidetur, sed de fideicommisso a coherede relicto, quod totum a coherede capitur iure fideicommissi: & ideo retinetur etiam totum, nec vlla eius pars venit in fideicommissariam hereditatis restitutionem, quia nec vlla pars est hereditaria: quod & de legato damnationis dici potest, cum quis heredi a coherede ita legauit: *heres meus damnas esto illi coheredi tuo dare illam rem, quæ tibi obtigerit in solidum ex diuisione hereditatis*. At cum testator heredi legauit per præceptionem, quod prælegatum dicitur, hoc modo: *heres meus illam rem præcipito*, tota ea res non capitur a coherede, sed partim a seipso eam capit vt heres, partim a coherede: ideoque eam tantum partem retinet quam a coherede capit, & aliam restituit vt rem hereditariam. Deinde opponitur illi secundæ definitioni *l.Titia, D.ad l. Falcid.* In qua ponitur heres rogatus restituere hereditatem, & tamen retinet integra prælegata. Sed ea imputat in Falcid. pro parte certa. Et quæso attendite ad speciem *l. Titia*, quæ omnium iudicio non abs re existimatur difficilis. Species *l.Titia*, hæc est. Testator Tit. heredem instituit ex parte 3. id est, ex triente, & eidem quædam prædia prælegauit, eumdemque rogauit restituere Caio hereditatem retenta 4. parte trientis, ex quo fuit scriptus, id est, retenta vncia quæ est 12. pars assis. Quæritur vtrum Titius debeat etiam restituere prædiorum prælegatorum 3. partem quam iure hereditario capit retenta vncia, vt testator cauit, id est, 12. parte prędiorum: an vero integra prælegata retinere debeat. Et Iulian. in *d.l.Titia*, ait, eũ integra prælegata retinere, sed in 4. partem, id est, in vnciam hereditatis, quam retinere iussus est, eum imputare 12. partem prædiorum prælegatorum, id est, 3. partis prædiorum quam iure hereditario capit partem quartam. Et hoc ita, vt initio posui, si testator nominatim cauit vt retineret 4. tertię partis hereditatis ex qua institutus fuit: nam & tertia pars prædiorum prælegatorum est in 3. parte hereditatis. Et vt cæterarum rerum 3. partis retinet quartam, ita & 3. partis prædiorum prælegatorum ex iussu testatoris retinet 4. vt eam solam imputet in Falcid. id est 12. partem prædiorum, reliquam retineat, atque & hanc ipsam 12. partem prædiorum, & hanc solam imputet in Falcid. quia hanc solam retinere iussus est. Et placet eum qui rogatus est restituere hereditatem, non id omne imputare in Falcid. quod ex hereditate habet, sed quod ex iudicio defuncti, quatenus iussit voluitque defunctus, ex hereditate iure hereditario habet, vt in *l.3 .l.quod autem, D.ad l.Falcid.l. mulier* §. *si heres, D. ad Treb.* hoc autem casu nominatim cauit vt haberet 4. tertiæ partis hereditatis, .i. vnciam. Quod si testator non cauit nominatim vt retineret quartam, sed simpliciter eum rogauit, vt restitueret hereditatem, vel hereditatis partem tertiam ex qua fuit heres scriptus, hoc casu placet totam tertiam partem prædiorum prælegatorum, id est, vncias 4. eum imputare in Falcid. quia totam eam 3. partem prædiorum capit iure hereditario, iuxta definitionem, *l. in quartam, D. ad l. Falcid.* atque ita, vt subtiliter docet *l. Titia*, multum interest contra sententiam testatoris heres inducat Falcid. an ex sententia testatoris: nam si contra sententiam testatoris qui totam partem tertiam eum restituere rogauit, non adiiciens vt eius 3. partis retineret quartam, nihilominus retinebit quartam, sed in eam imputabit totam 3. partem prędiorum pręlegatorum quam iure hereditario capit a semetipso. Sin autem ex voluntate testatoris inducat Falcid. qui nominatim cauit vt retineret Falcid. in Falcidiam imputabit prædiorũ prælegatorum 12. tantum partem, id est, quartam 3. partis prædiorum prælegatorum, nempe vnciam. hæc est sententia *l. Titia*, ex qua intelligimus rogatum restituere hereditatem integra prælegata retinere, sed in Falcid. imputare eorum prædiorum 3. partem, si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis, vel imputare in Falcidiam tantum eorum prædiorum 12. partem, si rogatus sit restituere 3. partem hereditatis retenta quarta. Ergo prælegata non veniunt in restitutionem fideicommissi, sed imputantur in Falcid. modo pro 3. parte, modo pro 12. quod est contra superiorem positionem, quæ statuit prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte capiuntur iure hereditario. difficilius erat exponere *l.Titia*. quam respondere huic argumento: nam ita recte respondebis, vtrumque esse verum, prælegata venire in restitutionem hereditatis pro qua parte præcepta sunt iure hereditario, & imputari in Falcid. nempe imputari in Falcidiam si locus sit Falcidiæ, venire in fideicommissum si locus non sit Falcidiæ, vt in testamento militis, & si coactus a fideicommissario adierit, quo casu amittit Falcid. vel etiam hodie ex *Nou.1 .Iustiniani* si testator prohibuerit Falcid. & venire in fideicommissum similiter in specie *l. Titia*, pro parte 3. si simpliciter rogatus sit restituere 3. partem hereditatis ei relictam, vel pro parte 12. tantum, si rogatus sit restituere tertiam retenta 4. Et rectissime Accurs. in *d. l. Titia*, statuit venire in fideicommissum id quod imputatur in Falcid. ac præterea obiicitur etiam illi secundæ definitioni siue positioni quod didicimus & tractauimus in *l. cum responso, sup. de legat.* eum qui omisit hereditatem integrum prælegatum retinere: ergo inquiunt, in hereditate prælegata non numerantur vlla ex parte, cum omissa hereditate retineantur integra: etiam nihil est quod tam facile expediri possit: nos loquimur de eo qui adiit hereditatem, quo casu prælegata numerantur in hereditate pro qua parte heres extitit: illa *l. cum responso*, loquitur de eo qui omittit hereditatem, quo casu integra prælegata iure legati capiuntur a coherede, non diuerso iure. his etiam addamus, quandoquidem & iam explicita quæstio est, interpretationem *l.1.h.tit.* quæ erit amęnior. Quæstio *l.1.* est de alimentis menstruis, & vestiario annuo relicto per fideicommissum: pono fuisse relicta per fideicommissum inutiliter: & hæc ita vt ponam, fecit vicinitas *l.2 .h.t.* quæ etiam est de fideicommisso inutiliter relicto, quod tamen pius heres voluntatem defuncti ratam habens soluit, atque præstitit, vt non repetat, quod obtinere etiam in legatis inutiliter relictis & vltro præstitis ab herede approbante iudicium defuncti, nec disputante de iure, atque etiam in libertatibus ostendit, *l.non dubium, sup.de testam. & l.cum quasi §.vlt*. D. *de fideic.libert.* vbi autem relicta sunt alimenta annua, plura sunt fideicommissa, quot sunt anni, tot sunt fideicommissa, *l.4.D.de ann.leg.* & si forte sunt relicta inutiliter, forte non adhibito iusto testium numero, & heres præstiterit fideicõmissum primi anni, non ideo cogitur & sequentium annorum fideicommissum præstare, vel etiamsi secundi anni fideicommissum præstiterit, non iure cogitur & tertii anni fideicommissum præstare, quod est inutile. Verum ex hac l. 1. si primis tribus annis præstiterit fideicommissum

alimentorum, & sequentibus annis, quamdiu vixerit alimentarius, fideicommissa præstare compellitur, quia continua illa præstatione triennii videtur per omnia ratum habuisse iudicium defuncti. approbatio heredis siue ratihabitio quæ colligitur ex præstatione triennii, non si anno tantum, aut biennio præstiterit, facit vt debeatur quod non deberetur, vt sit vtile fideicommissum quod erat inutile, sicut approbatio filii præteriti facit vt valeat testamentum patris, quod erat ipso iure nullum, *l. filio præterito D. de in. rupt. d. l. cum quasi* §. *vlt.* neque dicendum est hoc esse receptum fauore vltimæ voluntatis, cum idem sit receptum in vsuris indebitis, quæ longo tempore præstitæ sunt, vt in futurum etiam præstari debeant, *l. cum de in rem verso, D. de vsur* vbi etiam longum tempus recte finies esse triennium ex hoc loco: satis videtur longo tempore præstitisse, qui triennium perseuerauerit in præstandis vsuris singulis mensibus. Solebant enim solui in menses, in calendas, & inde calendarii nomen. neque huic definitioni quicquam obstat *l. creditor, sup. de vsuris*, quæ dicit eum qui soluit sæpe vsuras ex consensu, id est, ex pacto habito inter se & creditorem, porro non compelli etiam vsuras soluere si nolit. Ratio est aperta: quia ex pacto non nascitur obligatio, & vsuras soluit ex pacto: non vt debitas igitur iure ciuili: at in hac specie, & in specie *l. cum de re in verso*, soluit vsuras, vel alimenta vt debita, vt obligatus, non vt ex pacto quod non obligat. Et præterea ex iudicio defuncti & ratihabitione heredis constituitur obligatio. Ergo & in futurum præstanda sunt alimenta quæ quis triennio præstitit. Sic etiam respondendum est ad *l. si certis annis, sup. de pact.* vbi qui ex pacto vt ait nominatim, soluit reditus aliquantum temporis, deinceps etiam non cogetur soluere, quia soluit vt ex pacto, & ex pacto non est obligatio. Sic etiam respondemus ad *l. operis non impositis, de oper. libert.* Libertus cui non erant impositæ operæ, id est, qui non debuit operas, eas tamen præstitit ex pactione, ex voluntate, an inuitus cogetur præstare easdem operas? minime: quia eas præstitit ex voluntate nuda, animi gratia, quod neminem obligat, neque in futurum, neque in præteritum: non præstitit eas vt obligatus, vt confitens se eas debere, sed animi gratia. Et ita dicimus, eum qui habet immun. ne gerat munera publica inuitus, qui habet hoc priuilegiũ nõ amittere priuil. si volũtarie munus suscipiat, *pour son plaisir*, non ideo cogetur & in futurum quæcumque munera publica oblata suscipere. quod quis vltro & liberaliter munus Reipub. suscipit, non labefactat priuilegium eius *l. 2. ff. de priuileg. veter. l. voluntariæ, sup. de excus. tut.* quod notandum. Et ita etiam quod solui ex mera liberalitate, aut ex causa inefficaci ad obligandum non labefactat immunitatem meam, quia id præstare obligatus non sum, sed si quid præsto vt obligatus, ita vt videar fateri esse obligatus, & perseuerem præstare sat longo tempore, & maxime si approbo iudicium defuncti sciens quantumuis licet irritum sit, obligabor & idem præstare in posterum. Et hæc est huius quęstionis definitio. Hic tit. non tantum est de fideicommissis specialibus, id est, singularum rerum, sed etiam de vniuersalibus, id est, de fideicommissariis hereditatibus, vt patet ex *l. 3. §. 12. & 15. & ex l. cum virum.* cuius quæstiones heri absoluimus, & ex *l. eam quam, ex l. cum acutissimi, & ex l. vlt.* nam & quod dicitur de vniuersalibus fideicommissis facile trahitur ad fideicommissa specialia, vt quod dicitur in *l. cum acutissimi*, de fideicommisso hereditatis constat pertinere etiam ad fideicommissum speciale & legatum, ex *l. generaliter in fine sup. de instit. & subst.* comprobatur autem in *d. l. cum acutissimi, & d. l. generaliter*, in vtraque responsum Papinia. quod exstat in *l. cum auus, ff. de cond. & demonst.* qui fideicommisso hereditatis relicto a filio, vel nepote, vel pronepote, primus respondit semper fideicommisso inesse tacite hanc conditionem, *si filius, vel nepos, vel pronepos sine liberis decesserit, vt tum hereditatem restituat*, ducta coniectura ex pietate parentis, quam admittit Iustinian. in *d. l. generaliter*, etiamsi non iusti & legitimi liberi, sed naturales instituti proponantur, & onerati fideicommisso vniuersali post mortem suam. Conditio tamen illa quæ subintelligitur *si sine liberis decesserit*, accipienda tantum est de iustis liberis, non de naturalibus, si sine liberis iustis decesserit, nisi alia fuerit mens testatoris, quia vix vnquam quisquam alium inuitat ad procreationem liberorum iniustorum, siue naturalium, qui & nothi & obliqui & degeneres dicuntur. Extraneo autem herede instituto & rogato restituere hereditatem non subintelligimus eandem conditionem, quia in extraneo cessat pietatis coniectura, quæ Papinian. permouit. Et de hac re quidem satis. Veniamus ad *l. eam quam*, cuius interpretatio finem adferet huic tit. Male fere omnes Doctores, vt notatur in ipso summario legis, sequuti Azonem censent hanc esse sententiam *l. eam quam*, vt si institutio heredis nulla sit ob errorem testatoris, qui, puta, puellam heredem instituit vt filiam adoptiuam, cum iure non esset adoptata: Institutionem quidem nullam esse. Et ita si institutio nulla sit ob errorem illum testatoris, legata tamen & fideicommissa conseruari & præstari a legitimo herede testatoris ab intestato. Primum vt refutemus hanc communem interpretationem, lex *eam quam*, non ponit testatorem puellam instituisse vt filiam adoptiuam, non instituturũ si non iure factam adoptionem fuisse nosset, quod exigitur vt institutio nulla sit, *l. 4. & l. 7. sup. de hered instit. l. neque sup. de testam.* Sed lex ait simpliciter, eam quam frater tuus instituerat, nec addit vt filiam, & quod ait *eam quam &c.* appellatur ea forma loquendi *Syllepsis*, & est similis in *l. filium quem, sup. famil. ercisc.* & in *l. filiusfamil. §. diuid. de leg. 1. & l. qui Romæ §. Flauius ff. de verb. obl.* Et illo loco: *eunuchum quem dedisti nobis quas turbas dedit, & populo vt placerent, quas fecisset fabulas, & quas faciet de integro comœdias spectandæ an negligendæ sint vobis prius.* non ponit, inquam, ea lex eam puellam fuisse institutam vt filiam, imo vero cum ponat testatorem ei substituisse pupillariter per fideicõmissum, ex eo apparet eum vt extraneo substituisse: nam vt filiæ iure adoptatæ, substituisset pupillariter verbis directis. Et præterea lex significat puellam posse adire hereditatem. Et si adierit, fideicommissum ab eius heredibus præstari. Ergo institutionem non esse nullam. Denique non fuisse institutam vt iustam filiam, alioqui institutio esset nulla, nec posset ex ea adire, nec heredes eius ex ea institutione relictum fideicommissum præstare compellerentur. Item lex non dicit fideicommissum deberi, puella non adeunte hereditatem aliter quam si & ei relictum sit ab intestato a legitimis heredibus testatoris. Ac præterea de fideicommisso loquitur, non de legato. fideicommissum potest relinqui ab intestato, non legatum, *l. si Titio pecunia §. 1. ff. de leg. 1. l. vlt. ff. de leg. 3.* Et postremo quod statuunt ex hac vna lege, vt ostendi, male accepta vel contorta, si institutio fuerit nulla, quod ita statuunt ob errorem testatoris, cætera conseruari, hoc nunquam mihi probabunt, nisi ex hoc vno loco male contorto, vt ostendi, quia repugnat ratio iuris, cum institutio sit caput & fundamentum totius testamenti, qua deficiente omnis scriptura testamenti corruit, & collabitur, *l. 9. ff. de testam. tut. l. 3. §. 1. ff. de legat. l. 3. §. vlt. ff. vt in poss. legat.* Itaque facessat ista interpretatio Azonis, & amplectamur magis speciem quam priore loco ad hanc legem apposuit Accurs. noster, quam vobis exponam latius & diligentius: nam hac specie legis sola bene posita velut aditu ianuaque patefacta, facile perueniemus ad verum sensum legis. Species hæc est: Quidam puellam impuberem sui iuris arrogauit pro filia, sed non rite, non iure, quia non arrogauit eam solemniter, & causa cognita apud princi-

pem, vti oportet, §. *cum autem*, *Instit. de adopt.* non est A igitur filia. Deinde moriens eam heredem instituit & ei substituit pupillariter in secundum casum, non verbis directis, quia nec valuisset substitutio, sed verbis precariis & simpliciter, hoc modo: *Si filia heres mea intra pubertatem decesserit*, id est, ante impletum 12. annum ætatis, *bona mea ad Titium & Sempro. peruenire volo. volo*, est verbum precarium, *simpliciter* substituit, vt ait lex, quia scilicet non designauit personam a qua fideicommissum relinqueret, quamuis fideicommisso hereditatis oneraret. Quo genere videtur generaliter fideicommissum hereditatis reliquisse ab omnibus qui & heredes extitissent, siue ex testamento, siue ab intestato. *Simpliciter* ergo in hac lege in hac parte, id est, generaliter non nominatim, vt in *l. si domus in pr. D. de leg.* B 1. Postea mortua est puella intra pubertatem, atque ita dies fideicommissi cessit. Quæritur a quo præstandum sit fideicommissum Titio & Sempronio. Et distinguimus: aut puella adiit hereditatem ex testamento, aut non: si adiit, fideicommissum ab eius heredibus debetur, hoc est certissimum: dico si adiit, quia cum non fuerit iure adoptata extranea heres fuit, non sua. Extraneus non potest adquirere hereditatem sine aditione, nec transmittere in heredes non aditam. Si esset iure adoptata, esset in familia & potestate adoptatoris, ac proinde ei sua heres esset, & statim ei heres existeret ipso iure, sine aditione, *l. in suis, D. de suis & legit. hered.* Et transmitteret hereditatem ad heredes suos, *l. 3. sup. de iure delib.* Et similiter ab eius heredibus deberetur fideicommissum. Sed quia non fuit sua heres, id est non fuit filiaf. sed extranea heres, ideo lex aditionem C desiderat, vt ab eius heredibus fideicommissum debeatur: nam si non adiit hereditatem ex testamento, fideicommissum debetur a legitimis heredibus testatoris ab intestato, non ab heredibus puellæ, quia qui simpliciter substituit, & generaliter verbis precariis videtur porrexisse preces suas ad omnes successores suos, siue iure testati venirent, siue iure intestati. Et hoc est quod ait illo loco, *nihil prohibet fideicommissum petere vel ab ipsius puellæ heredibus, vel qui bona intestati tenent.* & subiicit, nihil obstare regulam iuris, quæ vult non adita hereditate ex testamento nihil eorum valere, quæ in testamento scripta sunt, *l. si nemo, D. de regul. iur.* Ergo si puella non adierit hereditatem ex testamento non deberi fideicommissum hereditatis, hoc est non valere D substitutionem pupillarem ei factam verbis precariis. non tantum, vt hoc interim admoneam, substitutio pupillaris facta precario, sed quæcunque substitutio precaria appellatur hereditas fideicommissaria: Et retro omnis hereditas relicta per fideicommissum dicitur substitutio, precaria scilicet. Et hominis est non versati in libris iuris dicere, quod dixit Antonius, id tantum fideicommissum hereditatis appellari substitutionem precariam, quod relinquitur in casum mortis pupillæ, ad exemplum pupillaris substitutionis directæ. Ergo videbatur obstare illa regula iuris, id est, ex ea videbatur quis efficere posse, non adeunte puella hereditatem non valere substitut. pupill. ei factam verbis fideicommissi. Et vero si facta esset substitutio pupillaris puellæ heredi institutæ verbis directis, hoc modo, *si* E *intra pubertatem decesserit, Titius & Sempro. heredes sunto*, ea non adeunte hereditatem euanesceret substitutio pupil. *l. 2. §. quisquis, D. de vulg. subst.* Denique herede impubere instituto non adeunte, vel eo adeunte, & substitutis non adeuntibus directo sibi delatam hereditatem pupilli ex substitutione pupillari, substitutio pupil. euanescit, si ipse non adeat, quia nec substituti adire possunt. Si adeat, quia substituti non adierunt ea mortua intra pubertatē. hoc ita in substitutione pupillari directa. At in hac specie fuit facta substitutio pupillaris per fideicommissum, & *simpliciter*, vt ait lex, adeout successores ab intestato rogati intelligantur. Titio & Sempronio hereditat. restituere. Quamobrem puella mortua intra pubertatem nondum adita hereditate, Titius, & Sempronius non possunt quidem adire hereditatem, quia fideicommissarii dicuntur postulare & recipere hereditatem, non adire, sed postulare possunt eam hereditatem a legitimis heredibus testatoris, eosque cogere vt adeant ipsi hereditatem, ac deinde restituant sibi, quod non tantum testamentaria heres, sed & ipsi generaliter ea omittente testamentum videantur eodem fideicommisso onerati: & opposita hæc sunt in hac l. *adire hereditatem*, *& postulare hereditatem:* aditur iure directo postulatur iure fideicommissi, non aditur. in illo loco. qui notandus est, *cum verbis relicta directis adiri potuit hereditas*, *non cum illa ipsa sic data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda*, sic est legendum *cum verbis directis.* Et ne quæ resideat difficultas, cum hereditas relicta est substitutis verbis directis, tunc valet regula quæ obiicitur, & cum potuit adiri hereditas. At non adeunte instituto, nec potuit adiri a substituto verbis directis, a substituto autem verbis precariis nunquam aditur hereditas, sed postulatur. Et iure postulatur etiam destituto testamento cum proponitur testator generaliter eodem fideicommisso onerasse omnes successores suos quoquo iure succederent testati vel intestati. Et ita callemus pulchre sensum huius l. ex quo breuiter colligimus, fideicommissum testamento relictum non deberi ab herede heredis instituti, si heres institutus ex testamento non adierit hereditatem vt in *l. 9. hoc tit.* quæ est coniungenda, vt inscriptio & subscriptio docet cum *l. 14. sup. de testam.* in vtraque ita posita specie communiter, vt voluerit quis facere testamentum non codicillos, idque appareat ex institutione & exheredatione, quam in eo instrumento scripsit, quæ non scribitur in codicillis, quia codicillis directo neque datur, neque adimitur hereditas, vt, inquam, appareat ex eo, eum voluisse facere testamentum, non codicillos, nec tamen testamentum iure perfecisse. Et ait nec fideicommissa quidem ex eo testamento deberi veluti ex codicillis, quia non codicillos, sed testamentum facere voluit, vt in *l. ex ea scriptura, ff. qui testam.* Ex ea scriptura quę ad testamentum faciendum parabatur, id est, vt Græci breuiter vertunt ἀπὸ σχεδαρίου, ex ea scriptura, ex eo libello, ex ea schedula: si nullo iure fuerit perfectum testamentum, neque fideicommissi verba valere debere. Merito igitur ita concludemus ex *l. eam quam*, fideicommissum testamento relictum non deberi ab herede heredis instituti, si ab herede instituto ex testamento adita hereditas non fuerit, sed addendum ex eadem *l. & ex d. l. 29.* deberi tamen fideicommissum a legitimis heredibus testatoris, si & ab intestato succedentes rogati probentur, vel rogati intelligantur & generali & simplici sermone testatoris, vt in specie huius l. vel ex clausula codicillari, vel ex aliis coniecturis, & breuiter omnibus vndecim casibus quos studiose collegit Accurs. in hac l. in quibus perscrutandis vos exerceatis, abrogato tamen casu 12. & 13. quos etiam interpretes omnes reiiciunt iure meritoque.



AD TITVLVM XLIII.

Communia de legatis & fideicommissis.



IN superioribus tit. multa exposita sunt, quæ vbique notaui satis diligenter, quæ semper fuerunt, & sunt etiam hodie communia legatis & fideicommissis: in hoc autem tit. proponuntur, quæ cum ante non fuissent communia Iustinianus communia fecit: ac primum quidem in *l. 1. hoc tit.* Iustin. communes facit actiones leg. & fideicommissorum. Qua in re ante Iustinianum magna erat differentia inter legata & fideicommissa,

commissa, atque etiam inter ipsa genera legatorum: nam legata petebantur per actionem & per iudicem datum specialiter in causa legati, *l. si quid ex Pamphila D. de leg. 2*. Et si erant relicta per vindicationem hoc modo, *Do, lego, vel capito, aut sumito, aut habeto*, legatum petebatur vel per actionem ex testamento, quæ est in personam, vel per actionem in rem, quia & hoc genere legati testator vindicandæ rei legatæ potestatem facit cum ait, *capito tibi, aut tibi do lego*. Et hoc ostenditur in *l. cum filius §. pen. D. de leg. 2. l. huiusmodi §. vlt. & l. seq. & l. si seruus §. cum homo D. de leg. 1. & l. 3. sup. de leg.* vel etiam per actionem ad exhibendum, aut in factum vt in *l. si heres rem legatam D. de leg. 2. l. quod legatum D. de iudic.* vtra scilicet maluisset legatarius vti. nam plures actiones dantur, non vt omnibus legatarius vtatur in solidum vel pro parte legati: non in solidum, quia testator semel tantum dari voluit: non pro parte, quia legatum in partes scindi non potest, sed dantur plures actiones, quemadmodum ostenditur in *d. §. pen.* vt laxior sit agendi facultas, & vt ex multis, quæ suppetunt legatarius eligat vnam, cuius beneficio perueniat ad legatum. Legata autem per damnationem relicta, veluti *heres meus illi dare rem illam damnas esto*, & ita Græci interpretantur καταδικάζω σε, *damno te*, vel etiam legata relicta sinendi modo, ita scilicet, *heres meus sinito illam rem illum sumere & sibi habere*, hęc petebantur tantum per actionem in personam, *Aio te mihi dare oportere: aut quod damnauit testator vt mihi dares, id mihi dari oportere*. Legata autem relicta per præceptionem, quæ heredibus solis relinquuntur hoc modo, *heres meus illam rem præcipito siue præcipuam habeto*, extra partem hereditatis scilicet, hęc veniebant in actionem famil. ercisc. *l. heredes §. vlt. l. rem, D. famil. ercisc.* fideicommissa autem non petebantur per actionem iure ordinario, non per formulam, vt ait Vlpia. *lib. reg. tit. de fideicommissis*. Non ergo per iudicem specialiter datum in causa fideicommissi, sed per extraordinariam persecutionem interuentumque ipsorum magistratuum, veluti consulum, aut prætoris fideicommissarii in vrbe, vel præsidum in prouinciis, vt in *l. pecuniæ §. persecutionis, ff. de verb. signif.* fideicommissa non erant ordinarii iuris, ideoque de fideicommissis non dabatur iudex specialis, qui ex formula ea de re cognosceret & arbitraretur, sed ipsius magistratus cognitio erat, & omnis cognitio magistratus extraordinarium iudicium est: nam iure ordinario magistratus non cognoscit de causis, sed dat iudices qui cognoscant speciales in quaque causa, iudices pedaneos, iudices delegatos. Sed & fideicommissorum nomine olim fiebat quædam solemnis in rem missio aduersus extraneos possessores rerum per fideicommissum relictarum, vel rerum hereditariarum, herede scilicet non existente soluendo, vt ait Nouella 39. ἐξ ἀπορίας, id est, herede non existente soluendo, quæ solemnis in rem missio non fiebat in legato vindicationis, vt recte Gręci interpretes notant hoc loco. & longe diuersa erat a missione in possess. rerum omnium hereditariarum, quæ fit communiter legatorum, aut fideicommissorum seruandorum causa herede non cauente legatorum aut fideicommissorum nomine, quo genere pignus Prætorium constituitur, de quo est *inf. tit. 53*. Et hęc quidem ita se habuerunt ante Iustinianum. At ex constit. Iustinian. id est ex *l. 1. hoc tit.* quam in *Instit.* ait se fecisse cum magna lucubratione, & sane est plenissima iuris, perfectissimaque constitutio, quę nihil omittit, & in qua nihil possis iure desiderare, vt omnes constit. Iustiniani sunt eruditissimæ, vt pote cōditæ a maximo I. C. nempe Triboniano, qui fuit alter Papinianus studiosissimus iuris veteris, & sine quo periissent omnes libri veterum I. C. quorum ille solus copia abundabat ætate Iustiniani. Ex hac constitutione, inquam, de legatis omnibus cuiuscumque generis & fideicommissis tres competunt actiones ordinariæ: actio ex testamento, vel ex codicillis, actio ex vltima voluntate quę est in personam heredis, vel eius a quo fideicommissum relictum est, & actio in rem ad vindicandam rem, quæ relicta est, si res testatoris fuerit, non si aliena, non si heredis propria quæ legata sit, cuius etiam testator vindicationem dare non potuit: & 3. actio hypothecaria ad persequendam possessionem rerum hereditariarum pro quantitate legati aut fideicommissi: non etiam rerum heredis, vel eius a quo fideicommissorum nomine res omnes hereditariæ tacito iure legatariis aut fideicommissariis pignori hypotheceque obligatæ sunt. potuit testator ipse in testamento legatariis aut fideicommissariis res hereditarias pignoris iure obligare, vt ait hoc loco Iustinian. & probat lex *fundus, de ann. legat. & l. Lucius de alim. legat. & l. non est, de pign. actio*. Ergo, inquit, potuit & Imp. eisdem legatariis, vel fideicommissariis dare tacitam hypothecam in omnibus rebus hereditariis, etiamsi de eo nihil cauerit ipse testator, nihilue conuenerit inter heredem & legatarios, aut fideicommissarios quasi ex tacita voluntate testatoris, vel ex tacita conuentione. Igitur non possunt non peruenire ad legata vel fideicommissa ii quibus relicta sunt, cum omnis hereditas eo nomine eis tacite pignorata intelligatur. Et maxime, inquit, in hac *l. Si legata aut fideicom. pys actibus destinata sint*, in quibus tamen hoc non est præcipuum: Nam animus est Iustinian. vt & aliorum legatorum nomine, quæ non sunt destinata piis actibus, vel vsibus competat actio hypothecaria. Id tamen esse præcipuum in legatis destinatis piis actibus, vt si per errorem soluantur, cum iure non debentur. repeti non possint condictione indebiti *l. 45.* quæ est Gręca *sup. de epis. & cler.* cuius fit mentio in fine *tit. de oblig. quasi ex contractu in Instit.* ergo de legatis omnibus & fideicommissis hodie tres illæ actiones competunt: & sublata est illa solemnis in rem missio, quæ fiebat fideicommissorum nomine, quia sufficiunt illæ tres actiones. Et notandum est huic constitutioni locum esse, vt legatorum & fideicommissorum nomine omnes res hereditariæ pignori obligatę sint, non tantum si ab herede legatum aut fideicommisum relictum sit, sed etiamsi a legatario, vel fideicommissario, vel alio a quo fideicommissum relinqui possit, vt ait, veluti a donatario mortis causa, a debitore ex constitutione D. Pii, a legitimo herede, ab herede heredis, vel legatarii, a patre vel domino heredis instituti, quia ab iis personis relictum fideicommissum non valet nisi ad eas aliquid peruenerit ex rebus defuncti, iudicio defuncti, *l. 6. in fine, de leg. 3.* Et hæ ipsæ res quæ ad eos peruenerunt eo defuncto fideicommissi nomine quod ab eis relinquitur tacito intellectu hypothecæ obligatæ sunt, earumque persequutio est per actionem hypothecariam: & recte ait, & custodite in *hac l. 1. fideicommissum*, quoniam a legatario vel fideicommissario vel cæteris quos enumeraui, nondum potuit legatum relinqui. Sed postea placuit Iustiniano, vt & ab iis legatum relinqui posset, vt fideicommissum in l. 2. huius tit. ad quam transeamus, quoniam satis abunde diximus de l. 1. Lex prima fecit communes actiones legatorum & fideicommissorum, lex secunda eiusdem Iustiniani facit communia verba legatorum & fideicommisorum, imo & communia iura legatorum & fideicommisorum, communia verba facit, quia vult vt legatum vel fideicommisum faciat sola voluntas defuncti, non verba directa legatum vt olim, & verba precaria fideicommisum. denique ex sententia Iustiniani, legatum est quod legatum defunctus esse voluit, quamuis reliquerit verbis precariis & inflexis, qualia sunt, vt ait recte, *mando, rogo, volo, fideicommitto*. Et similiter fideicommisum est quod defunctus fideicommisum esse voluit, quamuis defunctus id reliquerit verbis directis & ciuilibus, quale est inquit, verbum *iubeo*, rectissime: nam tantum abest, vt Vlpianus in fragmentis scripserit verbum *iu-*

beo, esse precarium, vt nominatim scribat libertatem A ita directo dari, *illum liberum esse iubeo*, & hereditatem similiter, *illum heredem esse iubeo*, & legatum quoque per damnationem hoc modo, *heredem meum dare iubeo*: Ergo *iubeo*, est verbum directum Vlpiano, sed addidit Iustinian. in hac lege pen. temperamentum veluti quoddam, *forte* scilicet, *iubeo* esse verbum directum forte: nam videtur plerisque esse verbum commune legati & fideicommissi. Sane fideicommisso aptatur in *l. Aurelius* §. *vlt. D. de liber. leg.* Ambiguitas verbi fecit, vt adderet, *forte*, quam ambiguitatem etiam refert Iustinian. in hac l. 2. fuisse verbo Græco ἐνορκῶ: sic legit rectissime doctissimus Holoander, sic habent innumeri libri manuscripti, non diuisim, vt Alciatus legit ἐν ὅρκῳ. *in iureiurando*, quoniam manifeste lex agit de vnico B verbo, & vt ante de verbo, *rogo*, *volo*, *mando*, *iubeo*, ita & mox de verbo ἐνορκῶ, quod est adiuro, siue iureiurando conuenio, vel obtestor, vt des vel facias, eadem forma composito, qua verbum εὐορκῶ, quod est liquido iuro: & est frequentissimum testatores cum iurisiurandi obtestatione heredes onerare legati, aut fideicommissi præstatione vt in *l. 3. ff. de iu. fisc. per Deum rogo te heres mi vt illi des fundum*: & in §. 1. *Institut. de fideicomm. heredit. Per salutem principis peto, vt illi des illam rem*, & in *l. cum pater* §. *filius*, *ff. de leg. 2.* qui locus est summe notandus, ponitur testator cum iurisiurandi religione rogasse tabulis data fideicommissa præstare, quæ enixæ preces, vt ait lex, id est, omni nixu effusæ per omnes Deos adiurato herede effectum sunt habituræ, etiamsi ab intestato non ex testamento heres rem obtineat, licet non sit adiecta clausula codicillaris, C quia valde vult dari, & omnino dari id de quo adiurat heredem, & obtestatur siue obsecrat, valde cupiens, pregestiens animo id dari, quod obsecrat & obtestatur dari, ideo tale fideicommissum etiam ab intestato debetur. male Alciatus hoc loco & Accurs. etiam hoc modo ponit exemplum: Si quis scripserit in testamento, iure me daturum Titio 100. nam ex hac scriptura neque legati neque fideicommissi petitio est, *l. Titia*, *in prin. ff. de leg. 2.* male item Accurs. ponit exemplum in conditione iurisiurandi scripta hoc modo, *ille heres esto*, si iurauerit se daturum Caio decem millia, quia & conditio D illa neque legatum facit neque fideicommissum: sicut quem pono in conditione, vt dicunt nostri, non pono etiam in dispositione. Ac præterea etiam illa conditio iurisiurandi iure prætorio remittitur, vt & ipse Accurs. notauit in *l. quæ sub conditione*, *in prin. ff. de condit. instit.* communia etiam in hac l. 2. Iustinian. facit iura legatorum & fideicommissorum. quomodo? Ita scilicet, vt iura fideicommissorum, quæ fuerunt humaniora, vt ipse ait, & pinguiora siue locupletiora communicentur legatis, puta vt hodie legatum possit relinqui non tantum ab herede instituto in testamento, sed etiam ab herede legitimo, & a legatario, & a fideicommissario & ab herede heredis vt fideicommissum, & ab aliis omnibus quos enumerauimus in l. 1. Et consequenter vt & hodie legatum nutu relinqui possit, vt fideicommissum, vel in libello, & in epistola fideicommissaria. Contra E quoque vt quod amplius iuris est in legatis communicetur fideicommissis, puta, vt iisdem actionibus petantur fideicommissa quibus legata, vt non tantum legata, sed etiam fideicommissa iure ordinario debeantur: & vt non tantum legatorum sed etiam fideicommissorum dominium transferatur in accipientem. Et iam vt legata non censeantur ex rigore iuris ciuilis nec strictius accipiantur, sed ex sola voluntate defuncti, quæ legitima sit, vt hæc sola dominetur tum in legatis, tum in fideicommissis, denique vt per omnia & in omnibus exæquata sint legata fideicommissis quod primus Iustinian. introduxit in hac *l. 2.* Et qui putant idem Vlpian. scripsisse in *l. 1. ff. de leg. 1.* profecto maximo in errore versantur: Nam Vlpia. non dixit per omnia, & in omnibus exæquata esse legata fideicommissis, vt in *l. 2.* §. *pen. D. de iu. codic.* dicitur per omnia & in omnibus furiosum absentis & quiescentis loco haberi, sed Vlpia. tantum dixit, per omnia exæquata esse legata fideicommissis. Et quærendum nunc qua in re sint per omnia exæquata: Non enim tunc erant exęquata in omnibus. Et hoc inscriptio legis indicat, quę sumpta est ex lib. 67. *Vlpiani ad edictum*, quo tractauit de lege Falcidia & de interdicto, *quod legatorum*, quod datur tantum propter retentionem Falcidiæ aduersus legatarium, vel fideicommissarium, qui quod sibi relictum erat occupauit: & in hac parte iuris, quæ est de lege Falcidia, per omnia exæquata sunt legata fideicommissis. Idque ex Senatusconsulto Pegasiano: nam ex lege Falcidia quadrans retinetur tantum ex legatis, sed ex Senatusconsulto Pegasiano, lex Falcidia porrigitur etiam ad fideicommissa, atque ita Falcidia detrahitur ex legatis, & ex fideicommissis specialibus, & vniuersalibus, & interdictum quod legatorum ad retinendam Falcidiam datur, non tantum legatorum sed etiam fideicommissorum nomine *l. 1. ff. quod legat.* quæ est ex eodem libro Vlp. vt quæ imputantur in Falcid. legatorum, eadem etiam imputatur in Falcid. fideicommissorum, aut quæ non imputantur in legatis, non imputentur etiam in fideicom. *l. in quartam ff. ad l. Falcid.* vt plane Vlpia. non scripserit *in omnibus*, quod primus Iustinian. introduxit, sed in l. Falcid. exæquata esse legata fideicommissis.

Ad L. vlt.

Si duobus vel tribus hominibus, vel pluribus forte optio serui vel alterius rei fuerit relicta, vel si vni quidem legatario optio serui vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes: dubitabatur inter veteres si inter legatarios vel heredes legatarij fuerit certatum, & alter seruum, vel alteram rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, & sortem inter altercantes adhibendam: vt quem sors prætulerit, is quidem habeat potestatem eligendi, cæteris autem æstimationem præstet contingentium eis partium: id est, seruis quidem & ancillis maioribus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis æstimandis, minoribus vero decem annis, non amplius, quam in decem solidos computandis: sin autem artifices sint, vsque ad triginta solidos æstimatione eorum procedente, siue masculi, siue fœminæ sint: exceptis notariis, & medicis vtriusque sexus: cum notarios quinquaginta solidis æstimari velimus, medicos autem & obstetrices sexaginta. Eunuchis minoribus quidem decem annis, vsque ad triginta solidos valentibus: maioribus vero vsque ad quinquaginta: sin autem artifices sint, vsque ad septuaginta. 1. ¶. *Sed & si quis optionem serui vel alterius rei reliquerit non ipsi legatario, sed quem Titius forte elegerit, Titius autem vel noluerit eligere vel non potuerit, vel morte fuerit præuentus: & in hac specie dubitabatur apud veteres quid statuendum sit: vtrumne legatum exspiret, an aliquod ei inducatur adiutorium, & viri boni arbitratu procedat electio. Censemus itaque si intra annale tempus ille qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem: ita tamen, vt non optimam ex seruis, vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediæ æstimationis: ne dum legatarium satis esse fouendum existimamus, heredis commoda defraudentur* ¶. *Sed quia nostra maiestas per multos casus, legatariis & fideicommissariis prospexit, actionesque tam personales, quam in rem & hypothecarias dedimus, & in rem missionis tenebrosissimus error abolitus est, & ad hanc legem peruenimus. Nemo itaque heres ea, quæ per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt, vel quæ restitui aliis disposita sunt, vel substitutioni supposita,*

ta, secundum veterem dispositionem putet in posterum alienanda, vel pignoris vel hypothecæ titulo adsignanda, vel mancipia manumittenda: sed sciat hoc quod alienum est, non ei licere, vt pote sui patrimonij existens, alieno iuri applicare: quia satis absurdum est, & irrationabile, rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre, vel hypothecæ pignorisue nomine obligare, vel manumittere, & alienam spem decipere. 5. ¶. Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum vniuersitatis, vel speciale, vel substitutione, vel restitutione melius quidem faciet, si & in his casibus caueat ab omni venditione, vel hypotheca, ne se grauioribus oneribus euictionis nomine supponat. Sin autem auaritiæ cupidine propter spem conditionis minime implendæ, ad venditionem, vel hypothecam prosiluerit, sciat quod conditione impleta ab initio causa in irritum deuocetur: & sic intelligenda est, quasi nec scripto, nec penitus fuerit celebrata: vt nec vsucapio, nec longi temporis præscriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, siue pure, siue sub die certo, siue sub conditione, siue sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi adsignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.

1. ¶. Emptor autem sciens rei grauamen, aduersus venditionem actionem habeat tantum ad restitutionem pretij, neque duplæ stipulatione, neque melioratione locum habente: cum sufficiat ei saltem pro pretio, quod sciens dedit pro aliena re, sibi satisfieri. Creditori nihilominus pignoratitia contraria actione aduersus debitorem competente: vt ex omni parte omnique studio idquod semper properamus, ad effectum perducatur, & vltima elogia defunctorum legitimum finem sortiantur, bonæ fidei proculdubio emptoribus integra iura, & nullo modo ex hac constitutione deminuta, contra venditores habentibus. Dat. Calend. Sept. *Constantinop. post consulatum Lampadii & Orestis vv. cc.*

Restat l. 3. huius tit. Constitutio Iust. est quæ de tribus quæstionibus iuris aliter statuit, quam fecerint veteres iuris auctores. 1. quæstio est de optione legata serui vel alterius rei, puta, vt ex multis suis vel aliis rebus hereditariis quam legatarius elegerit eam vti capiat & sibi habeat, quæ pertinet etiam ad optionis fideicommiss. nam post l. quis dubitat, quæ Iustinian. constituit de legatis, omnia pertinere etiam ad fideicommiss. quasi æqualia? Et quæstio hæc est: Si pluribus sit legata optio serui, vel alterius rei hereditariæ, vel si vni sit legata, & is post diem legati cedentem antequam eligeret decesserit relictis pluribus heredibus & plures legatarii, vel plures heredes vnius legatarii in eligendo seruo non consentiant, alio alium seruum, aliamue rem eligere cupiente, quæritur quemadmodum res dirimẽda sit: nam plerique existimabant eos qui non consentiunt inuicem sibi obstare, id est, se inuicem excludere petitione legati, denique legatum intercidere, quod erat inhumanum. Et ideo Iustinian. in hac l. 3. mauult huius rei sortem iudicem facere, id est, fortunam, vt ait recte: nam & fors, & sors idem est, & in S. C. relato *l. 2. ff. de bon. eorum qui ante sent. mort. sibi consc. cum damnatus nemo videri possit in hunc annum antequam de eo forte iudicium Romæ redditum & pronuntiatum esset, forte*, id est, *sorte*, vt in *l. Corn. ff. de sica. vt is prætor iudexue quæstionis cui forte obuenerit quæstio de sicariis, eius quod in vrbe Roma prope mille passus factum sit, vti quærat cum iudicibus, qui ei ex lege sorte obuenerint.* Et ita in proposita specie ex sententia Iustiniani, cui sortis felicitas dederit electionem, in electione potior erit, & cæteris præstabit eius rei, quam elegerit portionem contingentem. sic appellat quod Græci τὸ ἐπιβάλλον μέρος, vt & *l. domino, ff. ad S.C. Syllanian. l. 1. §. quia autem, ff. quod legat. l. vlt. sup. depos.* ergo cæteris collegatariis, vel coheredibus præstabit contingentis, siue ratæ portionis æstimationem, quoniam rem ipsam aspernantur, & is qui elegit munere & beneficio sortis rem solidam retinebit. Æstimationem quoque taxat Iustinian. hoc loco, scilicet, si serui optio legata sit, pro ætate seruorum & qualitate maiores decem annis pluris faciens quam minores, & eunuchos quam integros, quod olim serui pretium produceret excisio, viri vel πίστεως ἕνεκα, id est, *fidei gratia*, vt ait Herodotus in οὐρανίᾳ, vel mulierium libidinum causa. Et pluris peritos, quam imperitos. Notarios autem & medicos supra omnes, vt & in *l. 1. inf. de comm. seru. man.* Sortem vero iudicem facere, & fortunam in iure nouum non est: nam & coheredes inter se sortiri licet apud quem remaneant cautiones hereditariæ, *l. 5. ff. famil. ercisc.* & sortito hereditatem diuidere in *l. 2. sup. quando & quib. quarta pars lib. 10.* Et in duplicibus iudiciis, quæ scilicet redduntur inter coheredes vel consocios, vel confines: cum se inuicem prouocant ad iudicium diuisionis, si quæratur litis ordinandæ gratia vter sit actor, vter reus, res sorte discernitur, *l sed cum ambo, ff. de iudic.* nec dicas quod obiicit Accurs. rem frustra permitti sorti, cum prætor viribus imperii sui possit eos qui inter se dissentiunt cõpescere, & compellere ad consentiendum, quod ostendunt loci adnotati ab Accurs. Nam prætor ipse mauult sæpe rem sorti permittere, quam partes suas interponere, ne subeat suspicionem ambitionis, vel gratiæ, *de faueur*, vt eleganter ait *l. generaliter §. quid ergo, ff. de fid. libert.* Et non solet etiam prætor nisi nouissime & ad extremum rem sorti committere. Quint. lib. 7. cap. 1. *Scio esse quæsitum vtra pars deberet prior dicere, quod in foro vel ex atrocitate formularum, vel ex modo petitionum, vel nouissime sorte diiudicatur.* est locus elegantissimus. nec sapientissimi etiam Hebræorum in iudiciis siue in causis dirimendis abstinuerunt iudicio sortis, siue fortunæ, vt *Prou. cap. 18. Litis finis sors est, & controuersias potentiorum dirimit.* Et valde placet etiam quæ illi proxima est sapientissimi viri sententia, *Iustus accusator initio est sui*, inquit, *postea inquirit in alium: Nam qui alium incusat probri, eum ipsum prius se intueri oportet.* alioquin nec legibus auditur, *l. in arenam, sup. de inoff. test. l. 7. ff. si quis omiss.* Nam stultitiæ est proprium aliorum vitia cernere, obliuisci suorum. Et ex hac decisione Iustiniani etiam intelligimus optionis legatum hodie non esse cõditionale, quandoquidem si is cui optio legata est serui, vel alterius rei decesserit antequam eligeret, ius eligendi transmittitur ad heredem, vel ad heredes eius ex hac l. quod non transmitteretur si conditionale esset legatum. Et vero in hoc valde est noua constitutio Iustin. nam olim optionis legatum pro conditionali habebatur, nec transmittebatur ad heredem si legatarius decessisset ante electionem. Et longe est alia ratio serui legati generaliter: Nam etsi legatario competat optio serui, vt in *l. legato, ff. de leg. 2.* tamen quia optio non est relicta nominatim, sed tacite, ideo legatum non habetur pro conditionali. Et si legatarius decesserit antequã hominem elegerit, legatum transfertur in heredem eius, *l. nec semel §. pen. ff. quand. di. leg. ced.* quia conditiones, quæ tacite insunt, id est, quæ non exprimuntur, sed extrinsecus, id est, extra testamentum, extra testamenti scripturam assumuntur & expectantur, legatum aut fideicommissum conditionale non faciunt, *l. conditiones, ff. de cond. & dem. & l. cum illud, in fine, ff. quand. di. leg. ced.* hoc ergo legatum, *lego Titio seruum*, quamuis tacite Titio videatur data electio, vt ex vniuersa familia defuncti eligat vnum seruum, tamen legatum non est conditionale, aliter quam si optio serui sit legata nominatim. Nam verbum optionis facit conditionem, ac si dixisset, *si optauerit*, & ideo veteres non immerito existimabant, mortuo legatario ante optionem non transmitti legatum in heredes, quia verbum optionis satis exprimit conditionem. Denique ea conditio op-

tionis expreſſa eſt, non tacita, vnde apparet, quam ma- A
le in §. *optionis, Inſtit. de leg.* quidam codices habeant legatum optionis in ſe habere cōditionem tacitam, imo expreſſam, alioquin tranſmitteretur legatum mortuo legatario ante electionem: Et rectius abeſt ab aliis libris verbum *tacitam*, quod tamen miror Latinum interpretem Theophili Latino inſeruiſſe, cum Theoph. ſcripſerit ſimpliciter, αἵρεσιν ἔχει ἐν ἑαυτῷ, id eſt, *conditionem in ſe habet legatum optionis*, non dixit, σιωπηρὰν αἵρεσιν. Verum ex hac Conſtit. iam optionis legatum non habetur pro conditionali, cum & ante electionem mortuo legatario placeat Iuſtin. transferri electionem ad heredes legatarii, abrogato iure veteri. Secunda quæſtio hæc eſt: Titio lego ſeruum, quem Mæuius eliget: quid fiet ſi Mæuius nolit eligere, vel non poſſit, vel deceſſerit antequam eligeret, an intercidit legatum? Sic videbatur veteribus, quaſi defecta conditione: Nam & B
hoc legatum exiſtimabant eſſe conditionale, *ſi Mæuius elegerit*, & ideo non abs re in *l. nec ſemel §. ult. ff. quan. di. leg. ced.* Si Titio legetur quod Seius elegerit, & Seius poſt electionem deceſſerit, locus eſt vindicationi ſemel adquiſitæ, quod certiſſimum eſt. Sed cur dixit ſi poſt electionem deceſſerit Seius, niſi vt ex contrario, ἐξ ἀντιδιαστολῆς præſtet argumentum, Seio moriente ante electionem perire vindicationem legati, quod Iuſtin. mutat in hac l. ita definiens, vt ſi Mæuius ille, aut Seius non elegerit intra annum, transferatur electio in ipſum legatarium: ita tamen, vt in eligendo modum ſeruet iure veteri præſcriptum, ne ſcilicet optimum ſeruum eligat, vt in *l. legato D. de leg.* 1: puta ne eligat actorem, *qui fait toutes les affaires de la maiſon*, cuius damnū pertinet ad euerſionem totius familiæ, vt ait eleganter lex C
vlt. D. de off. præſid. Et Canon. Apoſtolorum 82. εἰς οἴκου ἀνατροπήν, *ad euerſionem domus*, quoniam is eſt qui tenet rationes totius domus. Item ſeruandus eſt hic modus, ſi plurium ſeruorum optio legata ſit hoc modo, *optato ſeruos, quot volueris ex familia mea*, vt non poſſit plures quam tres eligere, quod maxime notandum ex *l. 1. de opt. legat.* Frugalitas veterum fuit contenta tribus ſeruis, nec incedebat magna comitante caterua. leges apud Valer. Maxim. lib. 4. Catonem ſeniorem Hiſpaniam rexiſſe tribus ſeruis comitatum. leges apud Atheneum lib. 6. Cæſarem Britannica expeditione duxiſſe tantum tres ſeruos, vt non ſine cauſa d. l. 1. definiat eum cui data eſt optio plurium ſeruorum tribus debere eſſe contentum. Tertia quæſtio & vltima hæc eſt, an res le- D
gatæ aut relictæ per fideicommiſſum ſpeciale vel per fideicommiſſum vniuerſitatis poſſint alienari, vel pignerari, vel ſerui manumitti ab eis a quibus relictæ, vel relicti ſunt. Et obſerua in hac parte Iuſtinian. dicere pro eodem, *ſubſtitutione vel reſtitutione*, & alio loco, *quæ reſtitui*, aliis diſpoſita ſunt, *vel ſubſtitutioni ſuppoſita*, duobus nominibus nempe, *reſtitutionis & ſubſtitutionis*, ſignificat ſubſtitutionem precariam, ſiue fideicommiſſariam hereditatem vt *ſup. in tit. de inſtit. & ſubſtit. ſeu reſtitut.* & in l. eiuſdem tit. *ſubſtitutioni, vel reſtitutioni.* Et in l. 7. eiuſdem tit. quæ eſt Græca, ὑποκατάστασιν ἢ ἀποκατάστασιν, id eſt, *ſubſtitutionem vel reſtitutionem.* Differentiam tamen facit Iuſtinian. in hac parte inter *alienare & manumittere*, vt *l. ex iudiciorum, ff. de accuſat. l.* E
proſpexit, ff. qui & a quibus manum. nam manumiſſio non eſt alienatio. Alienare eſt alieno iuri applicare. De hac autem quæſtione ita ſtatuit Iuſtinia. vt ſi legatum vel fideicommiſſum ſit relictum purè, vel quod pro puro etiam habetur, in diem certum, nihil agat heres, vel is a quo relictum eſt, quod relictum eſt vendendo, aut manumittendo, aut pignorando. Sed ſi legatum vel fideicommiſſum relictum ſit ſub conditione, vel quod pro conditione etiam habetur, in diem incertum, videtur eum poſſe interim alienare & pignori obligare res fideicom. ſubiectas, quia poteſt conditio non exiſtere, aut non venire dies ille incertus. Sed melius fecerit, ſi neque vendiderit eas res interim, neque pignori obligauerit, quia ſi forte exiſtat conditio, legatario aut fideicommiſſario competit vindicatio rei, adeo vt venditio habeatur pro infecta, ita vt nec bonæ fidei emptori, id eſt, ignoranti fideicommiſſum atque ita ementi prodeſſe poſſit vſucapio, vel præſcriptio longi temporis: Qui locus eſt ſingularis, & hanc rationem habet, quia vſucapio & longi temporis præſcriptio non procedit ſine titulo: & hic titulus venditionis deficit, quia venditio pro infecta habetur, Conſtitutione fingente eum titulum, id eſt, venditionem non interueniſſe. Ergo quod dicitur, vſucapio non procedit ſine titulo, ſic intelligitur, ſi vel re ipſa deficiat titulus, vel lex fingat defeciſſe. Emptor autem qui ignorās emit ab eo qui fideicommiſſo oneratus erat habet regreſſum aduerſus venditorem ex ſtipulatione duplæ, vt habeat duplum pretii: & habet etiam repetitionē meliorationum, ſi rem emptam meliorem fecerit. At ſi emerit, ſciens quam emit eſſe obnoxiam fideicom. quia res fuit in incerto & in ſuſpenſo, propterea quod potuit conditio fideicommiſſi deficere, emptor malæ fidei aliquatenus excuſatur: Nāque datur ei regreſſus aduerſus venditorem, vt recipiat pretium quod ſoluit. Regreſſus ergo in ſimplum tātum, non in duplum ex ſtipulatione duplæ: non datur etiam repetitio meliorationum, quia mala fide acceſſit ad emptionem, & melius feciſſet ille ſi non vendidiſſet, & hic ſi non emiſſet ſub incerto conditionis fideicommiſſi. Verum caſus eſt ſingularis in *l. vlt. §. vlt. ff. de leg. 2.* quo ſuccurritur ignoranti venditori & ignoranti emptori in hac ſpecie: Quidam heredem ſcripſit teſtamento, & codicillos quos reliquit obſignatos, vetuit heredem aperire dum viueret, vt aperirentur poſt mortem heredis: Ille heres ignarus eorum quæ erant ſcripta in codicillis, fundum quendam hereditarium infructuoſum, ſaxoſum, peſtilentem vendidit æque ignaro emptori. Poſt mortē eius apertis codicillis apparuit eum fundum fuiſſe Mæuio relictum. An retractabitur venditio, aut vindicabitur fundus ab emptore? Minime: ſed heres heredis damnabitur fideicommiſſario præſtare æſtimationem fundi. Quoties autem quis rem relictam ſub conditione creditori ſuo pignori obligauit vel ſcienti vel ignoranti, in creditore non diſtinguimus. re ablata creditori a fideicommiſſario proculdubio creditor habet in debitorem qui pignori dedit rem ſubiectam reſtitutioni, contrariam actionem pigneratitiam in id quod intereſt: & hæc eſt ſententia huius conſt. ad quam velim vos addere quæ de hac quæſtione latius pertentatis omnibus definitionibus expoſuimus in Nouella 39. ex illo loco ſumes cætera quæ transferes etiam in iſtum locum.

AD TITVLVM XLIV.

De falſa cauſa, &c.

Et Tit. XLV. *De iis quæ ſub modo, &c.*



Egatis vel fideicommiſſis quæ relinquuntur aut cauſa adſcribitur, aut modus, aut conditio: De cauſa eſt hic tit. 44. De modo 45. De conditione 46. Et in hoc tit. cauſa bifariam accipitur, pro ratione legandi collata in præteritum: *Titio 100. do lego, quia negotia mea curauit*; & pro demonſtratione, id eſt, nota, ſiue deſignatione rei, aut quantitatis legatæ; *Lego Titio fundum Cornelianum, quem de Caio emi, vel quem Caius poſſidet.* Nam demonſtratio vel in præteritum confertur, vel in præſens. Et hic tit. oſtendit neque hanc, neque illam cauſam, etiamſi falſa ſit, perimere legatum. Primum falſa demonſtratio rei certæ aut quantitatis certæ legatæ non nocet legatario, aut fideicom. non perimit legatum: vt ſi Titio ita legetur, *Titio 100. aureos do lego quæ ei debeo*, debentur

tur 100. aurei ex legati causa, etiamsi eos Titio non debeam, quia falsa demonstratio, vel etiam quæcumque demonstratio non cohæret legato. Et hæc est sententia l. 2. hoc tit. vel etiamsi vxori ita legauit, vxori mille aureos do lego, quos mihi in dotem dedit, etiamsi mulier uerit indotata, aut eos mille aureos non dederit in dotem, debentur mille aurei, non vt legatum dotis, vt recte ait l. 5. hoc tit. ex quo constat non deduci Falcid. *l. sed vsusfructus* 81. *D. ad leg. Falc.* Sed debentur vt aliud legatum, ex quo poterit deduci Falcidia, si legatis vel fideicomm. onerata, vel exhausta sit hereditas. Est etiam de falsa demonstratione l. 5. hoc tit. vxori ita legaui, *quæ instrumento illo dotali conscripta sunt ea vxori do lego, vel dari volo.* Si in eo instrumento sit expressa certa quantitas, præstanda est vxori defuncti, licet instrumentum dotale non fuerit, vel etiamsi ea quantitas doti data non fuerit, vt in §, *sed si vxori, Instit. de leg. ex l. 2. 3. & 5.* quæ est postrema lex huius tit. apparet falsam demonstrationem non nocere legato aut fideicommisso. Et ratio hæc est, quia abundat id omne quod rei satis demonstratæ additur, *l. 1. §. si quis vxori ff. de dot. præleg.* Et non solet quod abundat vitiare scripturam, *l. testamentum, sup. de testam. l. si seruo, ff. de adim. leg. l. 12. §. pen ff. de instr. vel instr. leg.* Et ad illam regulam iuris, *non solent quæ abundant vitiare scripturas*, possis pro interpretatione hæc subscribere commodissime, vt falsa demonstratio, falsa causa, falsus modus, falsa conditio non vitiant legatum aut fideicommissum certæ quantitatis certiue corporis, quoniam omnes illæ causæ quæ superadduntur superuacuæ sunt: Et superuacua prodesse possunt, nocere nunquam possunt: falsa quoque ratio legandi nihil nocet legato, quia hæc ratio legandi non cohæret legato, id est, sine ea per se stat legatum, atque consistit, *l. cum tale §. falsam causam, ff. de condit. & demonst.* Et superuacuum est addere rationem legandi: Ergo in falsa ratione legandi eadem ratio efficit, vt noceat, quæ etiam efficit ne noceat falsa demonstratio. Finge testatorem ita dixisse: *a Titio debitore meo quidquam exigi veto, quia mihi quod debuit omne persoluit:* Titio videtur legata liberatio, & valet legatum, etiamsi nihil soluerit. Ideoque actione ex testamento hoc consequetur vt liberetur per acceptilationẽ, vel etiamsi ab eo heres petat pecuniam debitam, poterit se tueri exceptione doli mali, quod contra voluntatem defuncti petat in *l. 17. & 19. sup. de fideicomm.* Et huc pertinet l. 1. & 4. hoc tit. Sed placet exceptio, quam addit l. 1. atque etiam *d. §. falsam causam*: nisi heres liquido probet testatorem aliter legaturum non fuisse, quam si vera esset ratio legandi, quam adscripsit, vt si lapsus per errorem existimauit solutam esse pecuniam, & nominatim vetuit quicquam exigi a prisco debitore, adiecta causa, quia sibi pecunia soluta esset, hoc casu non tam falsa causa vitiat legatum, quam mens defuncti. Ergo siue hoc, siue illo modo causam accipias in hoc tit. verum est falsam causam non reprimere legatum, hoc est, falsam demonstrationem falsamue rationem legandi collatam in præteritum non vitiare legatum, nisi hoc suadeat voluntas defuncti quæ liquido probetur: nam l. 1. exigit liquidas probationes. Neque huic definitioni quicquam obstat lex *is qui in potestate, §. ei qui dotem, D. de leg. præstand.* quam obiicit Accurs. quoniam ibi agitur de testamento rescisso per bon. cont. tab. Ex quo constat nec legata deberi nec fideicommissa, quod rescindatur in totum, exceptis tantum legatis relictis liberis, & parentibus quæ prætor conseruat in edicto de leg. præstand. Excepto etiam legato relicto vxori vel nurui dotis nomine, vt æs alienum, vt res debita vxori, vel nurui: Nam non aliter conseruatur ei tale legatum, quam si vera fuerit causa dotis: Nam si sub falso prætextu dotis ei legetur quæ dotem non habet, vt cætera legata infirmantur per bonor. poss. cont. tab. Ita & hoc legatum infirmabitur: Nam mens prætoris hæc est, vt conseruet

Cod.

A tantum mulieribus dotes quas habent, non alia legata, ne relicta quidem sub vmbra & imagine dotis falsa. Et hæc est etiam prima opinio Accursii. Dixi causam in hoc tit. bifariam accipi: addamus causam legati in aliis locis quandoque aliter accipi non pro ratione legandi, nec pro demonstratione rei legatæ, sed pro legato ipso, pro iure & substantia legati vt in *l. si sic legatum §. 1. ff. de legat. 1.* vt causa dotis, id est, dos: causa peculii, id est, peculium: causa venditionis, id est, legatum ipsum, quæ & conditio dicitur in eodem loco, & in *l. si fundum §. si libertus, eod. tit.* Finge: quidam ita legauit: *Titio 10. do lego quæ mihi Caius debet.* Non est demonstratio legati, sed causa legati, id est, his verbis legatur obligatio & nomen Caij non quantitas: Itemque si ita dixerit, 10. *quæ mihi Titius debet*

B *damnas esto heres meus ea non petere, vel ea ei dari*, quod est condonare & remittere, non quantitas legatur, sed liberatio tantum: & illa verba, quæ Titius mihi debet, exprimunt rem ipsam, quæ legatur, quam vocat causam legati, nec pro demonstratione accipiuntur, vt quantitas debeatur, etiamsi Titius nihil debeat *l. legati, l. vlt. §. 1. de lib. leg. D.* quod valde notandum est, nam vt sup. ostendi ex l. 2. hoc tit. longe aliud est, si quis ita legauerit: 10. *Titio do lego, quæ ei debeo*, quoniam hoc genere quantitatem lego, non obligationem, quia nemo legat obligationem passiuam, sed actiuam. Ergo illa verba, *quæ illi debeo*, pro demonstratione sunt, non pro substantia legati. Et consequenter etiamsi nihil Titio debeam, 10. debentur. notandum est etiam alias causam accipi pro modo, & pro conditione, atque ita videtis, causæ nomen manare latissime, cum &

C modum comprehendat & conditionem. Modum scilicet, qui contrahit legatum, & conditionem, quæ suspendit legatum vt *l. eas causas, ff. de cond. & demonst.* quę necessario est nobis explicanda, & explicatio huius legis dabit finem huic tit. & initium tit. seq. lex *eas causas*, facit duo genera causarum: alias quæ protinus agentem, id est, eum qui agit, statim repellunt, quas ait obseruari pro conditionalibus, id est, esse conditiones. Nam vt & Accurs. notauit, ita legendum est affirmate, non negate. *Eas causas quæ protinus agentem repellunt* in fideicommissis pro conditionalibus obseruari

D oportet. ne scribas, *non pro conditionalibus*, vt est Florentiæ scriptum perperam, quod l. ipsa in fine demonstrat, dum ponit ita datum legatum, *si monumentum fecerit*, de quo si legatarius agat, protinus repelletur, quia nondum impleuit conditionem, nondum monumentum fecit. Alias autem esse causas quę habent moram cum sumptu, id est, quæ impleri non possunt sine mora temporis, sine spatio temporis aliquo, nec sine sumptu, sine impendio, vt in *l. facta §. si sub. ff. ad Treb.* veluti si ita datum sit legatum, *vt monumentum faciat*, id est, si datum sit sub modo. Hæ causæ, id est, modi, eum qui protinus agit non repellunt. namque statim potest petere legatum relictum sub modo, vt monumentum faciat, qui non potest impleri sine spatio temporis, & sine sumptu. Ergo statim admittitur ad legati petitionem nondum inchoato monumento, oblata cautione, id est, si cauerit se monumentum facturum, vt in *l. 19. ff. de*

E *leg. 3. & l. cum in testam. ff. de fid. lib.* vel etiam omissa cautione a iudice compelli potest, vt modum impleat, in *l. Mauia ff. de man. test.* quæ est sententia *d. l. eas causas.* Ex qua apparet causæ nomen in ea bifariam accipi, pro modo scilicet, & pro conditione, & aliter quam bifariam accipiatur in hoc tit. & serua illud, eum cui sub modo legatum relictum est, admitti protinus ad legatũ si offerat cautionem, qua de causa in l. 1. tit. 45. dicitur, in legatis & fideicommissis modum pro conditione obseruari, quia scilicet vel implendus est sicut conditio, vel est cauendum de eo implendo. Sed si non steterit per legatarium quo minus impleatur modus, proculdubio capiet legatum. & vt ait, nihil tibi legatario oberit

Pp

quod non impleuisti modum, quo minus quod tibi re- A lictum est obtineas: Vbi noli mutare *retineas*, cum obtinere, sit etiam retinere, vt in *l. cum fratrem sup. de iis quibus vt indig, &c.* Finge mulieri relictum legatum ita vt nubat Titio, & per Titium stat quo minus illa nubat, modus habetur pro impleto, & protinus admittitur mulier ad legatum, vel quod iam cœpit, obtinebit. Modus est finis propter quem legatur, vel modus est ratio legandi collata in futurum, qui, etiamsi sit falsus, non vitiat legatum, sicut ratio legandi collata in præteritum, vt habuimus tit. sup. non vitiat legatum. & falsum modum dicimus modum impossibilem, *illi fundum do lego si cœlum ascenderit.* quodcumque est impossibile, & falsum est: nec aliter potest modus dici falsus, quam si sit impossibilis in *l. cum tale §. cum falsam causam D. de cond. & dem.* quæ vitia omnia (sunt enim vitia, & menda testamentorum) nullam scripturam testamenti vi- B tiant, vitia non vitiant *l. 1. D. de cond. inst.* sub impossibili conditione, inquit, quæ & ipsa falsa est vel alio mendo, sic recte habent Florentini, puta sub falso modo, vel falsa demonstratione, vel falsa causa facta institutio valet, quia menda illa circunscribuntur. Et similiter legatum relictum sub conditione falsa, vel alio mendo, vel fideicommissum vel libertas. Et obseruandum etiam ex l. vlt. hoc tit. quam memini me alias explicasse primum ex modo non nasci petitionem fideicom. in *l. cum hi §. sed & si certa, de transact.* nisi in libertate ex constit. Seueri, vt ait hęc l. 2. scilicet cum ita datum erat legatum, vt seruum illum manumitteret, ex modo illo erat petitio fideicommissariæ libertatis, sed non petitio fideicommissi pecuniarii: *tibi fundum illum lego, ita vt* C *des Caio decem*, Caio non est fideicom. petitio, sed ex Constit. Gordiani valde singulari, id est, ex hac l. 2. etiam ex modo est fideicom. pecuniarii petitio: vnde existit magna differentia inter modum & conditionem: Nam si legauerim sub conditione, *si dederit Caio decem*, Caio proculdubio non est fideicom. petitio, Caius non est legatarius, neque fideicom. *l. 8. ff. si quis omiss. l. Mænius ff. de cond. & dem.* Sed si legauerim sub modo, vt det Caio decem, ex hac l. 2. hodie est fideicommissi petitio. Et ratio differentiæ optima: quoniam qui legat, itaut det Caio, valde vult dari Caio: qui legat si det Caio, non ita valde vult dari Caio, sed hoc relinquit, in arbitrio legatarii, nec admodum curat si dederit vel non dederit: vnde etiam placet hodie ex hac l. 2. etiam ex conditione esse petitionem fideicom. si conditio sit D concepta verbis modalibus, quod notandum, hoc modo, *lego Titio fundum vt det Caio decem*, verba sunt modalia, ita est, sed accipientur pro conditione, si testator voluit conditionem facere, non modum, quoniam conditionem facit voluntas sola, non verba, *l. in conditionibus §. 1. ff. de cond. & dem. l. 2. ff. de his quæ pœn.* Atque ita conditio concepta verbis modalibus facit fideicom. quia quæ ita concipitur conditio plane indicat enixam voluntatem defuncti qui omnino velit Caio dari 10. Itaque Caio competit actio, quod significat *l. 2.* in illo loco, siue ad conditionem, siue ad modum respiciat, id est, siue verbis modalibus vsus modum facere voluerit, siue conditionem, ex his verbis fideicom. petitio est statim, nisi quæ alia sit conditio adscripta, vt E si ita legauit: *lego Titio fundum vt Caio det 10. si nauis ex Asia venerit*, nec enim Caio competit actio antequam nauis ex Asia venerit. Et ita sunt accipienda illa verba l. 2. *videlicet in conditionibus post exitum earum.* Atque ita videtur perspicua l. 2.

AD TITVLVM XLVI.

De conditionibus insertis, &c.

Legatis & fideicommissis vel causa inseritur, vel modus, vel conditio. De causa fuit tit. 44. de modo 45. de conditione est hic tit. Et additur in eo & libertatibus, propter l. vlt. quę est de statulibertate, id est, de libertate data sub conditione. Conditio quid est? Conditio est casus collatus in futurum, qui euenire, vel non euenire, vel aliter euenire potest: vel conditio est causa apposita legato, qua existente, legatum debetur, deficiente, perimitur, suspensa, suspenditur. Et hoc distat a modo, sicut heri attigi, quod conditio repellat eum, qui statim agit de legato antequam ea extiterit, modus autem non repellat, sed admittat legatarium cautione oblata modum impletum iri, *l. eas causas, ff. de condit. & dem.* Ita tamen vt legatarius qui admissus est, quique legatum cepit nondum modo impleto, id retinere non possit nisi modum impleat, & cautioni satisfaciat l. 1. tit. sup. atque ita modus, vt Græci aiunt recte, habet τὰ τῆς αἱρέσεως ἀποτελέσματα, id est, effectus conditionis. non tamen per omnia modus pro conditione semper obseruatur, cum statim agentem non repellat, videlicet si modus ita sit conceptus, *illi fundum illum do lego vt det Caio decem. Sed si modus ita sit conceptus: illi fundum illum do lego, si Caio dederit* 10. per omnia pro conditione obseruatur *d. l. 1. tit. sup. & d. l. eas causas.* Et ex ea scriptura, si Caio dederit 10. fideicommissi petitio non est Caio, siue testator modum, siue conditionem facere voluerit. At ex illa scriptura, vt det Caio 10. Caio est fideicommissi petitio, siue testator modum, siue conditionem facere voluerit, ex l. 2. tit. quæ notatu dignissima est. Ergo modus aliquando per omnia pro conditione est, pro ratione concipiendi eius vel conscribendi & inserendi legatis aut fideicommissis. At sicut falsa causa & falsus modus non perimit legatum, vt heri docuimus, ita etiam falsa conditio non perimit legatum. Et falsa ea conditio est quæ impossibilis est, *l. cum tale §. falsam conditionem, ff. de cond. & demonst.* Possibilis quoque conditio etiamsi non eueniat, non existat, non impleatur, aliquando non perimit legatum, quia sunt quædam conditiones quæ remittuntur, id est, pro nullis habentur, perinde atque si essent impossibiles, vt conditio viduitatis, de quo in tit. 40. sup. & conditio iurisiurandi, & conditio turpis, *l. 8. ff. de condit. instit. l. non dubitamus, de cond. & demonst.* Et conditio diuortii, *l. 6. sup. de inst. & subst. l. 8. D. de vsu & hab.* Titiæ lego illum fundum si a marito diuerterit, etiamsi non diuertat a marito, admittetur ad legatum, quia conditio diuortii remittitur, propterea quod est contra bonos mores. Et quod est contra bonos mores pro impossibili habetur. Et huc pertinet species l. 2. hoc. t. satis obscura, sed quæ expediri dilucide atque perspicue poterit hoc modo: Pater filiam heredem scripsit, quæ iam nupserat viro: & Caio per fideicom. reliquit 10. millia in diem certam: & iussit vt filia ante diem eidem Caio caueret fideicommissi nomine sua die pecuniam Caio datuiri, adhibitis fideiussoribus, sub conditione scilicet, si a marito non diuerterit, voluit filiam subire onus cautionis siue satisdationis, si a marito non diuerteret, non subire si diuerteret: atque ita in hunc casum, si diuerteret, remisit ei cautionẽ fideic. quæ ex constit. D. Marci remittitur quocunq; iudicio voluntatis defuncti *l. 2.* J *vt in poss. leg. l. auia §. vlt. de cond. & dem.* Post mortem patris filia a marito non diuertit, quæritur an debeat cauere Caio fideicom. nomine. Et ait eam Caio cautionem fideic. præstare debere, non tam vt pareat voluntati patris, quam vt pareat

iuri publico, id est edicto Prætoris, vt legatorum vel fideicommiss. nomine caueatur. Nam & si potuit non diuertendo facere contra voluntatem patris, qui indixerat diuortium contra bonos mores, non tamen potuit non cauendo facere contra edictum prætoris simul & contra voluntatem patris: & longe est alia ratio, ne quis hoc obiiciat, vt l. 2. ostendit, legati aut fideicom. relicti mulieri sub conditione diuortii: nam & quæ non diuertit admittitur ad legatum: alia autem ratio est legati aut fideicom. alii relicti, cuius cautio filiæ heredi remissa est sub conditione diuortii, quia si non diuertat non liberatur onere cautionis, quoniam, vt ait l. absurdum est, id est incongruum & inconueniens eam non obtemperare edicto prætoris, quod etiam non obtemperet voluntati patris: vtrumque enim negligere non potest, sed voluntatem patris solam. Et hæc est sententia l. 2. Et de conditionibus quæ remittuntur hactenus. Conditiones quæ non remittuntur si per legatarium aut fideicom. fiat quo minus impleantur, legati aut fideic. petitio non est in *l. 3. & 4. h. t.* Sed si per legatarium non fiat quo minus impleatur conditio, sed per eum in cuius persona implenda est, vt si talis sit conditio, *si cum matre sua moretur*, & mater nolit eum excipere hospitio: vel talis *si L. Titio nubat*, & L. Titius nolit eam habere in vxorem, conditio pro impleta habetur, sicut modus legati, vt nubat L. Titio pro impleto habetur si stet per L. Titium, *l. 1. tit. sup. l. 1. sup. de instit. & substit.* vel etiam si sit talis conditio, *si Caio decem dederit*, & Caius oblata 10. congruo loco & tempore noluerit accipere, conditio pro impleta habetur *l. vlt. D. hoc tit.* Et quod notandum, Caio pœnitenti locus non est, id est etiamsi postea mutata voluntate paratus sit decem accipere, non erit necesse ei 10. dare, quia conditio pro impleta habetur, & conditio quæ impleta est, vel impleta intelligitur, non resumitur, *l. 3. §. Stichus D. de stat. l. pater Seuerinam §. vlt. D. de cond. & dem. l. quidam, D. de fid. libert.* Et hoc est quod ait *l. vlt. huius tit.* quod semel repudiatum est, id est enim quod quis semel noluit accipere ab eo qui offerebat conditionis implendæ causa, redintegrari non posse. Habetur etiam cōditio pro impleta, si is in cuius persona implenda est viuo testatore decesserit, cum testator eam impleri voluit post mortem suam: vt si talis sit conditio, *si Caio 10. dederit*, mortuo Caio viuo testatore extitisse conditio intelligitur & debetur legatum: Mortuo Caio post mortem testatoris antequam legatarius ei daret 10. defecisse intelligitur, & legatum non debetur, *l. cum ita datur §. diuersa, D. de cond. & dem.* & simili modo hæc conditio, *si L. Titio nubat*, mortuo Titio viuo testatore debetur legatum, mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum per eum non staret quo minus nuptiæ fierent, legatum non debetur, *l. qui ex fratribus, D. de cond. inst.* Et ita est accipienda *l. 4. huius tit. vt l. in testam. 2. de cond. & dem.* Et simili modo hæc conditio, *si cum matre moretur*, mortua matre viuo testatore, quo tempore noluit testator conditionem impleri, legatum debetur, *l. annua in prin. D. de ann. leg.* Mortua autem matre post mortem testatoris cum per eā non staret quo minus cum ea moraretur, legatum non debebitur, quia conditio deficit, *l. Stichus §. vlt. D. de alim. leg.* Eadem est ratio *l. turpia §. 1. de leg. 1. & l. filiæ, de cond. & dem. Titiæ illam rem do lego si arbitratu L. Titij nupserit*, scilicet post mortem meam. mortuo Titio viuo testatore debetur legatum, etiamsi nubat suo arbitratu post mortem testatoris inconsulto Titio qui obiit viuo testatore: Mortuo autem Titio post mortem testatoris, cum nondum illa nupsisset consulto Titio, ipso iure legatum non debetur, sed sustinetur tamen, non quidem ex verbis, sed ex sententia L. Iuliæ Miscellæ quæ excludit omnem conditionem atque remittit, quæ impedimentum adfert nuptiis. Et hæc si arbitratu Titij nupserit videtur impedimentum aliquod adferre nuptiis, vt necessario impleri non debeat auctore Papiniano in *l. cum tale §. si arbitratu, D. de cond. & demonst.*

Cod.

Summa rei hæc est. Conditionem haberi pro impleta si per eum in cuius persona implenda est, fiat quo minus impleatur, vel si is in cuius persona implenda est viuo testatore decesserit: Nam nondum implenda erat conditio. Quæro an etiam conditio habeatur pro impleta cui casus fortuitus impedimento fuit ne impleretur? Finge: hæc est conditio, *si Caio dederit* 10. Et cum proficisceretur ad Caium cum pecunia, vi hostium, & latronum erepta ei pecunia est, an conditio habetur pro impleta? Minime: Imo Caio 10. adnumerare oportet antequam possit admitti ad petitionem legati cui relictum est sub conditione dandi 10. Caio. Aliud tamen constituitur fauore libertatis in *l. vlt. huius tit.* cui suffragatur etiam *l. libertate, D. de man. testam. Liber esto si heredi dederit* 10. potest dare ex peculio suo in *l. 3. §. vlt. D. de condict. caus. dat.* vel, *liber esto si heredi dederis seruum vicarium, qui peculiaris est, qui est in peculio*, vel, *si ei dederit aliam rem peculiarem*: hic cum proficisceretur ad heredem secum adferens pecuniam, vel rem, vel adducens seruum vicarium, interceptus est a latronibus, & erepta est ei ea pecunia, vel ea res: nihilominus statim competit libertas, sed post libertatem cogitur eam pecuniam heredi soluere, aut eam rem, si extet, vel eius æstimationem veram, vel seruum vicarium, si extet, aut eius æstimationem, quam taxat Iustinianus ad aureos 15. minoris pretii sunt vicarii, quam ordinarii, & taxat æstimationem serui, quoniam plerumque difficilior est hominis æstimatio. Itaque receptum hoc est fauore libertatis, alioquin non competit petitio legati ei cui casus fortuitus impedimento fuit, quo minus conditionem impleret, si nihil moræ fuerit per eum in cuius persona implenda conditio erat. Et iam adest finis huius tit. si modo notemus prius, ne quid prætermittamus ex l. 1. aliquid de hac conditione, *si sine liberis decesserit.* hæc conditio intelligitur de liberis procreatis ex iustis nuptiis, non ex concubinatu, non ex stupro, vt in *l. generaliter §. vlt. sup. de instit. & substit.* & intelligitur de liberis iustis igitur, non tantum qui sunt in familia, & in potestate nostra, vt filius & nepos ex filio, sed etiam de his qui non sunt in familia nostra, sed in familia aliena, vt nepos ex filia, qui non est in familia aui materni, sed patris sui: nam non videtur decessisse sine liberis qui reliquit nepotem ex filia, quia reliquit iustum nepotem & legitimum, nec necesse est, vt & in sua familia fuerit. Igitur deficit conditio fideicommissi relicti ab herede sub conditione, *si sine liberis decederet*, quia qui reliquit nepotem ex filia iustum & legitimum non decessit sine liberis. Et hæc est sententia *l. 1. atque etiam l. iubemus §. vlt. inf. ad Trebell.* Et postremo notandum ex l. pen. nouam esse Constitutionem Iustinian. quæ abrogat ius vetus. quæ quidem differentia erat inter conditionem faciendi & conditionem dandi. Dicamus primum de conditione faciendi. Pluribus fabris, finge, legatur aliquid sub conditione, *si monumentum faciant*, vel pluribus pictoribus sub conditione, *si membrum ædium pingerent*, vnus fecit monumentum atque perfecit, altero cessante, quæritur, ille qui monumentum fecit, an solus admittatur ad legatum excluso socio? an vero admittatur cum socio, vt quod fecit & sibi & socio prosit? an vero nullo modo admittatur? quia verum est plures non fecisse monumentum, atque ideo videtur defecisse conditio cum vnus fecerit, non plures. Et Vlpian. quem nominat in hac l. pen. non definit hanc quæstionem, sed scripsit esse quæstionem voluntatis, cuius disquisitio pertinet ad iudicem, non ad I.C. hoc scripsit *l. 13. D. de man. test.* Imo alius I. C. abscisius scripsit in *l. pen. in pr. D. de cond. & demon.* Conditionem illam *si illi fecerint monum.* defecisse videri, nisi omnes simul fecerint. Ergo & vnum qui fecit non admitti ad legatum, nisi appareat liquido eam fuisse voluntatem defuncti. Sed hoc omne mutat Iustinian. in hac *l. pen.* & vult vt is qui perfecit monumentum solus admittatur ad legatum,

exclusis sociis, & vt solidum legatum capiat: quod obtinuit etiam in conditione dandi hoc modo: legaui pluribus, *si heredi* 10. *dederint*: vnus si dederit 10. capiet integrum legatum cessante altero, vel si dederit tantum 5. capiet partem legati, vel si plures seruos liberos esse iussit sub conditione *si* 10. *dederint*: qui dederit 5. solus liber erit, & multo magis si dederit 10. in *l. si quis legata* §. *vlt. & l. qui fundus, D. de cond. & demõ. l.* 11. §. 1. *ff. de man. test.* Atque ita nihil interest inter conditionem dandi & conditionem faciendi, nisi quod conditio faciendi non potest diuidi, id est, pars facti non potest præstari. non videtur fecisse nisi qui perfecit: conditio dandi potest diuidi, impleri, id est, pro parte.



AD TITVLVM XLVII.

De vsuris & fructibus legat. seu fideicommiss.

Ic tit. ostendit legata & fid. iis quibus relicta sunt sine mora & frustratione esse præstanda, alioquin ex mora deberi relictarum pecuniarum vsuras, & cæterarũ rerũ fructus, vel quæ fructuũ vicẽ obtinent, vt operas seruorum, aut mercedes operarum, & vecturas iumentorum, aut nauium, & pensiones prædiorum rusticorum & vrbanorum, atque etiam ancillarum relictarum partus, licet ij in fructu non habeantur, & hoc ostenditur etiam in *l.* 39. §. *fructus D. de leg.* 1. *l. generaliter* §. *proinde, ff. de fid. libert.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rei per legatum relictæ aut per fideicommissum pertinet ad heredem, vel alium a quo legatum vel fideicommissum relictum est, siue res pereat, siue deterior fiat, *l.* 3. *hoc tit. & d.* §. *fructus & l. cum res* §. *vlt. & l. si seruus legatus* §. *si seruus legatus, ff. de leg.* 1. periculum non pertinet ad legatarium, cui & rei peremptæ integra petitio est, quia periit post moram heredis, post culpam heredis. Moram fieri non ex die mortis testatoris, quoniam non ita protinus sunt præstanda legata, aut fideicom. sed morã fieri ex die litis contestatæ, aiunt Cõstitutiones huius tit. *l.* 1. 2. & 4. & *l. quæsitum* §. *vlt. ff. de legat.* 1. videlicet si is a quo legatum relictum est litigare malit, quã præstare legatum, tum plane est in mora, vt ait *l. nemo* §. *vlt. ff. de verbor. obligat.* Neque enim quælibet interpellatio constituit debitorem in mora, sed repetendi debiti instantia, vt ait *l. mora, de vsur.* siue repetitio quæ fiat per iudicem lite cõtestata cum aduersario: Nam etsi vix vnquam perueniatur ad iudicem, & lis contestetur apud eum nulla mora præcedente, vt ait *l.* 3. *ff. de vsur.* & illo loco Græci rectissime, οὐκ εὐχερῶς πρὸ ὑπερθέσεως δίκη λέγεται .i. *non facile lis mouetur ante moram, constituiturue*, quum scilicet sit causa expostulandi aduersus debitorẽ: tamen ratio moræ certius ducetur ex die litis contestatæ, & ideo hic potissimum dies notatur, quo certo reus sit in mora qui iudicium accipit, nec bonam fidem agnoscit in ingressu iudicii. Non inficior tamen etiam ante litem contestatam moram fieri posse in præstando legato, aut fideicom. eiusque rationem haberi si certo haberi possit, & ex eo die quo certo argui mora potest, etiamsi nondum sit lis contestata, heredem obstringi necessitate præstandarum vsurarum & fructuum, veluti a mota controuersia instanter & continuo sine intermissione, etiamsi nondum sit peruentum ad iudicem: Et ita vt SC. Adrianum de petitione hereditatis, quod facit tantum mentionem litis cõtestatæ, tamen trahitur a IC. etiam ad motam controuersiam, quæ precedit litem, *l. sed & si lege* §. *si ante litem, ff. de petit. hered.* Ita quod est in Cõstitutionib. huius tit. ex die litis contestatæ deberi vsuras & fructus legatorum, potest etiam porrigi ad diẽ motæ controuersiæ instantis atque continuæ, si ex eo nõ

A minus ratio moræ duci possit atque coargui, quam ex lite contestata: & hoc ita nisi is a quo legatum, vel fideicommiss. relictum est, habeat iustam causam controuertendi vel litigandi. Hic enim moram facere non videtur, etiamsi litem contestetur, qui iuste prouocat ad iudiciũ, *l. qui sine dolo, ff. de reg. iur. l. si quis solutioni, ff. de vsur.* vt puta si iuste dubitetur vtrum lex Falcidia locum sit habitura nec ne, quæ minuat legata & fideicommissa, atque ideo an solidum legatum quod petitur præstari debeat, forte quod nondum sit bene comperta quantitas bonorum defuncti, aut quantitas æris alieni, quod semper prius deducitur, quam satisfiat legatariis, aut fideicommissariis: hoc casu non videtur heres qui litigat moram facere qui bona fide litigat & ratione iusta in *l.* 3. *ff. de vsur. l. qui solidum, in pr. D. de leg.* 2. Et ideo si ita
B iuste litigauit cum nimium vrgeretur a legatario nondum explicatis rationibus hereditatis, & peregerit litẽ, etiamsi forte condemnatus fuerit, immunis erit a pendendis vsuris, vel fructib. legatorum si sententiæ pareat. Sed si post dictam sententiam, & tempora iudicati quæ iudicatis, & condemnatis dantur, id est, post iustos dies, vt est in 12. tab. qui erant 30. dierum, hodie sunt 4. mensium iudicato faciendo: Si, inquam, post tempora iudicati moram fecerit in soluendo legato, aut fideicom. accedet onus vsurarum & fructuum a tempore litis contestatæ, licet ratio ei fuerit litigandi, quia post condemnationem recessit a bona fide: accedent, inquam, vsuræ & fructus a die litis contestatæ in diem dictæ sententiæ: nam tempora iudicati quæ dantur humanitatis gratia condemnatis, erunt immunia a dependendis vsuris, &
C fructibus, quæ est sententia *d. l.* 3. *D. de vsur.* & hoc cum bona fide litem suscepit, puta cum non esset certum an locum haberet Falcidia. At si heres moratur solutionem legati sub prætextu Falcidiæ, fingens nondũ sibi liquere quantumcumque sit in bonis, quantum in ære alieno, dolo malo, inquam, morandæ solutionis causa, lex 2. huius tit. quæ est elegantissima, docet hunc ordinem seruari hoc casu, vt lite contestata legatarius, vel fideicommissarius caueat datis fideiussoribus quod amplius quam per l. Falcid. liceat ceperit, reddi. Qua satisdatione præstita mox prætor fideicommissarius compellet heredem ei præstare solidum legatum, vel fideicommissum. Quod si fideicommissarius non possit ea de re satisdato cauere, quod non inueniat fideiussorem, vt plerumque fideiussorum datio difficilis, & molesta est,
D *l. omnes* §. *præterea, sup. de Epis. & cler.* tum Prætor fideicommissarius deficiente satisdandi facultate siue copia, dabit arbitrum, non ad cognoscendum de fideicommisso, sed ad ineundam rationem bonorum defuncti & æris alieni, ponendamque rationem l. Falcidiæ, ad excutienda hæc omnia, & certam diem pręfiniet intra quem veniat heres ad excutiendam rationem legis Falcidiæ, & eo præsente excutiet, tum relata re omni ad Prætorem fideicommissarium, de fideicommisso prętor pronuntiabit, vel si forte heres non venerit ad diem condictum, quod semper moretur solutionem, quod moras trahat & frustretur, tum Prætor fideicommissarius condemnato herede iubebit solidum fideicommissum pręstare, sine deminutione cum onere vsurarum,
E & fructuum propter moram heredis a die litis contestatę in eum diem quo fideicom. soluetur, ne tempore quidem iudicati faciendi immuni ab vsuris & fructib. vt *d. l.* 3. *de vsuris.* Atque ita eueniet vt satisdatio remittatur legatario vel fideicommissario, & vt ea non præstita cum ambigitur de lege Falcidia solidum legatũ capiat, cum ei difficile est inuenire fideiussores, & cum paret siue liquet iudici heredem exigere satisdationem morandæ solutionis causa scientem legatarium vix reperturum fideiussorem: Nam hoc casu satis erit si legatarium probet se perquam sollicite egisse, vt inueniret fideiussorem & daret, vt dicitur hodie in foro, *s'il faict paroistre de ses diligences*, atque ita remittitur ei

ei satisdatio quod amplius quam per, &c. in *l. 6. D. si cui plus quam per l. Falcid.* ac simili ratione in *l. 2. inf. ad l. Cornel. de fals.* si agente creditore ex chirographo debitor morandæ solutionis gratia, obiiciat falsum esse chirographum, nihilominus cogetur statim soluere solidam pecuniam, quæ chirographo comprehenditur dilata quæstione criminis falsi, ne negotium trahentibus pateat aditus ad cunctationes istas, & frustrationes. Et ita explicanda l. 2. hoc tit. & obseruandum in ea l. 2. vt iam attigi, supra, a Prætore fideicommissario non fuisse datum arbitrum ad rem iudicandam, sed ad ineundam rationem Falcidiæ, *pour compter*, qui dicitur arbiter & iudex *l. Falcidia l. 2. §. cum dicitur, D. si cui plus quam per l. Falcid. l. si debitor, & l. cum Titio, D. ad l. Falcid.* quia nondum potuit dari arbiter, vel iudex in causa fideic. ad rem iudicandam, sed iudicium siue cognitio fuit extra ordinem solius Prætoris, qui fideicommissarius dicitur, cuius meminit *l. 2. hoc tit.* atque etiam *l. 2. inf. qui pot. in pig. hab. l. is cui legatum, de cond. & dem. l. quæsitum §. pen. de leg. 3.* Et posttemo notandum est ex eo quod diximus quodque totus hic tit. demonstrat, legatis & fideicom. vsuras & fructus accedere ex mora; ex eo, inquam, non esse generaliter colligendum actionibus bonæ fidei in quibus constat vsuras venire ex mora, comparari per omnia actionem legatorum, vel fideicommissorum, quæ non est bonæ fidei, sed stricta, si agatur in personam: Nam actio ex testamento est stricta, *l. 6. D. de in lit. iur.* vel est arbitraria, si agatur in rem: nam omnis actio in rem est arbitraria, *l. qui restituere, D. de rei vind.* hoc ergo dico, quacumque actione agatur de legato aut fideicommisso, neque eam esse bonæ fidei, neque generaliter similem esse actioni bonæ fidei: similis tantum est quatenus & actionibus legatorum vsuræ veniunt ex mora. Quo respectu etiam comparantur actionibus bonæ fidei in *l. 34. D. de vsur.* neque hoc nouum est, vt actio stricta recipiat vsuras ex mora: nam & actio ex pollicitatione, quæ competit Reip. cui quis quid pollicitus est ob honorem decernendum vel decretum, recipit vsuras ex mora, licet sit stricta actio, *l. 1. D. de pollicit.* Et similiter actio iudicati, vt constat ex *tit. de vsur. rei ind.* Similis est etiam actio legatorum actioni bonæ fidei in eo, quod si is cui debetur sit minor 25. annis ex decreto & Constit. Seueri Imp. ei fit mora in rem, etiamsi non interpellet debitorem: minori fit mora reipsa sine interpellatione debitoris, id est, ex solo tempore tardioris solutionis. Et hoc est commune omnium actionum, *l. 3. sup. in quibus caus. in integr. restit. l. Titia §. 1. de leg. 2. l. cum vero §. apparet, ff. de fid. lib.* Dissimilis autem est actio legatorum ab actionibus bonæ fidei quod attinet ad fructus: Nam actiones bonæ fidei etiam ante moram recipiunt fructus, *l. videamus §. pen. ff. de vsur.* dum ait, in actionibus bonæ fidei omnimodo fructus venire, id est, siue percepti sint, aut percipiendi fuerint ante moram vel post moram, quia ex bona fide agitur, & id solum petitur quod ex bona fide præstari æquum est. Et bonæ fidei nomen manat latissime vt Q. Sceuola dicebat, id est, comprehendit etiam fructus rei, & omnem causam, imo & vsuras quas præstari æquum est. Cæterum non est æquum vsuras præstari nisi post moram mulctandæ moræ gratia. At fructus non ex mora tantum veniunt in actionibus bonæ fidei, sed & præteriti temporis, at vt didicimus in actionibus legatorum, aut fideicommissorum fructus tantum veniunt ex mora. Atque ita non est per omnia similis actio legatorum actioni bonæ fidei.

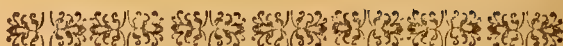
AD TITVLVM XLVIII.

De incertis personis.



Sequitur tit. 48. de incertis personis, id est, de legatis aut fideicommissis, aut hereditatibus, aut libertatibus, aut tutelis datis incertis personis. Et incertas personas vocat, quas testator ignorat, quales futuræ sint, vt si heredem instituerit eum qui primus ad funus suum veniret, vel eum qui prior Consul designaretur, & si ei legauerit. Agitur etiam sub hoc tit. de postumis, quoniam & hi incertis personis adnumerantur, ob id ipsum quia non sunt. Agitur etiam in hoc tit. de incertis corporibus, qualia sunt ciuitates, municipia, collegia. Horum enim nullum est certum corpus, vt nec ciuitas aut collegium sub aspectum cadat, sed intellectu abstrahatur, & comprehendatur. Sed periit Constit. Iustiniani quæ fuit Græca posita sub hoc tit. de incertis personis. certe nondum venit in manus meas, si venisset & venisset in omnium vtraque lingua, vt pleræque aliæ. Iure autem veteri quæ relicta erant incertis personis vel incertis corporibus, vt intelligere licet ex Institutionibus, non valebant nisi relicta essent sub certa demonstratione. incertis personis, vt hoc modo, sicut tradit Vlpia. lib. regularum, *Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit illi illum fundum do lego,* incerta est persona cui legamus, quia ignoramus quis primus venturus sit ad exequias, & solemnia mortis, sed certa demonstratio, nempe illa, *ex cognatis meis qui nunc sunt*, facit vt consistat legatum, quod non ita vagetur sub incerto, vt vagaretur omissa certa demonstratione. Et recte Vlpian. adiicit, *ex cognatis qui nunc sunt:* Nam postumis cognatis non potuit legari, vt infra ostédam, quia sunt alieni postumi. Item notandum nihil quidem relinqui posse vtiliter incertis personis, nec libertatem, sed tamen conditionis implendæ causa etiam incertis personis dari oportere, vt si quis ita dixerit: *heres esto, si ei qui primus ad funus meum venerit dederis 10.* Obseruare debet heres quis veniet primus, vt in eo impleat conditionem dandi, alioquin non erit heres, *l. 4. ff. de reb. dub.* quia scilicet is cui datur conditionis implendę causa neque est legatarius neque fideicommissarius, *l. 8. ff. si quis omiss.* Denique hoc genere incertæ personæ non legatur mortis causa capio, puta quod datur conditionis implendæ causa, neque legatum est, neque fideicommissum. notandum etiam, quod & si legatum relictum incertę personæ peti non possit, retineri tamen potest si sit solutum per errorem, nec soluti repetitio est, *§. incertis autem personis, Instit. de legat.* Denique legatum incertæ personæ relictum fuit in retentione, non in petitione. Et huc pertinere opinor *l. ex quibus causis, ff. de condict. indeb. Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si soluerimus repetere non possumus.* Causæ huiusmodi sunt complures. Qui vicit ex iniusta sententia retentionem habet, non petitionem, *l. 3. §. vlt. ff. de pign.* Item possessor qui iurauit rem petitoris non esse, ex illo iureiurando habet retentionem, non petitionem, *l. & non tantum §. veniunt, ff. de petit. hered.* Item qui in alieno solo ædificant, habent sumptuum nomine retentionem, non petitionem, *l. Paulus, ff. de doli except. l. 14. ff. comm. diuid.* Et olim quoque Falcidiæ fuit retentio, non petitio, vt dicemus in *l. vlt. inf. ad l. Falc.* Et constat naturale debitum esse in retentione, non in petitione. Itemque diuortio facto sextas propter liberos esse in retentione, non in petitione, vt diserte scribit Vlpian. *lib. Reg. tit. de dote.* Et ita legata quoque relicta incertis personis sunt in retentione si forte soluantur

non in petitione, quia ab initio iure ciuili inutilia sunt, A & vt ait illa *l. ex quibus, ex quibus causis retentionem habemus non petitionem, ea si soluerimus repetere non possumus.* Prima fronte illius regulæ hic videtur esse sensus, vt mihi debita quæ retinere possum, non petere, si soluam repetere non possum: quo sensu si soluam, id est, si ea non retineam, nec enim proprie soluo, quod mihi debetur, sed quod ego debeo. Itaque improprie dixit si soluam, vel si soluerimus, & confirmatur ille sensus, *l. si in area, de cond. ind.* Sed vt nulla sit improprietas, & ne verbũ, soluo, noue vsurpetur, & inusitate, quasi soluã quod mihi debetur cum id non retineo, propius vero esse videtur, vt eam regulã sic accipiamus. Mihi debita quæ retinere possum non petere, si mihi soluantur per errorem, vt is qui soluit ea repetere non possit, quia vtar B iure meo, si ea mihi soluerit, id est, iure retentionis quod solum mihi competit. Et ita interpretemur verba huius regulæ. Ex quibus causis retentionẽ habemus petit. non habemus, videlicet si alii ea nobis debeant, ex iis causis ea si nos aliis debeamus & soluerimus repetere non possumus, vt si legatum relictũ incertæ personę soluamus, puta, ei qui primus ad funus venit, licet per errorem, soluamus, id repetere non possumus, quia etsi non habuit legati petitionem, tamen habet retentionem, *d. §. incertis.* Ergo incertæ personæ legatum relictum non est in petitione: idemque est in hereditate: nam incerta persona heres institui non potuit, quia certũ esse debet consilium testantis. Et sunt huius iuris vestigia etiam in *Pand. l. 9. §. heres, ff. de hered. instit. l. sciendum, de verb. sig.* Postumo quoque non semper legari potuit, aut non omni iure. Postumus aut est suus, aut alienus siue extraneus. Suus est qui natus nobis est futurus inter suos heredes, veluti filius. Alienus qui natus non est nobis futurus suus heres, licet sit agnatus, vel cognatus. Et postumo quidem suo legari potuit, idemque heres institui potuit iure ciuili, aut *l. Iulia Vellea.* Postumo autẽ alieno legari non potuit, quasi incertæ personæ: fideic. tamen relinqui potuit, *l. 5. §. vlt. ff. de reb. dub. l. 2. in prin. ff. de iure cod.* Postumus quoque alienus iure ciuili institui nõ potuit, iure Prętorio institui potuit, & admitti ad bon. poss. secundũ tab. non etiã adire hered. iure ciuili, *l. postum. ff. de inoff. test. l. 1. §. si filius in adopt. & l. extraneo. ff. de vent. in poss. l. 3. ff. de bon. poss. sec. tab. §. 1. Instit. de bon. poss. & §. postum. de leg.* Ergo postumus nec iure veteri per omnia fuit habitus pro incerta persona, quãuis D nondum sit, & nesciatur an futurus sit, aut quis futurus sit, an homo, an monstrũ, & paulatim etiam postea discessum est a veteri iure in quibusdã: Nam Senatusc. cõcessum est, vt ciuitas posset heres institui a libertis ciuitatis, *l. 1. D. de lib. vniu.* Et alio Senatusc. vt ciuitatibus omnib. quę essent sub imperio pop. Romani fideicom. hereditas relinqui posset *l. omnib. ad Treb.* Et alio Senatusconsulto, vt & collegiis licitis, & corporib. legatum aut fideicommiss. speciale, aut vniuersitatis relinqui possit, *l. cum Senatus, de reb. dub. l. 3. tit. seq.* Et certatim deinde Constit. principum Christianorum, vt & Ecclesię relinqui possit, & pauperib. id est corpori pauperum ciuitatis & captiuis vt redimantur ab hostibus, *l. 1. & l. generali, sup. de sacros. Eccles. l. id quod, l. nulli, l. si quis ad declinandam, sup. de Episc. & cler. & Nou.* 131. Et tandem E generaliter Constit. huius tit. Iustinian. decreuit valere legata relicta quibuscumque incertis personis, aut corporibus licitis, & collegiis licitis, & postumo alieno, quin & postumum alienum heredem institutum non tantum iure prætorio ad bona venire posse, vt olim, sed etiam sine auxilio prætoris hereditatem adire posse iure ciuili. Et excepit Iustinian. tantum tutorem. nec enim voluit incertam personam recte tutorem dari, quia certo consilio debet quisque de tutela posteritati suæ consulere, & ita in *l. tutor incertus, D. de test. tut.* Et hæc satis erit adnotasse ad hunc tit.



AD TITVLVM XLIX.

Ad Senatusconſ. Trebellianum.



Ic tit. proprie pertinet ad hereditates fideicommissarias, de quibus iam actum est supra multis locis, in tit. de fideicommissis, quia non est tantum de fideicommissis specialibus, sed etiam de fideicommissis hereditatum. Et de iis duo fuerunt Senatusconsulta Trebellianum & Pegasianum, quorum differentia luculenter explicatur in Instit. & in *Reg. Vlp. tit. de fideicommissis, & in Sent. Pauli tit. de Senatusconſ. Pegaſ.* Prius fuit Senatusc. Trebel. cum nondum lex Falcidia pertineret ad fideicommissa, sed ad legata tantum. Posterius fuit Senatusc. Pegasian. ex quo l. Falcid. porrecta est etiam ad fideicõmissa, vel specialia, vel hereditatem, *§. sed quia heredes, Instit. de fid. hered.* quod significat articulus, *hodie* in *l. 1. §. hodie, ff. Si cui plusqu. per l. Falcid.* Trebel. Senatusc. fuit de transferendis omnibus actionibus ab herede rogato restituere hereditatem, licet iure ipso heres permaneat in fideicommissarium omnibus actionibus tam actiuis, quàm passiuis, id est, quas heres habet, vel quibus obstrictus est. Et placet ratio Senatusconſ. quæ proponitur in *l. 1. D. ad Treb. cum esset æquissimum*, inquit, *in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuiquam periculosam esse fidem suam.* Vbi primum in initio Senat. dum ait, *cum æquissimum esset in omnibus fideicommissariis hereditatibus*, illud, *fideicommissariis*, est irreptitium, quoniam intelligit de omnibus hereditatibus siue directo nobis obueniant, siue restituantur nobis, siue cedantur in iure. Nam & hereditas in iure cedi potest, vt Seruius lib. 3. Æneid. Cedere, inquit, est verbum iuris, nam cedi hereditas dicitur. & Vlp. *lib. reg. tit. de dominiis.* Itaque primum aio, verbum *fideicommissariis*, abundare: deinde quæro, quid sit in illo Senatusc. *ex iis eos subire.* quid hoc est, *ex iis*, & opinor legendum, *ex 12. tabul.* vel, *ex 12.* simpliciter, vt alias ostendi 1. *de legibus* circa finem, *nec Mamilia lege singuli, sed ex iis tres arbitri fines regemus*: ita esse legendum *ex 12. tres arbitri fines regemus sacratisque legibus*, esse legendum, vt in veteribus, 12. Et sic etiam opinor, in *l. 2. §. omnium, de orig. iur. omnium tamen harum, esse scribendum, omnium tamen 12. tabu.* & conflatus est error ex notis. qua ratione sit conflatus, ore non possum exprimere, manu facile possim, & cuique cupienti ostendam. Auctoritate Iustinian. Senatusc. Pegaſ. transfusum est in Trebell adeo vt quæ fiebant olim ex Pegasiano, veluti deductio Falcidiæ, hodie fiant, & fieri dicantur & venire ex Senatusconſ. Treb. atque ita dicimus hodie ex Senatusconſ. Treb. ex fideicommisso detrahi quadrantem, id est, Falcid. si heres sponte adierit, & onera creditorum hereditariorum diuidi inter heredem & fideicommissarium pro quadrante, quem retinet, & dodrante, quem restituit. Itaut heres quod soluerit creditoribus pro dodrante, id a fideicommissario repetere possit, *l. 1. hoc tit.* vel si heres non retineat quadrantem, sed restituat totam hereditatem, omnia onera creditorum transferuntur in fideicommissarium. onera autem legatorum, vel fideicommissorum specialium semper pertinent ad fideicommissarium, quia ex quadrante, id est, ex Falcidia non delibantur legata, sed quadrans delibatur ex legatis & fideicommissis, *l. vlt. hoc tit. l. 1. §. vlt. D. eod. tit.* Et hoc si dodrans restituatur, vel as ex fideicõmisso: nam si minor pars hereditatis restituatur, puta, semis, non tantum onera creditorum, sed etiam onera legatorũ diuidũtur pro rata inter heredem

ex asse, & fideicommissarium semissarium, quæ est sententia *l. 2. huius tit. & l. 1. §. qui minorem, l. etiam §. 1. D. vt legat. no. cau. & l. 1. § pen. D. ad Treb.* Et ad hæc notandum ex *l. 3.* Senatusc. Treb. locum esse & l. Falcidiæ non tantum si fideicommissaria hereditas relinquatur ab herede testamentario, sed etiam si relinquatur ab intestato, ab herede legitimo, vt in *l. 3. & 5. huius tit. l. 1. §. hoc autem, & l. recusare §. 1.* D. *eod. l. vlt. inf. quand. dies leg. ced. Il y a en vostre glose, l. fideicommissum, il ne faut rien que, si. c'est à dire finali, l. vlt. §. fin. D ad l. Falcid.* Et proponit *l. 3.* heredem legitimum ex asse rogatum restituere hereditatem Reip. & vtile fideicommissum esse, licet sit relictum ab intestato. Et ex Senatusconf. Trebel. olim Pegas. heredi, inquit, vel heredibus legitimis oneratis illo fideicommisso quartæ partis, id est Falcidiæ, & fructus eius restitutio competit, quoniam heres retinet non tantum Falcidiam, sed etiam Falcidiæ fructus semper, *l. mulier §. si heres, D. ad Treb.* Sed quid est quod ait *l. 3. quartæ partis, & fructus eius heredibus legitimis restitutio competit,* debuisset dicere, *retentio competit*, & sane spuria est vox illa, *restitutio.* Et rectius legitur in aliis libris, *quartæ partis & fructus eius institutio competit*, nisi mauis, *retentio*, quandoquidem non proponuntur instituti heredes, sed legitimi heredes, qui rogati sunt Reipub. restituere hereditatem. Etiam mendum est, in *l. 5.* in fine, in qua lege etiam ostenditur fideicommissum hereditatis recte relinqui ab intestato, & conuentos legitimos heredes de fideicommisso nihil obtinere posse ex SC. vltra quartam, deducto ære alieno, inquit: nam primum deducitur æs alienum, deinde ponitur ratio legis Falcidiæ, & deducitur Falcid. si locus ei sit, *l 6. tit. seq.* & vltra hanc quartam, inquit, vt legendum est in fine, nihil obtinere posse præstiterit: Senatusc. scilicet, id est, Senatusc. non præstitit legitimo heredi, vt vltra quartam quicquam aliud obtinere possit, vbi *obtinere*, est retinere, vt in *l. 1. sup. de iis, quæ sub modo*, & *l. cum fratrem sup. de iis quib. vt indig.* Et postremum hoc est vt admoneamus, ex SC. Pegasiano hoc quoque esse transfusum in Treb. vt heres qui suspectam hereditatem dicit coactus adire hereditatem fideicommissariam periculo fideicommissarii, ne intercidat fideicommissum, non retineat Falcidiam, sed assem restituat, & omnes actiones transferat in fideicommissarium, & ita in *l. cogi §. idem Mæcianus, & l. si heres* D. *eod. tit.* articulo, *hodie* significatur hoc caput Senatusf. Pegasiani, quod etiam vt dixi, Iustin. transtulit in Treb. vt vnum esset tantum Senatusc. de fideicommissariis heredit. & huc pertinet *l. 4. h. tit.* cuius species est elegantissima. Nepos auiam & fratrem heredes instituit ex parte, & auiam rogauit vt partem suam restitueret Quintianæ: auia repudiauit partem institutionis suæ, vt scilicet adcresceret alii nepoti, eidemque coheredi defuncti, nec perueniret ad Quintianam: ac deinde auia coactam a pretore postulante Quintiana hereditatem adiuit, & priusquam pro herede gereret, inquit, id est, priusquam ex hereditate quicquam attingeret, eamque restitueret Quintianæ (aditionem sequitur pro herede gestio, quod notandum maxime, ex hac *l. 4.*) Si inquam, priusquam attingeret hereditatem, quam adiuit coacta, eamque restitueret, vita decesserit, an intercidit fideicommissum, quod viua non restituit Quintianæ? lex ait consistere fideicommissum, & a coherede cui adcrescit esse præstandum, maxime post Constitut. Seueri & Antonini, quæ vult, vt legata relicta ab instituto videantur relicta a substituto, licet ab eo nominatim repetita non sint, vel etiam fideicommissa qualiacumque: Nam consequens est huic constitutioni, vt coheres quoque quasi substitutus, vel exemplo substituti consequatur adcrescentem portionem coheredis cum onere fideicommissi, quasi legata relicta a coherede videantur repetita ab alio coherede, cui adcreuit portio prioris, licet a posteriori non sint nominatim repetita, vt in *l. 16. §. 1. D. de leg. 1. l. mortuo. §. 1. si Titio, D. de leg. 2.* Ex quo intelligitur verum esse quod Azo dixit, Constitutione illa Seueri & Antonini abrogari quod vetustiores iuris auctores existimauerunt, puta Iulianus & Celsus in *l. Celsus §. vlt. ff. eod.* videlicet adcrescere portionem coheredis sine onere fideicommissi, si ab eo quoque nominatim relictum non sit. Ita existimauerunt Iulia. & Celsus cum nondum prodiisset illa Constit. Sed hodie sententia Constitut. sequenda est, & obserua diligenter in specie huius *l. 4.* coheredi adcrescere portionem coheredis, quia eam repudiauit, & adcrescere statim a repudiatione, nec ei auferri licet coheres postea coactus adeat, non auferri scilicet ab herede coheredis, qui postea coactus adiit, non auferri iure transmissionis, sed auferri iure fideicommissi a fideicommissario sine deductione Falcidiæ, quia coheres cuius portio ei adcrescit coactus adiit, & qui coactus adiit amittit Falcidiam. Et ita exposuimus quinque priores leges huius tit. atque etiam *l. vlt.* Cum dixi onera omnia legatorum pertinere ad fideicommissarium cui dodrans restituitur, quod quadrantem illibatum apud heredem remanere oporteat, & multo magis onera legatorum vel fideicommissorum pertinere ad fideicommissarium, cui as restituitur, id est, tota hereditas, vt in specie huius l. vlt. ex præcepto testatoris, qui totam hereditatem restitui iussit, tota restituitur: vbi obseruandum est diligenter iam a tempore editæ illius legis vlt. Iustin. parturiisse id quod palam biennio post edidit *Nouel. 1.* scripta ad eundem PP. ad quem scripta est hæc l. vlt. ne scilicet heres detraheret Falcidiam vetante testatore, nec contra voluntatem testatoris. Nam satis vetat Falcidiam detrahi, qui iubet totam hereditatem restitui, vt *l. pœnales §. vlt. D. ad l. Falcid.* Breuiter hoc dico, eam l. vlt. esse certissimum indicium parturitionis, id est, Nouellæ, quæ biennio post edita fuit, vt Falcidia prohiberi possit. & nunc restat tantum ex hoc tit. *l. iubemus, & l. pen.* Sunt duæ ll. celeberrimæ, & in vsu frequentissimæ. Ad *l. iubemus,* sciendum est in primis, fructus medio tempore ab herede perceptos ex legato, aut fideicommisso relicto in diem, vel sub conditione, quia iure hereditario, & ex iudicio defuncti percipiuntur qui interim fructum omnem heredis esse voluit, & omnia quæ ex iudicio defuncti percipiuntur in quartam imputantur: & fructus igitur medio tempore perceptos in Falcidiam imputari, quæ detrahitur ex legatis, vel fideicommissis quibuscunque. Et consequenter eos fructus Falcidiam submouere, & excludere, si tantum efficiant fructus, quantum quarta pars hereditatis efficit, & fructus quartæ, quod ostenditur in *l. mulier §. si heres, l. in fideicommissarium, & l. deducta §. ante diem*, D. *eod. tit. l. Pap. §. vnde si quis, D. de inoff. test. l. quod de bonis §. fructus, & l. filiusfam. in fi. & l. qui quadringenta §. qui ducenta, D. ad l. Falcid.* Et est certissima regula iuris, quæ locum habet in omnibus heredibus oneratis legatis, aut fideicommissis relictis in diem, vel in conditionem, vt fructus medii temporis, quos capiunt sibi imputent in Falcidiam: & si non sufficiant Falcidiæ, vt id tantum quod deest, detrahant, & vt si superent Falcidiam fructus medii temporis, vt superfluum quod est sibi habeant, quoniam ita voluit defunctus, vt ante diem vel conditionem fideicommissi omnia commoda perciperent, & tenerent: locum, inquam, hæc regula habet in omnibus heredibus exceptis filiis: Nam Zeno Imp. in hac *l. iubemus*, excipit filios solos heredes institutos. Itaque in filiis ius hoc singulare est, vt si onerati sint fideicommisso hereditatis, vel pecuniario, vel speciali relicto in diem, vel sub conditione in quartam Pegasianam, vt dixere veteres IC. vt corriguntur a Iustinian. in quartam Trebellianam, quæ & generali nomine dicitur Falcidia, non imputent fructus medio tempore perceptos, etiamsi specialiter rogati, iussiue fuerint a patre, vel matre eos fructus imputare in quartam: non omni præcepto parentis obtemperandum est, maxime daute lege licentiam non obtemperandi, & minuente potestatem patris,

ſed vt filii retineant omnes fructus medii temporis, & hoc amplius detrahant quartam ex rebus ipſis, vel corporibus hereditariis, ſi hereditatem rogati ſint reſtituere in diem, vel ſub conditione, vel ſi rogati ſint præſtare fideicommiſſum ſpeciale, vt lucrifaciant fructus medii temporis: & præterea ex rebus ipſis fideicommiſſi ſpecialis ferant quartam, ſi fideicommiſſum oneret hereditatem, aut ſi fideicommiſſa multa ſint ſpecialia, quæ onerent vel exhauriant hereditatem. Et additur in hac l. idem iuris eſſe ſi filii heredes inſtituti onerati ſint legatis, vt ſcilicet in quartam quæ proprie dicitur Falcidia cum deducitur ex legatis, non imputent fructus medii temporis. Denique in nullam quartam filii heredes inſtituti imputant fructus medii temporis. Quod procedit non tantum ſi a filiis legata, vel fideicommiſſa extraneis relicta ſint, sed etiam ſi ipſi filii heredes inſtituti ex partibus inuicem ſubſtituti ſint per fideicommiſſum, id eſt, ſi rogati ſint, vt qui diem ſuum obiret ſine liberis partem ſuam ſuperſtitibus fratribus reſtitueret. Quam conditionem ſi ſine liberis diem ſuum obierit etiam Zeno in hac *l.* §. *pen.* docet deficere eam conditionem, vel vno relicto filio, aut poſtumo, vel vno nepote ex filio, vel filia, vel vno pronepote ex nepote, vel ex nepte, quod confirmat etiam *l.* 1. *ſup. de condit. inſert.* & *l. pater* §. 1. *D. de cond. & demon. l. non eſt ſine liberis, D. de verb. ſign. Aug. lib.* 16. *de ciuit. Dei cap.* 40. *in latina lingua conſuetudine,* inquit, *liberi dicuntur filij, etiamſi non ſint vno amplius.* Idem quoque iuris vt ſcilicet filii non imputent in Falcid. fructus medii temporis, vel quæcumque ſunt fructuum vice, vel vſuras pecuniarum, non tantum ſi, vt dixi, inuicem ſint ſubſtituti per fideicommiſſum, ſed etiam ſi ſeparatim quibuſdam, vel cuidam ex filiis, ſi ſine liberis moreretur, ſuperſtes vel ſuperſtites fratres per fideicommiſſum ſubſtituti ſint. Et quod dico, ſi ſeparatim, lex dicit ſimpliciter, ſi ſimpliciter rogati ſint, id eſt, ſeparatim, non inuicem, non viciſſim, non mutuo. vox ſimpliciter, varie accipitur in libris noſtris, hoc loco, id eſt, ſine reciprocatione, ſine mutua ſubſtitutione, in *l.* 15. *ſup. de fideicommiſſis.* id eſt, pure, ſine conditione vlla in *l.* 5. §. *nunc videamus,* D. *iud. ſolui,* id eſt, ſine ſatiſdatione, in *l.* 14. 1. *ſup. de fideicom.* id eſt, generaliter, non nominatim, vt in *l. ſi domus, de leg.* 1. & *l. hinc quæritur* D. *de pecul.* & in *l.* 1 *ſup. de ædilit. action.* Simpliciter, id eſt, bona fide, vt in oratione Demoſthenis in Timocratem Vlp. interpretatur ἁπλῶς, quod eſt ſimpliciter, ἀντὶ τοῦ σαφῶς, καὶ μὴ πανούργως, id eſt, *bona fide, non mala:* & in *l.* 6 §. *ſi quis ita,* D. *de neg. geſt.* Id eſt, ſupine & εὐήθως, puta cum quis ſuum negotium in ſuis bonis gerit quaſi alienum, id eſt, exiſtimans eſſe alienum, quæ eſt ſumma ſupinitas, & ſimplicitas neſcire ſua bona, ſuaque negotia, & ea accipere pro alienis, quo ex geſtu non eſt actio negotiorum geſtorum, quamuis animum habuerit gerendi negotia aliena. Verum hæc mittamus & pergamus explicare cætera, quæ continentur in hac l. Quod dat filiis, vt in Falcid. non imputent fructus medii temporis, docet obtinere etiamſi filii rogati ſint reſtituere hereditatem nepotibus defuncti, id eſt, filiis ſuis, vel pronepotibus, id eſt, nepotibus ſuis, vel deinceps cæteris liberis. Et ita principium huius legis diuido in 3. partes contra quam faciat Accurſ. vt prima pars ſit de quarta Trebell. ne in eam imputentur fructus intermedii temporis. Secunda autem pars ſit de quarta Falcid. quæ ducitur ex legatis, vt in eam ſimiliter a filiis non imputentur fructus medii temporis. Et notandum hanc ſecundam partem his verbis contineri, *idemque in retinenda legis Falcid. portione obtinere iubemus:* nam poſt verbum, iubemus, punctum apponi oportet, vt tertia pars incipiat ab his verbis, *etſi pater,* &c. quæ eſt de nepotibus, vt ſi filii heredes inſtituti rogati ſint nepotibus, id eſt, filiis ſuis reſtituere hereditatem etiam non imputent in Falcidiam fructus medii temporis. Et notandum hoc ius tantum dari filiis heredibus inſtitutis, non etiam nepotibus heredibus inſtitutis, vel aliis liberis, in §. *vlt. huius l.* filii hoc habent præcipuum ſupra omnes liberos. Nec omittendum eſt ex *cap. Rainutius, extra de teſtam.* hoc ius ſingulare datum eſſe filiis in fructibus perceptis ante litem conteſtatam: nam æquiſſimum eſt, vt fructus perceptos poſt moram, id eſt poſt lit. conteſt. imputent in Falcid. Omnis mora diſpendioſa eſt, aut eſſe debet. & ſequitur, in §. *in ſupradictis,* aliud ius ſingulare, quod datur filiis ſolis heredibus inſtitutis, vt ſcilicet, ſi filii heredes inſtituti rogati ſint hereditatem reſtituere, non dico iam fratribus, ſed nepotibus, id eſt filiis ſuis, non cogantur nepotibus, id eſt, filiis ſuis præſtare cautionem de fideicommiſſo, quæ ex edicto iure deſideratur a fideicommiſſario: nam filio fides patris ſatis eſſe debet, nec deſideranda eſt fides alterius. Excipiuntur tantum duo caſus, quibus pater a patre ſuo heres inſtitutus, & rogatus nepoti hereditatem reſtituere debet nepoti præſtare cautionem fideicommiſſi. Prior caſus hic eſt, qui proponitur in hoc §. ſi teſtator iuſſerit caueri nepoti de fideicommiſſo pendente conditione fideicommiſſi vel die, quoniam teſtator hoc non iubet ſine aliqua prouidentia, & notitia morum filii heredis inſtituti, vt æquum ſit huic voluntati teſtatoris obtemperare. Secundus caſus hic eſt, ſi filius heres inſtitutus & rogatus reſtituere hereditatem filio, aut filiis ſuis ex priore matrimonio ſuſceptis, ſoluto eo matrimonio tranſeat ad ſecundas nuptias: Nam quia ſecundæ nuptiæ plerumque alienant animos parentum a liberis primarum, ideo vt in tutum redigatur fideicommiſſum hereditatis, & hoc caſu debet pater præſtare filio cautionem fideicommiſſi, ſed non qualem præſtari oportet aliis fideicommiſſariis, quibus præſtatur ſatiſdatio fideiuſſorum, *en baillant reſpondant,* vt loquitur *l. nec non,* D. *ex quib. cauſ. maio.* Sed pater filio fideicommiſſario, non præſtabit ſatiſdationem fideiuſſorum, præſtabit nudam cautionem tantum, nudam repromiſſionem, vt *l. filio,* D. *vt leg. nomine,* quoniam pater non eſt acerbe exigendus, non auare, & ſufficere vbique debet filio fides patris, quem habere debet pro bono viro & reuereri, & inuerecundum eſt a patre deſiderare alienam fidem. Et ita licet in hoc §. vtatur verbo ſatiſdationis, vt illis duobus caſibus pater præſtet ſatiſdationem filio de fideicommiſſo, licet, inquam, vtatur verbo *ſatiſdationis,* tamen ſatiſdationem accipere oportet pro nuda cautione: non pro ſatiſdatione fideiuſſorum: & ita ſæpiſſime accipitur in iure, & hoc loco eſſe ita accipiendam hanc vocem oſtendit No. 22. in qua refertur ſententia huius §. & pro ſatiſdatione vertit ἀσφάλειαν, quo nomine nuda cautio ſignificatur in *l.* 3. *ſup. de verb. ſig.* Ergo illis duobus caſibus filius iure deſiderat a matre primum cautionẽ fideicommiſſi pendente cauſa fideicommiſſi, & a patre etiamſi filius ſit ſui iuris, non ſi ſit in poteſtate patris, quoniam nunquam reſtituitur fideicommiſſum filiof. niſi emancipetur, vel niſi dilapidet pater bona quæ filiofamil. ſuo forte poſt mortem reſtituere iuſſus eſt: Nam ob diſſolutos mores patris etiam filiofamil. repræſentatur fideicommiſſum, quam in rem eſt elegantiſſima, *l. imperator, ad Senatuſc. Trebell.* & hæc eſt interpretatio *l. iubemus.* Ex l. penult. primum notandum eſt, pupillo relictam hereditatem fideicommiſſariam, ipſi pupillo eſſe reſtituendam tutore auctore, quoniam reſtitutio fideicommiſſi poteſt eſſe damnoſa, propterea quod transferuntur onera in fideicommiſſariam ex Senatuſc. Trebelliano: idcirco interponi auctoritatem tutoris oportet, non tutori reſtitui, ſed pupillo tutore auctore, videlicet ſi pupillus ſit præſens, & ſi fari poſſit: nam & vox fideicommiſſarii deſideratur, vt deſideret adire hereditatem ſuo periculo, ſi heres ſuſpectam eam dicat, & recuſet adire: Sed quid fiet ſi pupillus ſit abſens, vel ſi fari non poſſit? Et hoc conſtituit Iuſtin. in *hac l. pen.* vt recte fiat reſtitutio hereditatis tutori ſoli, non vt procuratori pupilli, ſicut Accurſ. ait: quia ſi fieret ei vt procuratori, pupillum non obligaret

obligaret oneribus hereditariis antequam ratum haberet, vel ab eo bona recepisset, sed fit restitutio tutori, vt tutori ex Senatusc. Trebell. quæ pupillum obligabit: Et ita quoque si furioso sit relicta fideicommissaria hereditas, restitutio potest fieri ex Senatusc. Trebell. ita vt obligetur furiosus soli curatori eius, quia furiosus habetur pro absente, & pro infante. Et hæc Constit. Iustiniani confirmatur *l. restituta* §. *vlt.* & *ll.* quæ sequuntur duabus & *l. seruo inuito* §. *si pupillo, D. ad Treb.* Et notandum quod ait *d.* §. *si pupillo*, per tutorem fideicommissarii heredis heredem testamento scriptum posse compelli adire & restituere exemplo iuris ciuilis, & iuris prætorii. Exemplo iuris prætorii, quia & per tutorem potest peti bon. possessio delata pupillo *l. tutor ff. de bon. poss.* Exemplo iuris ciuilis, quia & tutor potest pro herede gerere nomine pupilli, videlicet eodem casu quum pupillus est B infans, vel absens vt in *l. si infanti, sup. de iure delib.* Et ita legendum in *d.* §. *si pupillo*, vt pro herede tutor gerere possit, non vt pupillus pro herede gerere possit tutore auctore si sit infans: Nam hoc est falsum, *l. pupillus, de adqu. hered. l. 1. inf. ad Senatusc. Tert.* Secunda definitio Iustin. quæ proponitur in hac l. pen. hæc est. Heres institutus qui rogatus est restituere hereditatem latitat, aut euocatus a Prætore vt restituat hereditatem, venire contemnit: quid fiet? fideicommissarius potest quidem vindicare hereditatem fideicommissaria hereditatis petitione, de qua est tit. in Dig. Sed quomodo transferuntur in eum actiones ex Senatusc. Treb. quia non transferuntur in eum sine restitutione heredis, & heres latitat, & non restituit. Eadem quæstio interuenit si idem heres antequam restitueret diem suum obierit nullo he- C rede relicto: nam & hic quemadmodum transferentur actiones in fideicommiss. nullo existente, qui restituat fideicommissum. Eadem quæstio etiam interuenit, si primus fideicommissarius, cui heres restituit hereditatem ex Senatusc. Trebel. rogatus sit alii restituere eandem hereditatem, quia Senatusc. Trebell. loquitur de herede, vt ab herede transferantur actiones in fideicommissarium. Sed vt ait *l. quamuis* §. *1. D. eod. tit.* hoc iure vtimur, vt etiam heres heredis oneratus fideicommisso restituat ex Senatusc. Treb. id est transferat actiones, vt bonor. possessor. aut pater vel dominus, sed eodem iure non vtimur in primo fideicommissario, vt & hic secundo fideicommissario restituat ex Senatusc. Treb. id est, vt transferat actiones de herede heredis aut patre vel domino. Non dubitatur de primo fideicommissario rogato restituere secundo: dubitatur, vt ait *l. 1.* §. *de illo du-* D *bitatur, D. eod. tit.* quemadmodum scilicet in secundum fideicommissarium actiones transferantur, & vt refert Iustinianus hoc loco, Vlpian. dicebat hac de re esse constituendum, a principibus scilicet, & quod eo iure non vterentur, non posse se introducere, aut definire: opus esse constitutione principis, & ita sæpissime in iure in ἀμηχανίᾳ, in loco præcipiti, vt loquitur *l. cum quidam, sup. de adminis. tut.* implorandum est principis auxilium, consulendus est princeps, vt in *l. itaque, D. de fid. lib.* & *l. si cui legatum, D. de cond. & demonst.* vbi extra ordinem constitui oportere, inquit, Iurisc. in quæstione quadam dubia, a principe scilicet, non a Prætore, quæ ibi proponitur, *l. 2. in fine, D. de reb. eorum qui sub. tut. sunt.* Et Iustin. in quæstione proposita suscipit has partes in *l. pen.* §. *vlt.* vt superioribus tribus casibus ipso iure transfe- E rantur actiones in fideicommissarium, quod duobus prioribus casibus sane verum est sine restitutione vlla. Sed tertio casu omnino desideratur restitutio primi fideicommissarii, vt *d.* §. *de illo*, & §. *seq.* vt mirer huic *l. pen.* opponi §. *de illo* cum secundum illum §. sit accipienda l. pen. vt tertio casu ipso iure transferantur actiones in secundum fideicommissarium restituta hereditate a primo perinde, ac si primus esset heres testamento scriptus Senatusc. Treb. porrecto etiam ad hunc casum: nec tamen existimandum est primum fideicom. deducere Falcidiam: nam hoc certum est in iure solum heredem directo institutum detrahere Falcid. aut solum legitimum, cui directa hereditas lege defertur, non fideicommissarium, fideicommissarius primus secundo solidum restituit in *l. cogi* §. *Marcianus, l. si patronus* §. *qui fideicom. D. ad Trebell. l. lex Falcid.* §. *vlt. ad l. Falcid. D.* nisi, scilicet fideicom. primus eam deducat ex persona heredis, qui forte noluit eam deducere, & totam restituit primo fideicommissario, vt ipse eam deduceret a secundo, vt in *l. 1.* §. *inde Neratius, D. ad Treb.*



AD TITVLVM L.

Ad legem Falcidiam.

Vide Appendicem in fine Tomi VII.



AD TITVLVM LI.

De caducis tollendis.

Et nomen & materiam caducorum ex bellis ortam & auctam ciuilibus, quæ in se populus Romanus mouebat, necessarium duximus, Patres conscripti, in pacificis nostri imperij temporibus ab orbe Romano recludere: vt quod belli calamitas introduxit, hoc pacis lenitas sopiret. Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit, & per desuetudinem abolita: ita & a nobis circa caducorum obseruationem inuidiosum suum amittat vigorem, qui & ipsis prudentissimis viris displicuit, multas inuenientibus vias, per quas caducum non fieret. Sed & ipsis testamentorum conditoribus sic grauissima caducorum obseruatio visa est, vt & substitutiones introducerent ne fiant caduca: & si facta sint, ad certas personas recurrere disponerent, vias recludentes, quas lex Papia posuit in caducis: quod & nos fieri concedimus. Et cum lex Papia ius antiquum, quod ante eam in omnibus simpliciter versabatur, suis machinationibus & angustiis circumcludens, solis parentibus & liberis testatoris vsque ad tertium gradum, si scripti fuerant heredes, suum imponere iugum erubuit, ius antiquum intactum eis conseruans, nos omnibus nostris subiectis sine differentia personarum hoc concedimus.



ET lex Falcidia de modo legatorum fuit lata Augusti temporibus; ita Papia Popæa lex de caducis hereditatibus & legatis: & lex Falcid. a Iustiniano non quidem sublata, sed valde rescisa, siue restricta est *Nouel. de heredibus & Falcidia*, vt docui sup. titulo. Lex autem Papia ab eodem Iustiniano oratione missa ad Senatum, quam posuit sub hoc tit. penitus sublata est. Caduca vero ex Vlpian. *lib. regul. tit. de Caducis*, ita definiuntur. *Quæ iure relicta capaci aliqua ex causa post mortem testatoris ab eo in fiscum cadunt.* Dico *capaci*: Nam quæ incapaci relinquuntur, non sunt caduca, sed pro non scriptis, pro non datis, vel relictis habentur *l. 1. sup. de hered. instit.* Dico, *post mortem testatoris*: nam ea tantum proprie dicuntur caduca, directo nomine, aperta voce, vt ait, in §. *& cum triplici, hoc tit.* quæ deficiunt post mortem testatoris; quæ autem deficiunt viuo testatore, vt si legatarius moriatur viuo testatore, vel si conditio legati viuo testatore deficiat, ea in lege Papia dicuntur esse in causa caduci: quia eodem iure sunt, eademque conditione qua sunt caduca: nimirum, vt recidant in fiscum, *d.* §. *& cum triplici.* Dixi, *aliqua ex causa*, causam accipiens pro casu. Sunt autem caducorum quinque casus. Primus hic est: si post mortem testatoris ex parte heres scriptus vel legatarius vita decesserit ante apertas tabulas, quod est antequam cederet dies legati, vel dies adeundæ hereditatis: nam ex lege Iulia & Papia is dies incipit ab apertis tabulis, & recte ait Vlp. in supra dicto loco, ex

parte heres scriptus: quoniam hic non potuit adire hereditatem ante apertas tabulas, at heres scriptus ex asse potuit adire hereditatem clausis tabulis testamenti, *l. mulieri, l. multum, ff. de cond. & demonst. l. 1. §. vlt. de iur. & fact. ignor.* Secundus casus: Si post mortem testatoris ex parte heres scriptus, vel legatarius ante apertas tabulas, vt Vlpianus loquitur, supradicto loco, *pereger factus fuerit*, id est, si peregrinus factus fuerit amissa ciuitate Romana: vt si deportatus sit in insulam, quæ peregrinitas pro morte habetur, *l. 1. §. filium, ff. de bonor. possess. contra tabul. l. verum §. vlt. ff pro soc.* & peregrinus incapacibus annumeratur. Dixit autem Vlpianus *pereger*, pro *peregrinus*; non male; cum & veteres dixerint *peregris*, *Ausonius epist. 17. Nedum me peregrem existimes, composita fabulari.* Tertius autem casus hic est, vt constat ex eodem Vlpiano, si legatum aut hereditas relicta fuerit B cœlibi; & is intra diem 100. id est, intra diem cretionis, & aditionis a morte testatoris legi Papiæ non paruerit, id est vxorem non duxerit: Nam & hoc casu quod ei relictum est, caducum fit. Cœlebs proprie dicitur de viro, qui vxorem non duxit, vel qui ductam amisit, quasi κοῖλιψ, κοίλην λείπων, vt αἰγίλιψ dicitur petra prærupta, & inaccessa, quæ non admittit capram, quasi αἶγας λείπων: fœmina autem siue virgo sit, siue mulier vidua dicitur, non cœlebs, quod concubitum faciat vir, non mulier, *l. vlt. sup. de indict. viduit. tol.* Quartus casus est: Si legatum vel hereditas relicta fuerit Latino, & is intra diem centesimum, id est, intra diem cretionis a morte testatoris, ius Quiritum, id est, ciuitatem Romanam consecutus non fuerit. Qui duo posteriores casus etiam ab C Vlpiano repetuntur eodem libro *in tit. qui heredes institui possunt.* Addamus quintum casum: si post mortem testatoris conditio hereditatis, aut legati defecerit; quia eius dies non cessit, & qui initio fuit capax hereditatis, aut legati, ex accidenti, id est, deficiente conditione factus est incapax, quo casu etiam fiscus vocatur ex lege Papia. Ne addas sextum casum ex Accursio in *d. §. & cum triplici.* Si post mortem testatoris legatarius repudiauerit legatum; quoniam ea tantum fiunt caduca, quæ postea legatarius cœpit capere non posse. Atqui quod repudiauit, cepisset si voluisset. Igitur repudiatum legatum non fit caducum, sed remanet apud heredem, *l. 16. §. 1. de leg. 1. l. si Titio §. vlt. de leg. 2. l. 9. de vsufr. leg.* Ex his quinque causis quas exposui, hereditates vel legata D fiunt caduca. & quod dixi in definitione, caduca ab eo cui relicta sunt cadere in fiscum, rationem nominis demonstrat, simul & causam introducendorum caducorum. Introducta enim sunt caduca tempore Augusti fisci, siue ærarij augendi, & replendi causa, quod bella ciuilia exhauserant, suscepta inter Pompejum & Cæsarem, inter Antonium & Lepidum, & Brutos. *ce fut vn moyen pour trouuer de l'argent.* & hanc causam legis Papiæ introducendorum caducorum ita proponit Iustin. initio Constitutionis, *& l. 2. §. solum, sup. de vet. iure enucl.* & Cornelius Tacitus 3. Annal. *Relatum*, inquit, *de moderanda Papia Popœa quam senior Augustus post Iulias rogationes incitandorum cœlibum pœnis, & augendi ærarij*, causa scilicet, *(car il parle tousiours ainsi) sanxerat.* Atque eadem quoque ratione augendi ærarii per bella ciuilia ex- E hausti, vicesima hereditatum, de qua diximus tit. 23. lege Iulia introducta est, vt Fiscus hereditatis, quæ inexpectato obueniret extraneo, ferret vicesimam partem. Hoc de vicesima ait Plinius in Panegyrico, *Onera*, inquit, *Imperij pleraque vectigalia institui, vt pro vtilitate communi, ita singulorum iniuriis coegerunt, iis vicesima reperta est.* At Cornelius Tacitus supradicto loco aliam quoque notauit causam legis Papiæ, & introducendorum caducorum: vt scilicet per bella ciuilia amisso incredibili, & ingenti numero ciuium Romanorum, qui supererant soboli propagandæ darent operam, & ampliando Imperio ciuium adiectione: ideo propositas fuisse pœnas iis qui cœlibes essent, puta, ne hereditates,

A aut legata caperent iis relicta; nisi intra centum dies a morte testatoris vxores ducerent: Propositas etiam esse pœnas orbis, id est, liberos non habentibus, ne solidum caperent ex aliorum testamentis, qui non essent proletarii, qui essent improles, vt loquebantur veteres: & contra fuisse proposita præmia patribus, quod & paulo post idem Cornelius significat his verbis: *Lege Papia Popæa inducti præmiis; vt si a parentum priuilegiis cessaretur; velut parens omnium populus vacantia teneret*, id est, vt orborum bona redigerentur in fiscum magna ex parte, quæ scilicet iis deferentur ex aliorum testamentis: & maxime obseruandum, quod Dio scribit *lib. 56.* tempore latæ legis Papiæ Popœæ tantam fuisse penuriam ciuium Romanorum, vt ipsi consules Papius & Popœus cœlibes, & orbi essent non inuentis maritis & patribus, qui eis anteponerentur: Nam vt idem significat *lib. 53.* in adipiscendis honoribus patres præferuntur orbis, & mariti cœlibibus, & ita hic locus explicatur. Hæc autem secunda causa legis Papiæ, & introducendorũ caducorum, vt videtis, pertinet proprie ad tertium casum. Ad eundem etiam tertium casum, atque etiam ad quartum pertinet, quod Vlpianus scribit titulo de Latinis: Latinum consequi ius Quiritium, id est, ciuitatem Romanam, *si nauem fabricauerit decem millium modiorum capacem, quæ Romam sex annis frumentum portauerit, ex edicto D. Claudij.* Ex quo loco Vlpiani emendandus & interpretandus est hic locus elegantissimus Suetonii in Claudio: *Naues*, inquit, *mercaturæ causa fabricantibus magna commoda constituit pro conditione cuiusque: ciuibus vacationem legis Papiæ Popœæ*, id est, vt cœlibatus & orbitatis pœnas non sustinerent, *Latinis ius Quiritium*, vt scilicet sine cunctatione hereditates, & legata omnia caperent; *& fœminis, (quæ naues fabricassent suis sumptibus) ius quatuor liberorum.* Ad hæc notandũ est, quod quemadmodum vicesima hereditatum remittitur liberis, & parentibus heredibus institutis, auctore eodem Plinio in Panegyrico, & vt l. vltima *sup. de codic.* electo iure testamenti liberis & parentibus remittitur, id est, permittitur mutare consilium, & transire ad ius Codicillorum: ita quæ legata aut portiones hereditatis deficiunt, noluit lex Papia recidere in fiscum, liberis aut parentibus institutis heredibus, sed remanere apud heredes institutos, qui sunt ex liberis vel parentibus testatoris vsque ad tertium gradum, id est, vsque ad pronepotem & proauum. vbi *Vsque* includit etiam tertium gradum, Possent multa dici de illo articulo vsque, includat, an excludat, valde vtilia, quæ suo loco reseruamus. Et ita liberis aut parentibus heredibus institutis, quæ deficiunt legata, aut hereditates, non fiunt caduca, vel caducæ, sed remanent apud liberos, vel parentes vsque ad tertium gradum. Et hoc est quod ait Vlpianus eod. lib. *tit. 1. 17. & 18.* & Iustinianus, §. 1. *hoc tit.* liberis & parentibus heredibus institutis ius antiquum seruari quod obtinuit ante legem Papiam, ita iubente ipsa lege Papia, ne his personis heredibus institutis locum habeant caduca, id est, ne locum habeat fiscus, aut ærarium, aut vocetur in ea, quæ deficiunt ex quinque superioribus causis. Et hoc est etiam quod ait *l. 29. §. vlt. D. de leg. 2.* filium heredem institutum, cui pars coheredis a quo nominatim legatum extero relictum est, adcrescit, eam partem, legatumque capere iure antiquo, id est locum non esse caduco; sed a filio retineri, & legatum illud non præstari: quoniam non a se relictum est, sed a coherede nominatim, quod tamen hodie non sequimur, post rescriptum Seueri & Antonini, quo legata relicta ab instituto, etiam nominatim videntur repetita a substituto: & consequenter a coherede tanquam a substituto, *l. si Titio §. vlt. D. eod.* Et ita Azo recte sensit, rescripto Seueri corrigi sententiam Celsi atque Iuliani: quibus tamen fuit ratio ita scribendi, rescripto nondum edito Seueri. Et ad hoc quoque pertinet lex *5. in fine, D. de vulg. subst.* cum ait: nihil interesse, coheres coheredis partem capiat,

A

capiat & vindicet iure substitutionis an per legem, id est, per Iuliam, & Papiam, quæ est inscriptio istius legis quintæ: puta, si heres sit ex liberis vel parentibus: quo casu partem vacantem coheredis per legem Papiam occupat excluso fisco. Iustinianus autem in hac constitutione, quod lex Papia solis liberis aut parentibus dedit ad tertium gradum vsque, dat omnibus heredibus institutis, restituto iure antiquo, & abolita penitus lege Papia caducaria, cui cum originem dederint bella ciuilia, vt diximus supra, consequens esse ait, vt pacatis rebus ciuilibus, & in pristinam dignitatem, amplitudinem, & opulentiam restaurata Republica, cessent etiam viæ conficiendæ pecuniæ publicæ, cessent commoda fiscalia. Et ideo, vt cessat vicesima hereditatum, etiam cessent caduca, quæ fisci exiguitas, rerumque necessitas extorserat: & ita pereleganter L. Valerius apud Titum Liuium libro trigesimo quarto. *Quas tempora aliqua* (inquit) *desiderarunt leges, mortales, & temporibus ipsis mutabiles esse video, quæ in pace latæ sunt plerumque bellum abrogat: quæ in bello pax.* Et ita lex caducaria, quæ in bello fuit lata ciuili, vel eius occasione cum esset exhaustum ærarium, merito ea abrogatur pace reuersa. Exposui definitionem caducorum, & sententiam pene omnem legis Papiæ caducariæ; & causam ferendæ eius: & cur Iustinianus tandem eam abrogare necessarium esse duxerit: nomenque, vt ait, & materiam caducorum a suo Imperio secludere: & ius antiquum restituere omnibus heredibus institutis, quod lex Papia conseruarat solis liberis, & parentibus vsque ad tertium gradum; vt deinceps quæcunque deficerent legata post mortem testatoris, aut viuo testatore, ex quatuor aut quinque causis, quas exposui nudius quartus, ea omnia etiam penes heredes extraneos qui scripti essent, remanerent, & portiones similiter hereditatum quæ deficerent ex iisdem causis coheredibus adcrescerent, qui hereditatem aut bonorum possessionem admisissent. Consummauit Iustinianus quod alii ante eum principes inchoauerant: Nam vt ait, & alii principes qui ante eum rerum potiti sunt, quædam emendauerant capita legis Papiæ Popœæ. Septimius Seuerus emendauit caput legis Papiæ Popœæ, quo præscripta erat ætas qua liberos habere oporteret. Tertullianus in Apologetico: *Nonne vanissimas leges Papias*, inquit, *quæ ante liberos suscipi cogunt, quam Iuliæ matrimonium contrahi, post tantæ auctoritatis senectutem heri Seuerus constantissimus principum exclusit?* & nota quod ait, cogunt matrimonium contrahi: cogunt liberos suscipi: quoniam hoc maxime facit ad intelligendam *l. 21. ff. de rit. nupt.* cuius inscriptio etiam est ad legem Iuliam & Papiam, & ait, *non cogitur filius familias vxorem ducere*, non cogitur scilicet legibus Iuliis, aut Papiis, quoniam iis legibus ad vxorem ducendam, liberosque procreandos coacti & compulsi sunt tantum patresfamilias, qui suæ familiæ principes essent, non etiam filiifamilias, qui in aliena potestate & familia essent, qui nondum haberent suam familiam propriam. Ætas autem qua lex Papia liberos exigebat, fuit in mare viginti quinque annorum, in fœmina viginti. Vlpianus libro Regul. tit. XVI. *Aliquando*, inquit, *vir & vxor solidum inter se capere possunt, veluti si vterque, aut alteruter nondum eius ætatis sunt, qua lex*, id est Papia, *liberos exigit*; sic est in originali, id est, vt subiicit, si vir sit minor viginti quinque annorum, & fœmina minor annorum viginti, id est, qui hac ætate matrimonio coniuncti non susceperunt liberos, incidunt in pœnas orbitatis: & illam quoque ætatem viginti quinque annorum notauit Hermias Ecclesiast. hist. I. cap. 9. Sed hanc ætatis præscriptionem, hoc legis Papiæ caput, vt dixi ante, Seuerus exclusit. Deinde vero Constantinus Imperator prorsus sustulit pœnas cœlibatus, & orbitatis, *l. 1. inf. de infir. pœn. cœlib. & orbit.* Vbi sunt suaues, qui orbitatem interpretantur, carentiam vxoris, siue viduitatem, cum sit ἀπαιδία, non ἀγαμία. cœlibatus est ἀγα-μία. Et pœnas dicit cœlibatus, vel orbitatis, vt Domitius Vlpianus supradicto loco, Tacitus 3. Annal. & *l. si is qui heres, D. de vulg. subst.* Cuius inscriptio etiam est ad legem Iuliam & Papiam: Nam ita puniuntur cœlibes, vt nihil omnino capiant ex testamentis extraneorum, non legata, non hereditates quæ soluendo sunt, *la ou il y a dequoy.* Nam legata, hereditates, quæ soluendo non sunt, capere non prohibentur: quia lex Papia voluit minuere commoda eorum, non incommoda, non onera *l. si quis solidum, D. de hered. instit.* Cuius inscriptio etiam est ad eandem legem Papiam. & ita vero puniuntur cœlibes, nisi post mortem testatoris legi Papiæ paruerint, id est, nisi intra dies centum contraxerint veras, non simulatas nuptias: Nam simulatæ non sufficiunt. & ita ex inscriptione etiam lex *simulatæ, de rit. nupt.* est referenda ad legem Papiam: nec quod eadem lex iussit, vt intra dies centum nuptias faceret, relictum est sine interpretatione: propterea quod, vt articulus *vsque*, ita articulus *intra* est ambiguus: quandoquidem ambigitur, vtrum includat, an excludat: sed hoc facta interpretatione ad eandem legem Papiam declarat lex *si quis sic dixerit, ff. de verb. signif.* Vt hoc sermone, intra dies centum, etiam ipse dies centesimus comprehendatur, vt vox intra includat, non excludat. Dixi, cœlibes, nisi hoc ita fecerint, nihil posse capere ex testamentis extraneorum: Nam a propinquorum bonis non repellebantur, vt Hermias scribit eodem loco. In quo vertendo perperam Epiphanius interpres omisit negationem contra fidem Græci exemplaris, & scripsit, cœlibes ad alia bona, quam propinquorum admitti; cum lex dixerit, eos non admitti ad alia bona, quam propinquorum. Orbi autem ex lege Papia, eorum quæ relinquuntur, semisse mulctantur, id est, semis relictorum caducus fit. Hermias in supra dicto loco, νόμος ἦν τοὺς ἄπαιδας ζημιοῦν τῷ ἥμισυ τῶν καταλελειμμένων: id est, *lex, orbos relictorum mulctat dimidia parte.* Et ita D. Ambrosius *Lucæ 3. cap. Erat*, inquit, *deforme liberos non habere, quod etiam legum ciuilium fuit auctoritate mulctatum.* Vnde ad eas leges quæ loquuntur de iis qui partem tantum capere possunt ex testamento, id est dimidiam, (nam cum partem dicimus, simpliciter, intelligimus dimidiam) ex alienis testamentis maxime quæ sunt inscriptæ ad legem Iuliam & Papiam, vt *l. 42. & 55. §. vlt. D. de leg. 2.* ad eas conueniens exemplum apponi potest de orbis, siue de iis qui sunt improles, vt veteres loquuntur, simul & ad eas quæ sunt inscriptæ ad easdem leges, & loquuntur de modo capiendi lege concesso, vel de statuta legi portione, id est, legi Papiæ, *l. sed si hoc specialiter, ff. de condit. & demonst. l. quoties, ff. ad leg. Falcid.* Vnde emendanda est proculdubio lex *quod conditionis §. 1. D. de mort. caus. donat.* Vbi habent etiam Florentini, *modo legati concesso*, cum vt in supradictis legibus, sit scribendum, *modo legi concesso*, id est, legi Papiæ, de qua est etiam inscriptio illius legis. Fuerunt hæ pœnæ tum cœlibatus, tum orbitatis veteribus Romanis in commendatione, prima quasi fundamenta Reipublicæ, vt intelligere licet ex Panegyrico dicto Maximiano & Constantino in illo loco: *leges eæ, quæ mulcta cœlibes notauere, parentes præmiis honorarunt, vere dicuntur esse fundamenta Reipublicæ, quia seminarium iuuentutis & quasi fontem humani corporis semper Romanis exercitibus ministrarunt:* Sed vt dixi in *d. l. 1.* Constantinus eas pœnas omnino sustulit, motus rationibus, quas refert *Eusebius 4. de vita Constantini:* quod non sit æquum puniri eos, qui nihil dolo malo deliquerunt; sed qui vel vitio & imbecillitate naturæ operam liberis dare non possunt, liberos procreare non possunt, quod præstat, inquit, ἐλεεῖσθαι, ἀλλ᾽ οὐ ζημιοῦσθαι, qui sunt miseratione potius, quam pœna digni. Vel etiam qui studio religionis & castitatis abhorrentes a contactu fœminarum se dant; vel vt Tertullianus loquitur, se adsignant spadonatui, quos etiam præstat, vt ait, ὑπερθαυμάζειν, ἀλλ᾽ οὐ κολάζειν, qui sunt admiratione potius digni,

quam pœna. & hæc retuli, vt ostenderem, quod ait Iustinianus initio huius Constitutionis: *Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit:* vt ostenderem id referri debere ad Seuerum & Constantinum; non ad leges, quas Accursius adducit, quæ sunt Iustiniani ipsius, non anteriorum principum. Et hoc demonstrato addit Iustinianus etiam pleraque capita legis Papiæ per insuetudinem fuisse abolita, quo genere leges abrogantur, non minus quam decreto, iussoque populi, *l. de quibus, inf. ff. de legib.* Non decreto tantum, iussoque, sed etiam tacito, illiteratoque consensu populi. Denique legum iussa, tacito consensu populi obliterari. Addit præterea Iustinianus, vt magis atque magis ostendat paulatim fuisse imminutam potestatem legis Papiæ: atque adeo fuisse sibi causam eius tollendæ penitus, ius caducorum, & adeo legem Papiam caducariam displicuisse Iurisconſ. vt interpretationibus suis, quo ad eius fieri potest, semper caduca coërceant, vt in causis odiosis plerumque versari solent; vt eas impugnent, scilicet, & conterant potius, quam adiuuent interpretatione. Idque apparet primum ex *l. intercidit, ff. de condit. & demonst.* quæ lex docet legatum fieri caducum, non tantum quod relictum est pure, sed etiam quod relictum est sub conditione, si legatarius decesserit ante apertas tabulas, vel antequam conditio legati extiterit. deinde docet, non idem esse, si legatarius peregrinus factus fuerit post mortem testatoris: Nam hoc casu purum quidem legatum caducum fit, at conditionale non fit caducum: quia potest restitui in ciuitatem Romanam adhuc pendente conditione. Spes restitutionis excludit fiscum: cum tamen alias ad spem restitutionis non soleant animum attendere iuris auctores, vt §. *cum autem, Instit. quib. mod. ius patr. potest. sol.* cum ait, deportatione patris, vel filii non suspendi patriam potestatem, sed amitti penitus, nec in considerationem venire spem restitutionis. Sed in considerationem venit in *d. l. intercidit*, odium caducorum. Idem apparet ex *l. quæro, D. de verb. signific.* quæ lex ostendit, non videri orbam esse eam mulierem, quæ partum edidit monstrosum vel prodigiosum: ne quod fato contingit, ei iniungat mulctam orbitatis: & vt nihil imputetur mulieri, quæ qualiter qualiter legi Papiæ obtemperauit, cum tamen alias, id est, in aliis partibus iuris, non videatur peperisse, quæ monstrum edidit, aut prodigium, aut portentum *l. non sunt liberi, D. de stat. hom.* eadem ratione licet princeps teneatur lege Falcidia, cui quid legatum est, & aliis plerisque legibus, solutus tamen est lege Papia caducaria, *l. princeps, D. de legib.* Princeps solutus est legibus, non omnibus, sed caducariis, secundum inscriptionem. hoc etiam ostendit *l. quod principi, D. de leg. 2.* quod apparet etiam magis ex specie *l. vlt. in fine* D. *de his quæ vt indig. aufer.* Sed primum sciendum, legatum relictum incapaci esse pro non scripto, & quod est pro non scripto, remanere apud heredem, nec fieri caducum. hoc ita semper obtinuit. Item sciendum, legatum, quod deficit viuo testatore mortuo legatario, esse in causa caduci, & pertinere ad fiscum. Nunc finge, vtrumque interuenisse, id est, & relictum esse legatum incapaci, & legatarium decessisse viuo testatore, quid fiet? vtrum fiscus admittetur, quasi legatum sit in causa caduci: an heres quasi legatum sit pro non scripto: & lex heredem præfert fisco, iuxta legem, *non puto, D. de iur. fisc.* non puto eum delinquere, id est, non puto eum ineleganter dicere, qui in dubiis causis respondet contra fiscum: nam vt eleganter ait optimus Constantinus *l. 2. C. Theod. de aduocat. fisci. Potior est apud me priuatorum causa, quam fisci tutela,* & ita de Marco Philosopho Capitolinus scribit, eum iudicantem nunquam fauisse fisco suo in causis compendii, quem imitatus est etiam Antoninus in specie *l. Paula §. 1. ff. de legat. 3.* Imitatus est bonum principem, *sub quo*, vt ait Plinius in Panegyrico, *fisci sæpe mala causa est.* & hoc idem studuisse, scilicet iu-

A ris auctores coercendis caducis demonstrat *lex Diui §. vlt. ff. de iur. codicill.* Sciendum est, legatum relictum mortuo, esse pro non scripto: ergo remanere apud heredes. Repetendum etiam illud quod diximus ante legatum esse in causa caduci, quod deficit mortuo legatario relicto testatore superstite. nunc finge: Ego in codicillis mortuo aliquid legaui, quem existimabam viuere post factum testamentum, qui vixerat tempore testamenti, quia mortuo legaui, videtur esse pro non scripto, sed quia vixit tempore testamenti, & scripta in codicillis maxime testamento confirmatis, intelliguntur scripta in testamento, & ex testamento vires accipiunt secundum regulam *l. 2. §. 1. ff. eod. tit.* Ideo videor legasse viuo, qui postea mortuus sit superstite testatore: ex eo sequitur, legatum esse in causa caduci: vnde oritur lis inter

B heredem & fiscum, sed lis datur in dubia causa statim secundum heredem excluso fisco, *d. l. Diui, §. vlt.* Id etiam ostendam, tantum alia proposita specie, vt ita constet multis exemplis, quam verum sit, iuris auctores omni conatu, omnique via imminuisse ius caducorum ex *l. 2. D. de aur. & arg. leg.* Cuius species hæc est: legaui vxori quæ eius causa empta parata essent, qui antea mandaueram Titio, vt emeret ornamenta quædam in vsum vxoris: deinde me viuo mortua est vxor, atque ita legatum videtur esse in causa caduci: & post mortem vxoris Titius emit, quod emere iusserat eum testator. Quæritur, an id quoque sit in causa caduci: & ait non delinquere, non ineleganter dicere eum, qui non admittit fiscum ad id quod fuit emptum post mortem vxoris, quod non videatur eius causa emptum, quod em-

C ptum est post mortem eius. Igitur fiscus tantum admittetur ad cætera, quæ vxoris causa empta erant antequam moreretur. Postremo docet Iustinianus, non tantum anteriores Principes, non tantum iurisperitos quantum potuere, imminuisse caduca, sed & ipsos testatores id solicite plerumque agere, suadentibus scilicet Iurisperitis & dictantibus (neque enim solebant testamenta fieri sine iurisperito) ne caduca fierent, facere substitutiones. Quid hoc est? quasi substitutiones inuentæ sint post caduca ad ea tollenda: substitutiones sunt antiquiores caducis, nempe ex XII. Tabul. ex illa lege *Paterf. vti legassit. &c.* Sed significat testatores repellendi fisci causa pluribus heredibus institutis ipsos substituisse inuicem, vel vni substituisse omnes coheredes: vel vnum omnibus vt in *l. 5. de vulg. subst.* ne locus pateret fisco, id est vt

D substitutus excluderet fiscum, maxime facta reciproca substitutione, vt dixi, nullique heredi non dato substituto coherede suo, vel coheredibus suis: vt non abs re in *l. miles, §. vlt. ff. de leg. 2.* ponatur, heredi datos substitutos coheredes, non alios. Vnde ita concludamus, hodie Iustinianum, posteaquam docuit anteriores principes satis egisse, vt aboleretur lex Papia, & iureconsultos quoque, ac testatores ipsos imbutos a I.C. idem sollicitius egisse, ne caduca fierent, vt paulatim ius decrescit, quod diu inualuit, tandem censuit ipse, penitus esse abolendam legem Papiam caducariam, & retinendam tantum (quod notandum) l. Iuliam caducariam, quæ scilicet vltimum tantum locum dat fisco, videlicet si nemo sit qui, ad hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum peruenire possit, neque scriptus heres, neque

E legitimus, aut bonor. possessor, neque coniunx: vel si sit quidem, sed omittat delatam hereditatem, legatumue: vt iis omnibus demum deficientibus veniat vltimo loco fiscus, vel populus, vt olim, velut parens omnium (vt ait Cornelius Tacitus) ad bona vacantia, Strabo 17. ἀδέσποτα πίπτειν εἰς Καίσαρα, *vacantia cadere in Cæsarem,* quod esse ex lege Iulia Caducaria scribit Vlpian. libro *regul. tit. de poss. dandis & l. quidam, §. quoties, ff. de legat. 1.* vnde in *l. ergo, §. eadem, ff. de fid. libert.* ego iam olim probaui, & vero vici in illo loco, si bona vacantia delata sint *caducis legionibus*, esse scribendum, *caducis legibus*, vel *caducariis legibus*, quales sunt Iuliæ leges, quæ pluratiuo numero

numero dicuntur *Iuliæ leges*: & a Tacito *Iuliæ rogationes*, quod multa contineant capita: licet vna tantum fuerit lex, vt singula capita legum non male appellantur leges, sicut leges Papiæ dicuntur eadem ratione, quamuis vna fuerit lex. Et hanc legem Iuliam caducariam, quæ vltimum locum reseruat fisco, hanc, inquam, solam se ait retinere Iustinianus in §. *cum autem*, & §. *vlt. h. legis*. abolita tantum lege Papia caducaria. Atque ita gloriatur Iustinianus, se fisco suo non parcere, non fauere in compendii, & lucri causis: exemplo D. Marci & Antonini bonorum principum, cum fisco tantum det vltimum locum. Et hæc vsque ad §. *& cum lege Papia*.

Ad §. cum igitur.

Cum igitur materiam & exordium caducorum lex Papia ab aditionibus quæ circa defunctorum hereditates procedebant sumpsit, & ideo non a morte testatoris, sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum Senatusconsulta, quæ circa legem Papiam introducta sunt, censuerunt, vt quod in medio deficiat, hoc caducum fiat primum hoc corrigentes, & antiquum statum renouantes, sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere.

SEquitur in §. *cum igitur*, legem Papiam caducorum materiam, & originem sumpsisse ex aditione hereditatis testatoris, quam ex parte heredes scripti nolunt adire ante apertas tabulas testamenti: vt quidquid medio tempore deficeret, puta si ante apertas tabulas is cui quid testamento relictum est, capere non posset, id omne caducum fieret: cum tamen iure antiquo, etiam ex parte heres scriptus adire hereditatem posset statim a morte testatoris, etiam clausis tabulis testamenti. Et similiter lex Papia noluit legatorum pure, vel in diem certum relictorum diem cedere a tempore mortis testatoris, quod tamen iure antiquo obtinuit, sed voluit, diem eorum legatorum cedere ex apertis tabulis testamenti. Et ita Vlpian. *lib. Reg. tit. de legat. legatorum*, inquit, *quæ pure, vel in diem relicta sunt*: quo modo loquitur etiam Iustinianus in hoc §. *antiquo quidem iure dies cedit ex tempore mortis testatoris: per legem autem Papiam Popæam*, inquit, *ex apertis tabulis testamenti*, id est, ab eo demum die quo apertæ sunt tabulæ testamenti, & palam recitatæ. si moriantur legatarii, legata transmittunt ad heredes suos: non si ante eum diem moriantur: nam cedere diem legati, est competere legatum: *competere*, est compotem fieri legati, vt Apul. *lib. 9. Metam. dies me maximi voti competeret*, dies aperturæ tabularum legatarium legati competit, id est, compotem facit, vt id ipse capere possit, vel transmittere ad heredem suum. Cui competit legatum, quiue eius compos factus est, transmittit legatum, *l. 3. sup. qui admitt. ad bonor. poss. poss.* licet nondum adquisierit, nondum fuerit consecutus legatum, *l. 3. inf. quando dies leg. ced.* Cum compos quisque sit eius, quo potiri potest, licet nondum potitus sit. Denique competit mihi quod consequi possum, licet nondum consecutus sim; & effectus istius rei, quod quid nobis competere cœperit, est transmissio in heredem. Et recte Theophilitzes definit, cessionem esse legatorum, quæ nondum percepta sunt, in heredes transmissionem: definit ab effectu cessionem. Aliud est igitur competere legatum, cedereue diem legati, aliud adquiri legatum: itemque aliud deferri legatum. Competunt legata, ceditue dies legatorum iure antiquo, a morte testatoris, iure nouo, id est, ex caducariis legibus, ab apertis tabulis. Et effectus cessionis transmissio est. Deferuntur autem legata, siue pertinent: nam & pertinere proprie dicitur, quod delatum est, *l. si ita scriptum*, §. 1. *ff. de legat. 2. l. 14. ff. de liber. & postum.* deferuntur inquam, legata, siue pertinent, a die aditæ hereditatis: & delationis effectus hic est: vt exinde peti, vel repudiari possint *l. 1. §. decretalis, ff. de success. edic.* Nam ante delationem frustra agnoscuntur, vel repudiantur. Adquiruntur autem legata agnitione legatarii, & præstatione heredis: Nam, vt omnia legata relinquuntur ab herede, quod est certissimum: & vt omnia legata ab herede peti possunt actione in personam, cuiuscunque generis sint, siue formulæ, aut modi: cuius quidem actionis in personam formula hæc est: *dare*, vel *facere*, vel *præstare oportere*, & *præstare*. quod est vltimum, generale nomen est, quod ambitu suo complectitur duo priora verba, vt solent auctores, vbi posuerunt species, subiicere genus: vbi posuere specialia verba quædam, subiicere generale verbum: ita etiam omnia legata præstantur ab herede: & præstare non est dare aut facere simpliciter, sed aliud quoddam, quod iam puto me dixisse, quod leges & formulæ antiquæ demonstrant, in quibus hæc tria verba feruntur eodem gressu: *dare, facere, præstare, l. qui libertinus, ff. de oper. liber. l. 3. ff. de oblig. & act.* Quod si legatarii moriantur ante apertas tabulas, ex lege Papia legata non transmittunt ad heredes suos, sed caduca fiunt, quod, vt ait Iustinianus in hoc §. *Senatusconsulta facta circa legem Papiam censuerunt*, (scribendum *concesserunt*,) de quo etiam in ora libri nos admonuit dominus Contius, ne si legas *Senatusconsulta censuerunt*, vt legatorum dies cedat ex apertis tabulis, hoc non videatur effecisse lex Papia, sed Senatusconsulta facta circa legem Papiam, quod tamen falsum est, vt locus supra relatus ex Vlpiano ostendit, per legem Papiam diem legatorum cedere ex apertis tabulis, vt quæ deficerent, medio tempore cederent lucro fisci. Ergo rectius *concesserunt* Senatusconsulta, vt etiam fere omnes libri antiqui habent, non *censuerunt*. Ideoque & post illa verba, (*sed ab apertura tabularum dies cedere legatorum*) est ponenda subdistinctio, *que vous appellez vne virgule*, vt sequatur, *Senatusconsulta, &c.* Sunt autem facta plura Senatusconsulta circa legem Papiam Popæam, vel interpretandæ, vel ampliandæ legis gratia, aut quæstionum dirimendarum quæ oriebantur ex dispositione illius legis, vnum proponitur in *l. senatus, ff. de donat. caus. mort.* quæ est etiam ex libris ad legem Iuliam & Papiam, vt scilicet cœlibes & orbi, quos lex Papia censuit esse incapaces legatorum, sint etiam incapaces fideicommissorum, & donationum causa mortis. Qua de causa in *l. & fideicommissorum, de legat. 3.* quæ est etiam ad easdem leges, dicitur, legati appellatione, in lege Papia scilicet, contineri etiam fideicommissum, & donationem causa mortis, videlicet in illo capite legis Papiæ, quo certæ personæ ex testamento capere prohibentur, vt declarat d. lex *Senatus*. Neque enim idem dici potest de alio capite legis Papiæ, ex quo dies legati cedit ab apertis tabulis: neque enim legati nomen in eo capite producemus ad donationem mortis causa, vel fideicommissum, quia deficit Senatusconf. vel constitutio, quæ hoc produxerit, & odiosas leges sine legibus ampliare non possumus, aut debemus. Et vero certum est ex *l. vlt. ff. de donat. causa mortis.* donationes causa mortis cedere a morte testatoris, nec expectare aperturam tabularum. Ergo & idem vere dici potest de fideicommissis, vt & post legem Papiam fideicommissa cedant a morte testatoris: quia lex Papia de legatis tantum loquitur, quæ odiosa est lex: & odiosæ leges non sunt adiuuandæ interpretatione, vt in *l. cum quidam, ff. de liber. & postum.* contra fauorabiles sunt adiuuandæ interpretatione, *l. hoc modo, ff. de cond. & demon.* Aliud Senatusconf. quod factum est etiam circa legem Papiam ponitur in *l. idque & in legato, ff. de hered. instit.* Si ita legatum sit Titio & Seio, vtriue eorum viuet, heres meus dare illam rem damnas esto: Altero mortuo ante apertas tabulas, is qui supererit, totum legatum obtinebit, nec pars deficiens caduca fiet: quia tacite inuicem substituti videntur, & substitutio præfertur caduco, non tantum expressa, vt

heri dixi, sed & tacita ex Senatusconsul. de quo in *d.l. idque & in legato.* quæ est coaptanda cum precedentibus: & non tantum directa substitutio præfertur caduco, sed etiam precaria, cui solebat iniici ea conditio: *si sine liberis decesserit,* quæ frequenter occurrit in libris nostris. cur vero? nisi ne orbitatis causa bona venirent ad fiscum vlla ex parte, sed ad substitutum potius pertinerent directis, aut precariis verbis. Est etiam aliud Senatusconsultum in *l. Iulianus, D. de legat. 2.* quod pertinere ad legem Papiam etiam eius legis inscriptio demonstrat. & sententia Senatusconsulti illo loco relati hæc est: vt fideicommissum relictum a legatario, moriente fideicommissario ante diem fideicommissi cedentem, non pertineat ad heredem scriptum: nec si sit ex liberis, vel parentibus, vt ibi proponitur, qui ius antiquum habent, sed remaneat apud legatarium a quo relictum est, vt potior sit causa eius cuius fides electa est, vacuefacto fideicommisso. Caducum etiam fideicommissum constat non fieri: quia lex Papia, (quod maxime notandum) voluit minuere commoda heredum, non legatariorum: res legi fuit cum heredibus, vt scilicet, quod alioqui apud eos remaneret, potius cederet fisco, locupletandi ærarii gratia, & hoc idem quod proponitur in *d.l. Iulianus,* comprobat *l. 17. eod. tit. & l. pater D. de leg. 3.* & lex *in fraudem §. 1. ff. de iis quæ vt indig. aufer.* hæc tantum tria Senatus Consulta inuenio, quæ facta fuerint circa legem Papiam: & secundo quidem ac tertio etiam hodie vtemur: non etiam primo, non etiam eo, vel eis, quæ concesserunt, vt iussit lex Papia, diem legatorum cedere demum ex apertis tabulis testamenti. Nam ex hac constitutione Iustiniani, quæ proponitur, *in hoc §. cum igitur,* Ius antiquum valet, quo cuilibet heredi permittitur adire hereditatem statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis testamenti, & quo etiam dies legatorum, aut fideicommissorum pure, vel in diem certum relictorum, cedit statim a morte testatoris, vt transmitti possint in heredes & si nondum sint apertæ tabulæ testamenti, nondum omnibus palam innotuerit quidquam eorum quæ relicta sunt. Excipiuntur tamen legata quædam, quorum dies cedit ab aditione hereditatis, de quibus tractabitur *infra,* in §. *libertatibus,* eorum autem legatorum, quæ sub conditione relicta sunt, vel in diem incertum, dies cedit cum conditio extiterit, quod semper obtinuit. pura legata, vel in diem certum relicta alium diem habent, quo cedant iure antiquo: alium iure nouo: Sed Iustinianus restituit ius antiquum. ex quo sequitur, regulam Catonianam, quæ spectat tempus mortis testatoris, pertinere ad ius antiquum, quo dies puri legati cedit a morte testatoris. dum Cato ita constituit, legatum quod inutile foret, si eo ipso tempore mortuus fuisset testator, quo testamentum fecit, in ipso articulo, ex post facto non conualescere, notat tempus mortis testatoris: id est, diem cessionis legati, secundum ius antiquum. & hoc est quod dico, regulam Catonianam pertinere ad ius antiquum: non autem ad ius nouum, id est, ad legem Iuliam & Papiam, qua dies legati puri non cedit a morte testatoris, sed ab apertura tabularum: quod tempus aperturæ tabularum, cum non notet, nec obseruet regula Catoniana, sequitur eam non pertinere ad legem Iuliam & Papiam. & hoc est quod ait lex *vlt. de regula Caton.* quam nostri nunquam interpretari potuerunt, regulam Catonianam non pertinere *ad nouas leges,* id est, Iuliam & Papiam, sed pertinere ad ius antiquum, vt conceptio illius declarat. Et hoc etiam belle confirmat *lex 42. ff. de hered. instit.* quæ pertinet ad leges nouas Iuliam & Papiam. Sciendum est eum, qui non est soluendo in fraudem creditorum non posse seruos manumittere in testamento, si manumiserit, ipso iure nullam esse libertatem ex lege Ælia Sentia, quæ tamen ei permittit qui soluendo non est, vnum tantum seruum ex suis liberum, & heredem scribere, vt eius seruuli nomine potius, quam a defuncti creditoribus bona distrahantur, & veneant, quod erat ignominiosum ei, cuius nomine distractio fiebat. Quod si testator qui soluendo non est, duos vel plures seruos liberos & heredes faciat, is tantum erit liber, & heres qui prior scriptus, vel nuncupatus fuerit. hoc cognito, finge non apparere, duobus institutis seruis heredibus, vter sit prior, vter posterior: quoniam scripsit hoc modo: *duos Apollonios seruos meos liberos, & heredes esse iubeo:* duo serui erant eius nominis. quid fiet? statim ab initio vtriusque institutio, & manumissio nulla est: quia non apparet, quis sit prior, & vnius tantum manumissio permissa est. Verum si alter ex iis Apolloniis mortuus sit ante apertas tabulas, quæ verba pertinent ad nouas leges, conualescit institutio superstitis: Atque ita eo casu cessat regula Catoniana, quæ paucis hoc vult: ea quæ ab initio non valent, ex post facto non conualescere. & pertinet tam ad hereditates, quam ad legata, sed refertur tantum ad ius antiquum, non ad legem Iuliam & Papiam, quæ leges quamdiu valuerunt, cessauit regula Catoniana, vt apparet ex *l. 42. ff. de hered. instit.*

Ad §. Et cum triplici.

Et cum triplici modo ea quæ in vltimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere: consentaneum est & tempora eorum & nomina manifeste exponere: vt quod vel tollitur vel reformatur, non fit incognitum: ea etenim vel his relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, cum condebantur vltima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus testatoribus; & ea Pro non scriptis *esse leges existimabant. Vel viuo testatore is qui aliquid ex testamento habuit, post testamentum ab hac luce subtrahebatur: vel ipsum relictum exspirabat, forte quadam conditione sub qua relictum fuerat, deficiente: quod veteres appellabant* In causa caduci. *Vel mortuo iam testatore hoc quod relictum erat, deficiebat, quod aperta voce* caducum *nuncupabatur.*

Docuit Iustinianus initio huius legis, cur materiam caducorum, quam lex Papia introduxit, tollendam esse duxerit, restituto iure antiquo omnibus heredibus institutis, quod lex Papia conseruabat solis liberis & parentibus vsque ad tertium gradum. & materiam ipsam caducorum statim, causamque & fundamentum eorum sustulit *in §. cum igitur,* quem heri exposui, ne deinceps caderent in fiscum, quæ relicta testamento, vel codicillis aliqua ex causa expirarent, & deficerent. Et nunc in §. *cum triplici,* ea quæ deficiunt, ex temporibus quibus deficiunt, trifariam dispertitur: vel enim deficiunt statim initio testamenti, vel post factum testamentum viuo testatore, vel post mortem testatoris. Ea quoque nominibus ita distinguit secutus veteres leges: vt quæ deficiunt ab initio, *pro non scriptis* esse dicat: quæ post testamentum viuo testatore, *in causa esse caduci:* quæ post mortem testatoris, directo nomine *esse caduca.* etiam eadem distinguit & separat ex iure quod proprie in quoque genere seruatur. Denique ea quæ deficiunt, distinguit, & separat ex tempore quo deficiunt, & ex nomine iureque vario. Primum igitur dicamus de iis quæ pro non scriptis sunt, id est, quæ perinde habentur, atque si scripta, & inserta testamento non essent, quæ & inutilia dicuntur, & nullius esse momenti, huius generis sunt quæ iam mortuo forte ignorans testator reliquit in *l. penult. D. de iis, quæ pro non scriptis habent. l. 2. paulo post princ. l. diui §. vlt. l. quidam §. 1. ff. de iure codicil. l. quo loco, in fi. D. de hered. instit.* & in hoc §. *qui in rerum natura non fuerant,* id est, qui iam mortui fuerant, iis quod relinquitur fit pro non scripto: nam & qui nondum nati, vel concepti sunt, non sunt in rerum natura. Sed non tamen omnia, quæ iis relinquuntur, pro non scriptis habentur, *l. placet, D. de liber. &*

& post. l. 2. in princ. D. de iure cod. l. 6. §. vlt. D. de reb. dub. A Item quod quis relinquit iis qui capti sunt ab hostibus, pro non scripto est, si ibi moriantur, nec postliminio redeant, *d. l. pen. & l. si seruo meo §. 1. ff. de leg. 1.* quia eo ipso tempore, quo capti sunt, mortui intelliguntur, id est, mors, quæ secuta est, iungitur captiuitati, vel primo momento captiuitatis, *l. insto, in fi. D. de vsurp. & vsuc.* Item pro non scripto est, quod quis dictante testatore sibi adscribit ex Senatusconsulto Liboniano, siue hereditatem adscribat, siue legatum, & ex alio quoque Senatusconsulto omnis scriptura captatoria, pro non scripta est, id est, quod quis alii reliquit in hamo, hamata scriptura, vt ab eo, cui quid relinquit, eliciat tantumdem, vel amplius, veluti hoc modo: *Quantum mihi Lucius Titius legauerit, tantum illi heres meus dato,* legatum est captatorium, & ideo ex Senatusconsulto habe- B tur pro non scripto, *l. 1. D. de his quæ pro non script. hab.* Item quod relinquitur peregrino, *a vn aubain*, qui non est ciuis Romanus: veluti deportato, pro non scripto est, *l. 1. sup. de hered. instit.* Et multo magis quod relinquitur damnato in metallum, qui fit seruus pœnæ, excepta tamen in vtroque causa alimentorum; nam huius legati incapaces non sunt, *l. 3. de his quæ pro non scriptis hab. l. 16. D. de interd. & relegat.* Damnatus in metallum est seruus pœnæ, id est, seruus sine domino: ideoque quod ei relinquitur pro nullo est, pro non scripto; quia non habet dominum, ex cuius persona sit cum eo testamenti factio. At si sit seruus fisci, vel Cæsaris, vel priuati, si modo cum domino eius sit testamenti factio, legatum C quod ei relinquitur, vtile est, & per eum domino adquiritur. Et quæso, videte quantum interuallum sit interiectum inter peregrinitatem, & seruitutem, & mortem naturalem, & inter genera seruitutum: si legatarius ante apertas tabulas moriatur, vel si peregrinus factus sit, vt si deportatus sit, purum legatum caducum fit. Conditionale autem legatum, si legatarius peregrinus fiat antequam conditio extiterit, caducum non fit: quia ciuitatem Romanam recipere potest, nondum defecta conditione, *l. intercidit, D. de cond. & dem.* Atque ita hoc casu peregrinitas morti non comparatur. quod euenit etiam in casu *l. ex facto §. si quis rogatus, D. ad Treb. & l. 7. sed si mors, D. de donat. inter virum & vxor.* Nec mirum, si tot casibus peregrinitas, vel deportatio morti non comparetur: cum & non quælibet seruitus D vtique semper morti comparetur, non seruitus, quam quis seruit priuato, vel fisco, vel Cæsari, vt *l. cum hic status §. si donator, D. de donat. inter vir. & vxor.* Nam & ita si legatarius fiat seruus fisci, vel Cæsaris vel priuati hominis ante apertas tabulas, vel quocunque alio tempore, legatum neque caducum fit, neque in causa caduci, sed nouo domino adquiritur. Atque ita contingens seruitus non comparatur morti naturali: sed si contingat seruitus pœnæ, quæ alium non agnoscit dominum, quam cruciatum, & pœnam & fodinam metalli: si, inquam, legatarius fiat seruus pœnæ ante apertas tabulas, siue purum sit legatum, siue conditionale, omnino caducum fiet. Nam hæc seruitius pœnæ ea est, quæ per omnia morti comparatur ex lege Papia, *d. l. intercidit.* quæ est scripta ad legem Papiam, secundum E quam etiam est accipienda lex *antepenult. de reg. iur.* cum sit etiam scripta ad legem Papiam, dum ait, *seruitutem mortalitati comparari*, in lege Papia scilicet: non quamlibet, sic velim accipiatis, sed seruitutem pœnæ, veluti damnationem in metallum, vel ad gladium, vel ad bestias: si quis fiat metallicus, vel bestiarius, vel gladiatorius ex sententia iudicis hic nullius est seruus, nisi pœnæ, & per omnia pro mortuo habetur: & licet *d. l. antepenult.* adiiciat temperamentum illud, *fere*, non eo articulo significat, aliquando seruitutem pœnæ non comparari mortalitati, sed eum qui subit hanc seruitutem, propemodum mori naturaliter. Nam mortalitatem non accipit pro commortali natura nostra, sed pro naturali morte cuiusque. Sed vt persequar quod est in *d. l. 3. ff. de iis quæ pro non script. habent.* nam est satis difficilis: lex addit, quod incredibile posset videri: non tantum ea quæ ab initio inutilia sunt pro non scriptis haberi, quod est certissimum: sed etiam ea, quæ ab initio vtilia sunt, si postea in eam causam reciderint, a qua incipere non poterant: quasi scilicet in ea ipsa causa retro fuisse fingantur tempore testamenti: exempli gratia. Si quis legauerit seruo alieno: deinde eius serui dominium acquisierit, legatum pro non scripto est, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat. Et vt quod quis legat seruo suo sine libertate, pro non scripto est; ita quod legat seruo alieno, si is post testamentum suus effectus est. Idem est, si quis legauerit ciui Romano, & post testamentum factum, is cui legatur peregrinus factus sit, puta per deportationem: vel seruus pœnæ, puta per damnationem in metallum, viuo scilicet testatore: sic enim est d. lex 3. accipienda: vt in priore casu est manifestius de legato relicto seruo alieno, qui postea factus sit suus viuo testatore. Sic etiam accipienda lex *in metallum, ff. de iur. fisc.* Nam si post mortem testatoris, ante apertas tabulas legatarius peregrinus fiat, aut seruus pœnæ, legatum non est pro non scripto, sed per legem Papiam caducum fit. Obiicies primo: imo in causa caduci est legatum, si viuo testatore legatarius peregrinus factus sit, aut seruus pœnæ, id est, si deportatus sit, vel datus in metallum, nec est pro non scripto, vt dixi, sed in causa caduci qui viuo testatore deficit. hoc ego negabo: quia vt apparet ex hoc §. id tantum legatum constituitur esse in causa caduci, quod viuo testatore deficit, mortuo legatario naturaliter, vel legati conditione defecta, vt est in hoc paragrapho, non etiam si legatarius peregrinus fiat, aut seruus pœnæ. Sed his casibus legatum pro non scripto est, secundum ius antiquum, quod ii casus non sint comprehensi lege Papia. Rursus obiicies, etiam pro non scripto esse legatum, quod deficit viuo testatore morte naturali legatarii, quod nos diximus esse in causa caduci, & vero ita est. Sed posset quis tentare esse pro non scripto, non in causa caduci, quia scilicet in eam causam venit, a qua incipere non potest: Nam legatum mortuo relictum in causa caduci non est, sed pro non scripto est. Ergo & relictum viuo, si is moriatur viuo testatore, secundum definitionem *d. l. 3.* vt etiam ea pro non scriptis habeantur, quæ in eam causam incidunt, a qua incipere non poterant. Et respondeo, ita quidem esse, vt dicis, iure antiquo. Sed hunc casum esse exceptum lege Papia ab eo quod dicitur, ea quæ in eam causam peruenerunt a qua incipere non poterant, pro non scriptis haberi: Nam & alio capite legis Papiæ huic sententiæ derogatum est, hoc casu scilicet, si post mortem testatoris ante apertas tabulas legatarius moriatur, vel peregrinus factus sit, aut seruus pœnæ: Nam ex lege Papia legatum caducum fit, quod iure antiquo haberetur pro non scripto, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat. Igitur illa sententia, siue regula *leg. 3.* non est porrigenda vltra casus in ea lege comprehensos: quod maxime notandum: nam vitiatur casibus legis Papiæ. Imo & plerisque aliis casibus. quæ in eam causam peruenerunt, a qua incipere non poterant, non ideo minus vtilia sunt, vt in *§. ex contrario, Instit. de legat. l. si a filio, l. plane §. inde dicitur, ff. de legat. 1. l. penult. §. vlt. ff. de verb. obligat. l. 3. sup. de interd. matr.* vt in iure nulla sit debilior regula, siue sententia, id est, quæ tot patiatur vitia, vt ex ea quæ ducitur argumentatio, periculosissima sit.

Ad §. In primo.

In primo itaque ordine, vbi pro non scriptis *efficiebantur ea quæ personis iam ante testamentum mortuis testator*

Cod. Qq ij

donasset: statutum fuerat vt ea omnia bona manerent apud A *eos, a quibus fuerant derelicta: nisi vacuatis vel substitutus suppositus, vel coniunctus fuerat aggregatus: tunc enim non deficiebant, sed ad illos perueniebant, nullo grauamine (nisi perraro) in hoc* pro non scripto *superueniente: quod & nostra maiestas quasi antiqua beneuolentiæ consentaneum, & naturali ratione subnixum, intactum atque illibatum præcepit custodiri in omne æuum valiturum.*

Dixi quæ pro non scriptis habeantur, dicam breuiter, vt finiam hunc articulum, quo iure ea censeantur, quæ pro non scriptis habentur. idem ius est hodie quod fuit olim, quod fuit semper, vt quæ habentur pro non scriptis, non recidant in fiscum: Nec enim ad ea pertinent leges Papiæ caducariæ. *Eleganter Plinius lib.2. Epistol. In codicillis*, inquit, *quæ pro non scriptis habentur* B *delatori locum non esse: sed quæ pro non scriptis sunt pertinent ab substitutum*, vt ostenditur in §. sequenti & in *l. 2. §. 1. ff. de iis quæ pro non scriptis habentur*: vel si non sit substitutus, pertinent ad coniunctum, id est, ad collegatarium, vel coheredem: & quomodo pertineant, & an semper pertineant ad coniunctum hoc in §. *in primo* Accursius præmature tractauit, cum sit differendum in partem siue tractatum de coniunctis: quem Iustinianus inferius nobis exhibet. Ergo satis habeamus dicere, ea quæ habentur pro non scriptis, pertinere ad substitutum, vel coniunctum: vel si nullus sit, remanere apud heredem scriptum, vel legitimum, vt in *l. 55. sup. §. vlt. ff. de legat. 2.* vel ne obstet lex *si quis eum, ff. de condit. & demonst. & lex pen. §. Scæuola, D. de legat. 2.* quas obiicit Accursius, vtque apertius respondeamus ad eas leges, C quam ille faciat: concedimus, ea quæ pro non scriptis habentur, deficiente substituto, vel coniuncto, remanere apud heredem, si ab herede relicta sint: alioquin apud legatarium remanere, a quo relicta sunt. Vt si a legitimo relictum sit fideicommissum quod habeatur pro non scripto, æquius est, vt in eo retinendo (dico retinendo non petendo) potior sit causa legatarii, cuius fides electa est, vt in supradictis legibus quas obiicit Accursius, *& l. si quis quos, de legat. 2.* Ergo remanent apud heredem, vel apud eum a quo relicta sunt quæ sunt pro non scriptis: & remanent quidem sine onere, vt definit in hoc §. *in primo*, vt si ab herede cuius portio habetur pro non scripta, vel si a legatario cui quid relictum est habetur pro non scripto, relictum est, id ab eo alii legatum aut fideicommissum, heres non præstat, apud quem remanet id quod pro non scripto est: quia cum principale re- D lictum pro non scripto sit; consequens est, vt & onus legati, vel fideicommissi ei iniectum, pro non scripto sit, tanquam a nemine relictum. Itaque concludit merito Iustinianus, quæ pro non scriptis habentur, apud heredem, vel apud legatarium, si ab eo relicta sint, vt dixi retentionis iure remanere, deficiente substituto, vel coniuncto, & remanere sine onere. Sed addit Iustinianus: *nisi perraro*, quod & apertius explicat in §. *hoc videlicet, infra*: Nam aliquando apud eos remanet cum onere: & rectissime Accursius, duos tantum casus notauit, non potest dari tertius: vnus est ex lege *cum vero, §. si pro non scripto, D. de fideicommiss. lib.* Legatarius rogatus est seruum suum manumittere, legatum pro non scripto est, & remanet apud heredem, cum onere tamen eius serui redimendi, & manumittendi: hic nimirum E fauor exhibetur libertati. Alter casus est in *l. vlt. D. de his quæ pro non script. hab.* vt legatum quod quis sibi adscripsit, pro non scripto sit, & apud heredem resideat cum onere, quod est nominatim cautum, nec est alia quærenda ratio, nisi quod est nominatim cautum Senatusconsulto Liboniano, quod censuit, legata, quæ sibi testamentarii adscribunt, pro non scriptis esse, *l. filius §. vlt. D. ad leg. Cornel. de fals.* non addas tertium casum *ex l. ciuitatibus §. 1. de legat. 1.* quæ male accipitur de iis, quæ pro non scriptis habentur: Species legis hæc est: quidam scripsit heredes Caium & Seium: & ita dixit: *Caius & Seius illi decem danto.* vtrumque heredem onerauit nominatim: Seius repudiauit hereditatem, adcrescet pars eius Caio, & Caius illi præstabit totum legatum: quia (inquit,) Seius habetur pro non scripto: videtur ergo, quod remanet apud coheredem, quod non habeatur pro non scripto, remanere cum onere præstandi totius legati. Breuiter sic respondeo: illo loco, non hoc dicere Iurisconsultum, portionem Seii pro non scripta haberi, cum ei fuerit vtiliter adscripta ab initio: sed Seium qui repudiauit haberi pro non instituto, id est, perinde esse, ac si Caius solus fuisset heres institutus: solus ergo præstabit totum legatum: hoc etiam ita explicat *l. 16. §. 1. de leg. 1.* Et hæc de iis, quæ pro non scriptis habentur.

Ad §. Pro secundo vero ordine.

Pro secundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quæ in causa caduci *fieri contingebant, vetus ius corrigentes sancimus, ea quæ ita euenerint, simili quidem modo manere apud eos, a quibus sunt relicta, heredes forte, vel legatarios, vel alios qui fideicommisso grauari possunt: nisi & in hunc casum, vel substitutus, vel coniunctus eos antecedat. Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grauamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire: siue in dando sit constitutum, siue in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendæ gratia, vel alia quacunque via excogitatum. Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.*

In causa caduci dicuntur, quæ post factum testamentum viuo testatore deficiunt morte naturali heredis, vel legatarii, aut defectu conditionis. Et hæc quidem iure antiquo pro non scriptis erant, quod in eam causam peruenerant, a qua incipere non poterant iuxta *l. 3. D. de his quæ pro non script. habent.* Lege autem Papia erant in causa caduci, id est, obnoxia fisco. ex hac autem constitutione Iustiniani pertinent ad substitutum excluso fisco, & restituto iure antiquo, vel si nullus substitutus sit, adcrescunt coniuncto, vel remanent apud heredem, vel quemlibet alium a quo relicta sunt, id est, coheredem vel collegatarium: substitutus præfertur coniuncto *l. 2. §. si duo, D. de bonor. poss. sec. tab.* quod hic venit ex tacita, ille, id est substitutus, ex expressa voluntate defuncti. Et expressa voluntas facit cessare tacitam. Quod si nullus sit substitutus, vel coniunctus, ea quæ in causa caduci sunt remanent apud heredem, vel legatarium, vel alium quemlibet, a quo iure relicta sunt. coniunctus præfertur ei a quo relicta sunt: nam substituto datur primus locus, coniuncto secundus, ei a quo relicta sunt, tertius. Igitur ea quæ pro non scriptis habentur ab iis, quæ sunt in causa caduci hoc distant, quod illa remanent sine onere apud eos, a quibus relicta sunt: Quæ sunt in causa caduci, cum suis oneribus vt in *hoc §.* nam & cum recidebant in fiscum ex l. Papia, in eum recidebant cum suis oneribus, *l. ex facto §. vlt. de condit. & demonst.* Aut quibus casibus non recidebant in fiscum, veluti liberis aut parentibus heredibus institutis, vel vsufructu legato (Nam vsusfructus nunquam recidit in fiscum), nec caduci nec veluti caduci iure) his, inquam, casibus remanebant apud eos, a quibus relicta erant, similiter cum suis oneribus, *l. si ab eo, de vsufr. leg.* Et ita ad substitutum quoque pertinebant cum onere *l. licet, de leg. 1.* & similiter ad coniunctum *l. 29. §. 1. de legat. 2.* Cur autem ea, quæ pro non scriptis habentur apud eos remaneant sine onere reddita ratione explicaui in §. *in primo, sup. eod.* quod onus ipsum pro non scripto sit tanquam à nemine datum, siue relictum. Onus autem dicimus, vt ostendit hic §. præstandi legati, aut fideicommissi onus, præstandi libertatis onus

onus, modo si quid legatum sit, vt aliquid fiat: Nam & hunc modum implere debet is, ad quem a legatario qui defecit, transit legatum. Itemque onus conditionis dandi, vel faciendi aliquid *l. si quis legata l. si cui legatum §. vlt. de condit. & demonstrat.* Conditionis intellige, quæ sit in potestate eius, cui adscribitur. Nam vt recte Accurs. conditio casualis non est onus, veluti, *si Titius consul factus fuerit.* Conditio etiam faciendi non omnis sequitur substitutum, vel coniunctum, ad quem transit relictum, quod deficit viuo testatore, quod dicebatur esse in causa caduci, sed ea tantum conditio transit, quæ per alium impleri potest vt ostendit in §. *ne autem.* omnis conditio dandi potest per alium impleri *l. vlt. de condit. instit. l. Arescusa, de st. homin.* conditio faciendi etiam per alium impleri potest: veluti si quis iubeatur suis sumptibus fabricare monumentum: potest enim suis sumptibus fabricare per alium, vel si iubeatur exstruere domum, item si iubeatur emere, locare, fideiubere: nam & hæc per procuratorem fieri possunt. Hæc facta, per alium impleri possunt. alia sunt facta, quæ personæ cohærent, nec possunt per alium adimpleri, ideo cum persona exstinguuntur conditiones, quæ consistunt in eis factis, nec sequuntur substitutum, vel coniunctum, vel heredem, vel legatarium, vel alium a quo relictum est, quod sit in causa caduci, vt si quis iubeatur nauem fabricare suis manibus, suis operis: Non dico suis sumptibus. hæc sunt diuersa suis manibus, suis operis, & suis sumptibus, vt in *d. § ne autem, & l. 11. §. vlt. & l. seq. de leg. 3.* Ergo hæc conditio *si nauem fabricaueris tuis manibus* personæ cohæret, quia electa est persona artificis, & vt ait *l. inter artifices*, quæ est notissima, *de solution.* inter artifices est longa differentia ingenii, & naturæ, & doctrinæ, & institutionis, & vt vulgo Græci dicebant πόῤῥω τὰ φρυγῶν καὶ περσῶν διαφέρει: id est, *longa est distantia inter Phryges & Persas.* Et ita etiam si quis iubeatur vxorem ducere, si iubeatur iuri ciuili operam dare, hoc factum personæ cohæret. videntur etiam omnia facta quæ nullum opus post se relinquunt personis cohærere, nec posse impleri per alium, vt si quis iubeatur Capitolium ascendere, vel Alexandriam ire, quæ facta nullum opus relinquunt. Nota est distinctio Aristotelis inter facta, quæ opus aliquod edunt, & quorum finis est aliud præter factum, siue factionem, vt si quis fabricet nauem, & ea facta, quæ nullum opus relinquunt, quorum nullus est alius finis, quam ipsa actio, cuiusmodi est saltatio, pulsus cytharæ, si quis peregre proficiscatur, in 1. Ethic. ad Nicom. & in 1. Ethic. & in 1. Polit. Quod autem dixi, ea quæ sunt in causa caduci remanere apud legatarium, a quo relicta sunt, id nuper ostendi esse ex S.C. *l. Iulian. de leg. 2.* Eo igitur senatus censuit lucro legatarii a quo relicta sunt potius cedere debere, quam lucro heredis. Verum huic legi obstat *l. pen. §. 1. de adim. leg.* Cuius species hæc est: testator matri quatuor prædia legauit, & fidei eius commisit, vt duo prædia socero restitueret: deinde codicillis ademit socero fideicommiss. relictum a legatario, quæritur, an ea duo prædia ex prælegatione apud matrem maneant. & *prælegationem* dixit pro *prælegato*, vt Boët. sæpissime in Comment. Topic. Cic. *legationem*, dicit pro *legato*, vt *l. quisquis, de leg. 3. prælegationem dotis, pro prælegata dote, l. cum vulgari, de dote præleg.* & respondet Scæuola in *d. §. 1.* nihil proponi cur ad matrem illa duo prædia pertinerent, id est, non pertinere ad matrem. quod est, peti non posse a matre. Nam pertinere dicitur quod delatum est, quod peti potest. Vnde apparet fideicommissum relictum a legatario, quod deficit, non remanere apud legatarium aut non pertinere ad legatarium vt ait. Breuiter sic respondeo, loquitur illa lex pen. de adempto fideicommisso quod relictum erat socero a legatario. Nos hic loquimur de eo, quod est in causa caduci, & differentia demonstranda est, quæ sit inter hæc. primum quidem fideicommissum ademptum nec datum videri *l. 14. de leg. 1.* Et sicut cum fideicom-

A missum pro non scripto habetur, eius retentionem habet legatarius, a quo relictum est, non etiam petitionem, *l. fin. §. Scæuola, de leg. 2.* ita legatarius ad empti fideicommissi, quod a se relictum erat, retentionem habet, & *d. l. pen. de adim. leg.* non negat eum habere retentionem, si forte legatum acceperit, sed negat etiam habere petitionem, id est, pertinere ad eum, quod est peti posse ab eo. Ideo autem ab eo peti non potest, quod legatum illud duorum prædiorum ei fuerit ademptum per fideicom. Tam n. directo, quam per fideicom. legata adimuntur, *l. quidam § vlt. de leg. 1.* Adimentis autem animus plerumque is est, vt nunquam legatum redeat ad eum, cui semel ademptum est, nec si adimatur fideicom. ei in quem per fideicommissum transfusum est legatum, nec etiam, si ille moriatur fideicommissarius. Et hoc de fideicommisso

B so adempto, quod relictum erat a legatario. Fideicommissum autem, quod fuit in causa caduci, ab initio vtile est, nec non datum videtur, cum vtiliter datum sit. Et de vtili tantum fideic. loquitur Senatus in *d. l. Iulia. & l. 14. 17. eod. tit. & l. pater §. fidei, de leg. 3.* vt ad legatarium scilicet pertineat, non ad heredem, & vt a legatario peti possit, ne dum retineri. Et ita apparet, quæ sit differentia inter fideicom. ademptum, & id quod sit in causa caduci. Alius casus, quo legatario competit petitio legati, licet fideicom. non præstet, quod ab eo relictum est. & casus hic est. Si legatarius rogatus non sit restituere ipsam rem legatam sed aliam rem rogatus sit præstare, vel facere, & per eum non stet, quo minus præstet, vt si legatus sit fundus, aut pecunia, & rogatus sit seruum alienum redime-

C re & manumittere, & is seruus moriatur, vel dominus eum vendere nolit, an ideo exstinguatur legatum? Minime, *l. si fundum per fideic. §. 1. de leg. 1.* Præterea, quod dixi ante, quodque proponitur in *hoc* §. onera iniuncta relicto quod sit in causa caduci, sequi substitutum, vel coniunctum, vel legatarium, vel heredem: huic parti etiam obiicitur *l. 3. §. vlt. de leg. 3.* hæc est sententia legis: fideic. potest relinqui ab intestato: Finge relictum esse fideic. a proximiore agnato, cui ab intestato defertur hereditas. is repudiauit legitimam hereditatem, an agnatus sequentis gradus, qui venit ex successorio edicto repudiante agnato primi gradus fideicom. obstringetur relicto a proximiore agnato? Minime: Et hoc ait certum esse, cum & ita vt refert rescripserit Antoninus, ex *d. l. 3. §.*

D *vlt.* Respondeo primum: illa lex non loquitur de hereditate, quæ est in causa caduci, sed de ea, quæ repudiatur. Deinde non loquitur de substituto, vel coniuncto, vel herede scripto, vel legatario, sed de legitimo herede, qui venit ex successorio edicto suo iure, non ex iudicio defuncti, & ideo non agnoscit onera, quæ defunctus imposuit proximiori agnato. quæ est etiam ratio *l. qui grau. & duarum sequentium, ff. de iure codicill.* & ita vt ait in *d. l. 3. §. vlt.* hoc constituit Antoninus, idem scilicet, qui voluit onera tamen sequi substitutum, & coniunctum, quia hi veniunt ex iudicio defuncti, *l. licet de leg. 1. l. 4. ad Treb.* Idem etiam voluit fiscum, cum admittitur, subire onera eius, cuius legatum in eum cadit, vel portio hereditatis, *Vlp. lib. regul. tit. de cad.* videlicet caducorum res-

E cidendorum gratia, licet fiscus non veniat ex iudicio defuncti, sed suo iure. Postremo, quod diximus, id quod est in causa caduci, deficiente substituto, pertinere ad coniunctum cum onere, huic parti obiicitur §. *sin autem h. t.* quo dicitur, portionem deficientem collegatarii pertinere ad collegatarium sine onere. Sed vt in tractatu de coniunctis plenius dicetur, differentia est inter re tantum coniunctos, vel coniunctos re & verbis: nam si sint duo re tantum coniuncti, vt puta si ita legatum sit, *Primo fundum Tusculanum lego, Secundo fundum Tusculanum lego,* deficiente Primo fundus pertinet ad secundum sine onere fideicommissi relicti a Primo, quod, scilicet, palam vnicuique solidum relictum est. Et Secundus, dum capit solidum, fundum suum capit, non legatum alienum, suo autem non fuit impositum onus, sed alieno.

At cum sunt re & verbis coniuncti, *Primo & secundo illum fundum lego*, deficiente Primo, Secundus totum fundum capit cum onere præptandi fideicommissi relicti a Primo, quia tum capit alienum legatum pro parte Primi. Ideoque eius partis onera subire debet.

Ad §. In nouissimo articulo.

In nouissimo autem articulo vbi proprie caduca fiebant, secundum quod prædiximus, etiam clusis tabulis, tam existere heredes, quam posse adire, siue ex parte sint, siue ex asse instituti, censemus, & dies legatorum & fideicommissorum, secundum quod prædiximus a morte defuncti cedere. Hereditatem enim nisi fuerit adita transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: his nihilominus, quæ super his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris.

EXposui heri quæ in l. Pap. erant in causa caduci, ea hodie in hac causa non esse, sed pertinere ad substitutum, vel coniunctum, vel heredem, vel alium, a quo iure relicta sunt. Non dixi, ea transmitti in heredem eius, cui relicta sunt: Nam viuo testatore, neque dies legatorum cedere, neque transmissioni locus esse potest. Nunc dicam de iis, quæ proprio & directo nomine caduca dicebantur qui est tertius, & nouissimus articulus, vt ait tertius ordo, siue modus eorum quæ proposuit in *§. & cum triplici*. ea. n. caduca dicebantur, quæ deficiebāt post mortem testatoris, etiam clusis tabulis testam. heredis ex parte scripti, aut legatarii morte naturali, vel peregrinitate, vel seruitute pœnæ: quomodo nihil eorum, quæ testamento vel codicillis relinquuntur hodie deficere potest, quia apertarum tabularum hodie non habetur ratio. Et sui quidem heredes, siue ex parte, siue ex asse scripti heredes sunt, statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis ipso iure heredes existunt inuiti & ignorantes, *l. 3. sup. de iure delib. l. apud hostes ff. de suis & legit. liber. l. 2. §. si quis ex liberis, ff. ad SC. Trebell.* Et hoc semper obtinuit in suis heredibus etiam lege Papia. & hoc quod ait *l. in suis ff. de su. & legit.* quæ est inscripta ad leg. Pap. in suis heredibus non esse necessariam aditionem, quia statim ipso iure heredes existunt statim, id est, ante apertas tabulas. Existere est proprium suorum, quod est apparere de repente, & vt Græci aiunt ἀναφαίνεσθαι. Id quoque semper obtinuit, vt etiam extranei heredes ex asse scripti possint hereditatem adire statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis testam. *l. multum, de cond. & demonst. l. 1. §. vlt. de iuris & facti ign.* At extranei heredes scripti ex parte secundum l. Papiam non possunt hereditatem ante apertas tabulas adire, & ob id *Vlp. lib. Reg.* cum definit caduca, de herede scripto ex parte loquitur, non de herede scripto ex asse. Et similiter SC. quod factum est auctore Hadriano de petitione hereditatis, loquitur de partibus hereditatis caducis, non de asse caduco, eo loco, *cum antequam partes caducæ fisco peterentur, &c.* Quæ verba interpretans Vlpian. in *l. item veniunt §. ait senatus, de petit. hereditatis*, sic ait, *hoc euenerat (ex facto,) vt partes caducæ fisco peterentur, sed etsi ex asse fiat, SC. locum habebit. Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia quacunque causa bona ad eum peruenerint:* quod ait hoc euenisse, vt partes hereditatis caducæ fisco vindicarentur. ergo heres ex parte scriptus fuerat mortuus ante apertas tabul. vel peregrinus factus, aut seruus pœnæ. alioqui partes caducæ non fuissent, quod tamen ita poni non potest in herede scripto ex asse, quia hic non exspectat aperturam tabularum. Igitur non hoc vult Vlp. SC. locum esse, etiamsi heres scriptus ex asse mortuus sit ante apertas tabul. quia in eo hoc non obseruatur. Sed ait Vlpian. *si ex asse fiat, SC. locum habebit*, quæ verba sunt legenda coniuncta scriptura, cum iis verbis, quæ sequuntur: *Idem etsi vacantia bona fisco vindicentur*, mutato scil. illo *idem*, in *id est*, quod mendum est frequens in libris nostris, quod alias notaui in *l. 20. l. 30. in fine*, vt est scripta Flor. *de act. emp. l. 46. pro soc. l. 10. §. quotiens, de compens. & l. 76. de hered. instit. & l. 22.* cuius initio legendum, *id est, ff. loc.* Et id quidem eius legis initium est copulandum extremo *l. 20. eod. tit.* Item in *l. 1 sup. de aliment. pup. præst.* in quibus omnibus locis pro *idem*, *id est*, est scribendum. Et ita Vlp. cum in *d. §. ait sed etsi ex asse fiat*, id est si totus as caducus fiat, non pars, SC. locum habebit, id est, *etsi vacantia bona fisco vindicentur, vel si ex alia causa ad fiscum peruenerunt, iis casibus* vult Vlpianus, cum as fiat caducus, cum sunt bona vacantia nullo existente successore, bona deserta, vel cum ex causa delicti bona omnia confiscata sunt, iis etiam casibus asse caduco facto, etiam SC. locus est. At hodie ex constitutione Iustiniani etiam heres scriptus ex parte, contra l. Papiam hereditatē adire potest statim a morte testatoris, non ab apertis tabulis testamenti. Et dies quoque legatorum aut fideicommissorum, quæ in diem certum, aut pure relicta sunt, quod est contra l. Papiam, cedit non ex apertis tabulis, sed ex tempore mortis testatoris, etiam clusis tabulis statim, vel moriente mox legatario, nondum apertis tabulis, iure transmittuntur legata in heredem legatarii, ne fisco locus sit, aut ne fisco detur locus vllus, nec vllum spatium inducendi fisci, cum cedat dies statim a morte testatoris. & obseruanda est differentia, quæ est hac in re inter hereditatem & legatum: nam legatorum quæ pura sunt diem cedere dicimus statim a morte testatoris etiam clusis tabulis: & ideo post mortem testatoris moriente legatario, nec agnito, nec repudiato legato, legati petitionem ad heredem eius transmitti; repudiatum autem legatum, vel fideicommissum pertinere ad substitutum vel collegatarium, aut coniuncto adcrescere, vel residere apud eum, a quo relictum est. Hereditatis autem diem non dicimus cedere statim a morte testatoris, sed adiri posse statim a morte testatoris, etiam clusis tabulis: & aditam transmitti in heredem, non aditam, non item. Quamobrem moriente herede post mortem testatoris ante aditam hereditatem, hereditas non transmittitur ad heredem eius, sed pertinet ad substitutum cum onere legatorum, vel coheredi adcrescit æque cum oneribus suis, vel pertinet ad legitimum heredem sine oneribus, cum suo iure veniat, non ex iudicio defuncti. Vt autem hereditas non adita non transmittatur in heredem, vel quæ alio modo adquisita non est, veluti pro herede gestione, aut petitione bonor. possessionis, vetus est regula iuris, vt ait in hoc §. hereditatem non aditam non transmitti in heredem, vel non adquisitam alio modo in *l. 6. §. vlt. & l. 7. de inoff. testam. l. quoniam, sup. de iure deliber. l. 1. C. Theodos. de legit. heredib. l. 2. C. Hermog. de success.* quæ regula locum etiam habet in bon. possessionibus, vt non transmittatur bonor. possessio nisi fuerit agnita a defuncto *l. 3. §. adquirere, de bon. poss. l. 7. rem rat. hab.* locum etiam habet in fideicom. hereditate, vt non transmittatur in heredem fideicommissarii antequam restituta & recepta sit, *l. 11. §. vtrum, ad Treb.* Et rursus locum habet non tantum in institutione, sed etiam in substitutione, vt ius substitutionis nondum delatum, nondum adquisitum non transmittatur in heredem substituti, *l. si ex plurib. de suis & legit.* ratio est, quia omnis hereditas personæ cohæret, vel omnis hereditas defertur, in personam, non in rem. Ergo personam, cui defertur omnino oportet agnoscere hereditatem, vt transferatur in heredem eius. Inde Paulus 1. *Senten. tit. 13. petitio hereditatis, cuius defunctus litem cōtestatus non est, ad heredem non transmittitur.* Quod etsi scribat Paulus de petitione hereditatis ciuili, locum tamen habet etiam in possessoria, & fideicommissaria hereditatis petitione. Ab hac tamen veteri regula, quæ etiam hodie obtinet, excipe casum legis *si infanti, sup. de iure delib.* Si infans

A ab extraneo sit heres institutus, & pater nomine eius vt potuit, hereditatem non adierit, & is in infantia mortuus fuerit. Nec enim ideo minus hereditas transmittitur in patrem ex constitutione *d. l. si infanti*. Iustinia. etiam hoc §. excipit alium casum, quem introduxit constitutio Theodosii, quam ob nullam aliam causam posuit in tit. seq. *de iis qui ante apert. tab. heredit. transmit.* quam quod & eius mentionem fecisset hoc loco. Loquitur autem illa constitutio de apertis tabulis, quod tempus non vult spectari Iustinian. Et ad hæc etiam illa constitutio est derogatio legis Papiæ in illo casu, quem abrogauit Iustinianus in totum: & l. penitus abrogata, superfluum est derogationis causas exponere. Sed quia eius constitut. mentionem fecerat hoc loco, & quia ex ea etiam hoc remanet hodie in vsu ne-B cessarium, vt in casu eius legis hereditas non adita transmittatur: Ideo sequens tit. propositus est, quem hoc loco interpretabimur. Casus in illa constitit. ita est propositus, *si parentum hereditas liberis deferatur, &c.* Nam etsi parentibus sint extranei heredes, non sui, veluti, si matri, auiæ, auo materno, aut patri, a quo emancipati sunt, tamen hereditatem parentis non aditam cuiuscunque gradus, vel sexus fuerit parens, transmittunt, non in quoscumque heredes, sed in liberos suos, siue ex asse, siue ex parte scripti sunt, siue sciuerint, siue ignorauerint sibi delatam hereditatem, & vt ait eadem constitutio Theod. licet inuicem substituti non sint, quæ res scilicet excludebat legem Papiam: Nam ea tollebat ius adcrescendi, non substitutionis: Et ideo remedio substitutionis, maxime reciprocæ, id est, factæ ad inuicem introducebatur ius adcrescendi, & excludebantur caduca, vt ostendimus in §. *1. hoc tit.* sed vt ait C Theod. licet liberi instituti a parente inuicem substituti non sint, quæ res proculdubio excludebat l. Papiam, & fiscum, non ideo minus excludetur lex Papia, & fiscus, si illi liberi habeant liberos in quos hereditatem transmittant, etiam morientes ante apertas tabulas. Et idem etiam seruari vult Theod. Constitutio in legatis & fideicommissis, quæ a parentibus liberis relinquuntur quos habent in potestate, vel non, nihil refert: Nam si moriantur ante apertas tabulas, legata non fiunt caduca ex l. Papia, sed transmittuntur in liberos legatariorum, quod fauore liberorum Theodosius detraxit legi Papiæ. Et licet hodie sublata sit necessitas aperiendarum tabularum, tamen hoc modo vtimur constitutione Theod. vt non dicamus, liberos hereditatem pa- D rentum ante apertas tabulas trāsmittere in liberos suos, sed hoc modo, liberos hereditatem parentum non aditam transmittere in liberos suos, non etiam in quoscunque heredes. Etiam excipit Iustinianus alium casum ex *l. cum antiquioribus, sup. de iu. deliber.* quæ pertinet ad omnes hered. extraneos. Et ius ita est ex ea cōst. vt si heres etiam extraneus, qui non ignorat sibi delatam hereditatem, moriatur intra annum inter deliberandum, vt ius deliberandi transmittat in heredem suū qualemcumque; & hereditatem igitur, si heres amplecti eam velit, sed exigitur, vt moriatur intra annum: Nam si moriatur, post annum ante aditam hereditatem nihil transmittit in heredem suum. Item exigitur, vt sciuerit sibi delatam hereditatem: Nam ignorans nihil transmittit. Hæ tres constitutiones quas attigi, *l. si in-* E *fanti*, *l. cum antiquioribus. & l. vn. tit. seq.* quod ad transmissionem attinet, ius quod erat præcipuum suorum heredum, etiam extraneis heredibus communicant. Accursius quartum casum addidit, quo hereditas non adita transmittitur ex *l. si quis in graui §. pen. ff. de SC. Syllan.* Finge, testator a familia necatus esse dicitur, quo casu heres vetatur adire hereditatem, aut aperire tabulas testamenti antequam quæstio de familia habita sit. vellet quidem adire heres, sed obstat SC. ne adeat antequam tormenta familiæ adhibita sint. Quid igitur si interim moriatur heres per quem factum non est, quo minus adeat hereditatem? iure ipso non transmittit hereditatem in heredem suum, sed decreto Prætoris heres eius admittetur ad bona, eique dabuntur non directæ actiones hereditariæ, sed vtiles, siue decretales. Et eadem est ratio *l. ventre, de acq. hered.* Filius mancipatus non adijt hereditatem, quia nondum potest eam adire, quoniam vxor defuncti prægnans dicitur, & exspectare debet, quoad constet prægnans sit an vacua. Quid ergo si interim moriatur? opus est decreto heredi eius, vt bona percipiat perinde, atque si filius emancipatus adiisset hereditatem, per quem factum non est quo minus adiret eam, datis scilicet actionibus vtilibus.

Ad §. 6.

§. 6. Libertatibus proculdubio & post præsentem sanctionem propter sui naturam, quæ aditionem heredis exspectant, ab adita hereditate vna cum aliis, quæ seruis in testamento manumissis, vel aliis legatis relicta sunt, competentibus. Excepto etiam vsufructu, qui sui natura ad heredes legatarii transmitti non patitur: quia neque a morte testatoris, neque ab adita hereditate, quantum ad transmissionem, dies eius cedit. Sed hæc omnia in his obseruari sancimus secundum præfatam dispositionem, quæ pure, vel in diem certum relicta fuerint.

IVstin. in §. *cum igitur*, & in §. *in nouissimo, hoc tit.* iam definiuit legatorum aut fideicommissorum, quæ pure, vel in diem relicta sunt, diem cedere a morte testatoris, etiam ante apertas tabulas, & ante aditam hereditatem restituto iure antiquo, & abrogata l. Papia ex qua eorum dies cedit ex apertis tabulis testamenti, etiamsi nondum adita hereditas sit: Nam & lex Papia non exigebat aditionem, vt cederet dies legatorum, aut fideicommissorum, sed aperturam tantum tabularum, vt Paulus indicat *lib. 3. Sentent. tit. de legatis*, dum ait, *legatum per vindicationem transmitti ad heredem legatarii, etiamsi legatarius nondum constituerit ad se pertinere, id est, si nondum agnouerit legatum, atque ita, post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit.* Nunquam enim aditio hereditatis moram fecit cessioni diei, sed petitioni tantum legati *l. 7. in prin. quando di. leg. ced.* Etiam quod notandum maxime, ignorantia legatarii qui, puta, nondum cognouit legatum sibi esse relictum moram non facit cessioni diei, *l. vlt. §. quando di. legat.* Hoc vero, quod ita definiuit Iustin. *supra in hoc* §. nunc ostendit, non esse perpetuum: quorundam enim legatorum diem non cedere a morte testatoris, sed ab aditione hereditatis, id est, interdum aditionem hereditatis moram facere cessioni diei. Et primum libertates ait, non competere a morte testatoris, sed ab adita hereditate, vt *l. 8. quando di. legat. ced.* Qua de causa rectè dicitur, regulam Catonianā, quæ spectat tempus mortis, non aditionis, non pertinere ad libertates testamento datas, vt emendaui *l. 3. de reg. Caton.* & confirmat, *l. si priuatus §. vlt. ff. qui & a quibus manum. lib. non fi. l. generaliter §. si homini, de fideic. libert.* Competere autem libertatem est diem libertatis cedere, non quantum ad transmissionem, quia nec quantum ad transmissionem dies libertatis cedit ab adita hereditate, cum transmitti in alium non possit datio libertatis: vt de vsufructu legato dicitur *hoc* §. diem legati vsusfructus, neque a morte testatoris, neque ab adita hereditate cedere quātum ad transmissionem attinet, quia ius est personale, quod non transmittitur ad heredem, quia deficiente persona vsufructuarii, & ipse vsusfructus prorsus extinguitur. At cedere quid dicitur duob. modis, vno & quidem proprio, vt transeat & transferatur ad heredem eius, cui legatum relictum est. Altero vt debeatur, *l. Sempronius, de vsufr. leg.* Et posteriori modo, non etiam priori, quia natura rei non patitur, dicimus diem liber-

tatis & vsusfructus cedere ab adita hereditate, id est, ab A eo demum die deberi hereditatem & libertatem: Nam libertas & vsusfructus non cadũt in tractatum de transmissionibus, cum adhæreat personæ, cui hæc adscripta sunt. Et recte *l. 36. §. fin. ff. ad l. Falcid.* libertatem competere, vel deberi, vt illud, vel, sit ἑρμηνευτικὸν vt sæpe, vel διασαφητικόν: Nam competere est cedere diem, & in causa libertatis, quid est cedere diem? Est incipere deberi libertatem. Competere igitur est deberi: nam de transmissione frustra quæritur. Quod dico de libertate, & vsufructu, idem dictum volo de omni alia seruitute personali, id est, quæ personæ adhæret. vsusfructus non transit in heredem: Idem igitur & de vsu legato, qui est etiã seruitus personæ, seruitus hominis, & de habitatione legata, vt eorum legatorũ dies cedat ab adita B hereditate. Et omnino ratio est hæc, quia cum seruitutes personales ad heredes transmitti non possunt, inutile esset, si quis ante aditam hereditatem eorum legatorum diem cedere diceret: Nam hoc nulli vsui esset, cum & ante aditam hereditatem non debeantur. Et hoc ostenditur *in l. 2. 3. & 5. §. 1. & §. vlt. ff. quando di. leg.* Idcirco enim constitutum est, dies legatorum cedere statim a morte testatoris, ne heredes moram aditione faciant, quo minus legata in heredem legatarii transmittantur, quæ consideratio cessat in iis rebus siue iuribus, quæ transmitti non possunt. Concludamus igitur omnem seruitutem personalem testamento legatam vel codicillis relictam, veluti vsufructum, vsum, habitationem, eius legati diem nunquam cedere, nisi ab adita hereditate. Idemque statuamus in legato alimentorum: Nam etiam hoc legatum finitur morte alimen- C tarii. Idem in legato relicto in annos singulos, siue in legatis annuis, quæ relinquuntur alimentorum gratia plerunque: Nam & hæc legata non cedunt nisi ab adita hereditate, *l. in singulos, ff. de annuis legat. l. Firmio in in fi. ff. quando di. leg.* Neque vero, quod diximus de seruitute personali, idem, vt hoc loco tentat Accursius, qui merito ob eam rem a Bartolo reprehensus est, ne idem inquam dicamus in seruitute reali, veluti via, itinere actu, aquæ ductu, quia hæ seruitutes transmittuntur in heredes: Ideoque earum dies cedit a morte testatoris, vt de iis rebus, quæ personæ non adhærescunt. Intelligendus autem est hic §. tam de fideicommissariis, quam de directis libertatibus: Nam ait libertates competere ab adita hereditate, & non tantum directæ com- D petere dicuntur, sed etiam fideicommissariæ, *l. 22. §. vlt. ff. de fideic. lib. l. de libertatib. ff. si quis om. caus. test.* Et verbo competere cessio diei significatur, a quo debetur libertas hæc vel illa. Sed hæc vna est differentia inter libertates fideicommissarias, & directas testamento relictas, quod fideicommissariæ petantur, directæ non petantur, sed vindicentur, *l. pen. de fideic. libert. l. mulier §. non est, ad Trebell.* Et eleganter Paul. lib. 4. Sentent. tit. 1. *Ius, ait, omne fideicommissi in petitione, non in vindicatione consistit.* Et rursus hac in re hæc est differentia inter libertates & legata, quod libertates quæcumque relictæ sunt testamento, competere dicuntur, legata præstari. Et ita ea quasi consulta opera diuidit inuicem IC. in *l. qui fundum §. si tu ex parte, ad l. Falcid.* Additur in hoc §. etiam legati relicti seruo manu- E numisso, cui data est libertas, testamento diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quod vtique certissimum est, si sit data directa libertas: Nam si fideicommissaria data sit, diem libertatis, & legati seruo per fideicommissum relicti, melius cedere dicemus ab adita hereditate: nam aliquem heredem esse oportet, & præterea a die præstitæ libertatis fideicommissariæ ab herede, vel cessante herede, a die adeptæ libertatis ex SC. Rubriano, quo cessante herede repræsentatur libertas seruo per fideicommissum manumisso, *l. filiusfamil. in fin. ff. quando di. legat. &c.* vt vero dies legati relicti seruo manumisso non cedat nisi ab adita hereditate, est consequens ei, quod dixi, libertatis diem non cedere, nisi ab adita hereditate, quia vtiliter cedere non potest legati relicti dies seruo manumisso, antequam libertas ei competat, quia seruo proprio inutiliter legatur sine libertate. Igitur ne pereat legatum, differtur cessio diei in id tempus, quo liber futurus est. Atque ita vno eodemque die, & cedet libertas, & legatum manumisso relictum. Et hoc confirmatur *l. 7. §. vlt. & l. 8. quando di. legat. & l. si quis seruo suo de leg. 2. & l. 8. sup. de fideicommiss.* Additur etiam in *h.* §. legati relicti seruo alii diem non cedere, nisi ab adita hereditate. Finge, testator seruum suum Titio legauit, eidemque seruo aliquid legauit: si dicas huius legati diem cedere ante aditam hereditatem, cedet inutiliter, seruo non habente alium dominum, quam hereditatem iacentem, id est, nondum aditam, quæ est vice domini, id est, defuncti. At seruo defuncti, non potest legatum competere sine libertate. Ideo necessario ne pereat legatum, expectandum est, quoad adeatur hereditas, & ea adita statim seruus adquiritur Titio legatario, deinde consequetur legatum. Hoc proponitur in *l. seruo leg. de legat. 1. & l. 7. §. vlt. quando di. legat.* Et obserua mendum, quod est in *d. l. 7. §. vlt.* Primum enim hoc proponitur: interdum aditionem hereditatis moram facere cessioni diei legatorum, id est, quædam esse legata, quorum dies non cedit a morte testatoris, sed a tempore aditæ hereditatis, *vt*, inquit, *si seruo manumisso legatum sit, quod est manifestum: deinde subiicit, vel ei, cui seruus legatus est. Et ideo, seruo aliquid legatum sit. sic est Florentiæ, & ideo. alij libri habent, & idem.* Primum sic est scribendum, *vel si cui seruus legatus est*, non, ei, & est similis error in *l. 1. §. ei cui, vt legator. nom.* Vbi perspicuum est alios codices habere rectius, *si cui*, non *ei cui*. Ergo ait in illo §. *vlt.* si seruo manumisso legatum sit, diem legati non cedere ante aditionem, id est, antequam obtingat libertas, *vel si cui seruus legatus est*, & non *idem*, sed traiectis literis, *eidem*, quæ traiectiones, siue vt Græci loquuntur, ὑπερβιβασμοὶ τῶν στοιχείων in Flor. Pandectis frequentissimæ sunt, vt cum scribitur *modo*, pro *domo*, *vicariis*, pro *cibariis*, *pars hodie pro rapsodia*: sic etiam, ait, vel si cui seruus legatus est, & eidem seruo aliquid legatum sit: nam hæc tantum habemus genera legatorum, quorum dies cedit ab adita hereditate, si relicta sit libertas, quod & legatum dici potest aut fideicommissum: si relictum sit ius personale aut seruitus, vel si seruo manumisso relictum sit legatum, & si seruo alii legato aliquid relictum sit. Et hæc sola sunt legata, quorum dies cedit ab adita hereditate, ad quæ nihil pertinet regula Catoniana, *l. 3. de reg. Caton.* Verum notandum est, quod miror glossam omisisse, ita demum horum legatorum, quæ excipiuntur a definitione generali Iustiniani, diem cedere ab adita hereditate, si scriptus sit heres extraneus, a quo relicta sunt, quia hic non est heres sine aditione aut eo quod pro aditione fit. Aliud est, si seruus scriptus heres necessarius, quia hic capit hereditatem a morte testatoris, & ipso iure sine aditione heres existit. Et consequenter etiam illa legata, quæ excepimus, vt sunt libertates, seruitutes, vsusfructus, si ab eo relicta sunt, dies eorum cedet statim a morte testatoris, *S'il y a vn heritier tout aussi tost*, dies libertatis cedit statim a morte testatoris, dies vsusfructus & cæterorum legatorum quæ excepimus, & ideo necessario herede scripto ad ea legata pertinebit regula Catoniana, quoniam scripto necessario vt cætera legata, ita & illa cedunt a morte testatoris, non expectata aditione hereditatis, & hoc belle confirmat lex *Iulianus, de condit. & demonstrat. l. si optio, de opt. leg. l. quæ fine §. 1. de leg. 1.* Et hæc quidem de legatis, quæ pure relinquuntur, vel in diem certum: de legatis quæ relinquuntur sub conditione vel in diem incertum, & a quo die cedant tractabo die seq. in §. *sin autem.*

Ad

Ad §. Sin autem aliquid. 7.

Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestatiua, vel mixta, quarum euentus ex fortuna, vel ex honoratæ personæ voluntate, vel ex vtroque pendeat, vel sub incerto die: expectari oportet conditionis euentum, sub qua fuerit derelictum vel diem, vt tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit. Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat, vel eo superstite conditio defecerit, hoc quod ideo non prævaluit, manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est, nisi & hic, vel substitutus relictum accipiat, vel coniunctus, siue heres, siue legatarius hoc adquirat: cum certi iuris sit, & in institutionibus, & legatis, & fideicommissis, & mortis causa donationibus posse substitui.

IVstinianus docuit supra, ex quo tempore cedat dies legat. & fideicommissorum quæ pure, vel in diem certum relicta sunt. Nunc docet, ex quo tempore cedat dies eorum, quæ sub conditione, vel in incertum diem relicta sunt, quæ legata dicuntur incerta, *l. si dies, in fine. ff. quando di. leg. ced.* Incerta conditio vel dies, incertum legatum facit, quod est, vt id certum non sit, debitum iri. ita vero ius est, & fuit semper legati conditionalis, aut in diem incertum relicti, diem nempe non cedere statim a morte testatoris, sed cum conditio vel dies incertus extiterit. Vt autem puris legatis comparantur ea, quæ in diem certum relicta sunt, quod scilicet & hæc statim debeantur a morte testatoris, & trāsmitti possint, *l. 9. vt leg. nom. caueat.* & ante diem recte soluantur, *l. 1. §. 1. de condit. & demonstrat.* Non tamen per omnia comparantur puris legatis: nam pura statim peti possunt a morte testatoris, si quis heres extiterit; relicta in diem certum, licet statim debeantur, non statim peti possunt, id est, *antequam dies venerit.* Ita vero conditionalibus legatis comparantur ea, quæ in diem incertum relinquuntur, quia in eis dies incertus dicitur facere conditionem, *l. dies incertus, de condit. & demonstrat.* Et conditio quoque appellatur, *l. 1. §. vlt. vt legator. nom. & l. si dies §. 1. quando di. leg. ced.* eo loco, *tēpus conditioue,* tēpus, incertū scilicet, conditioue, quasi possit & conditio appellari. Neque tamen per omnia sunt similia conditionalibus legatis, quæ relinquuntur in diem incertum: Sunt enim quædam relicta in diem incertum, quæ sunt pura, aut pro puris, quod certum sit ea transmitti in hered. legatarii vel fideicommissarii. Et omnis quidem conditio est dies incertus *l. talis scriptura, de leg. 1.* Non omnis tamen dies incertus est conditio, vt si Titio legetur, cum morietur heres, qui dies est incertus, is dies conditio est, & conditionale legatum facit, quia fieri potest, & hæc est ratio, vt hic dies non cedat viuo legatario, puta si is moriatur superstite herede *l. 1, §. 1. l. heres §. 1. de condit. & demonstrat. l. si pecunia §. vlt. de leg. 2. l. vlt. in fine, inf. de contr. & commit. stipul.* Item, si legatum relinquatur Titio, cum pubes erit, dies est incertus, quia forte non perueniet ad pubertatem, vel cum consulatum inierit, dies incertus est, qui pro conditione habetur, quia fieri potest, vt is dies non cedat viuo legatario, vt puta si moriatur ante pubertatem, vel ante adeptum consulatum *l. si dies, ff. quando di. leg. & l. heres, in princip. de condit. & demonstrat.* At si cum morietur Titius, ei legetur, sane dies est incertus, mors vniuscuiusque diem incertum habet, sed is dies non facit conditionem: & legatum est purum quod certum est in heredem transmissum iri mortuo Titio cui legatum est, quia fieri non potest vt is dies non cedat, & ideo purum est legatum *l. 1. quando dies leg. d. l. heres, in princ.* Et si stipulanti quid promisero cum moriar, dies incertus est, qui tamen conditionem non facit in stipulationibus, adeo vt quod interim soluero, non possim repetere, quod tamen repeterem, si

A esset conditio. Et hæc differentia inter diem incertū & conditionem est in *l. sub conditione, & seq. de condict. indeb.* & in *d. l. sub conditione, & seq.* omnino videtur scribendum: *Die pendente non existente.* Et recte l. *dies incertus, de cond. & demonst.* diem incertum testamento facere conditionem, puta, cum morietur heres, qui debet legatum: Nam aliud est in stipulatione: nam si quod a me deberi volo, promittam, *cum moriar,* dies ille incertus non facit conditionem. Et certum est in hac quæstione longam esse differentiam inter stipulationes conditionales & legata conditionalia. Vel vna sufficiat, quod stipulatio conditionalis transmittatur in heredem, conditionale legatum non. Et si conditionalis stipulatio existat retrotrahatur, conditio legati retro non trahatur, *l. 78. de verb. oblig.* Quod igitur dicitur

B hoc §. *legati conditionalis, & legati relicti sub die incerto diem cedere, cum dies incertus vel conditio extiterit,* id, inquam, non est sumendum de quolibet die incerto, sed de eo tantum, qui est pro conditione. Et effectus eius definitionis hic est, & fere triplex. Primo, vt regula Catoniana ad ea legata non pertineat, quia dies eorum non cedit a morte testatoris, sed cum conditio extiterit. Non pertinent etiam ad eandem regulam conditionales hereditates *l. cætera §. 1. de leg. 1. l. pen. de reg. Caton.* Item, vt mortuo legatario pendente conditione, vel die incerto, id est, *ante diem legati cedentem,* petitio non transmittatur in heredem, *l. 5. quando di. leg. ced.* At mortuo herede, a quo legatum sub conditione relictum est, pendente conditione legati, heres heredis tenetur legati nomine, si postea conditio existat, *l. legata sub conditione, de condit. & demonstr.* Heres moriens

C pendente conditione legati heredem suum obligatum relinquit ex legati causa, aut in ea causa eum relinquit verius vt legati nomine obligari possit, postea conditione existente. Legatarius autem moriens pendente conditione legati, heredi suo nihil relinquit. Et hoc Græcis visum est velle *d. l. legata.* quam hic exponam: nam vulgo explicatur male. *Legata sub conditione relicta non statim,* (id est, *a morte testatoris*) *sed cum conditio exist, deberi incipiunt,* quod est certissimum. Verum sequitur, *ideoque interim delegari non potuerunt:* Græci, quia *delegari* interpretantur μεταφέρεσθαι, ita videntur versum illum accepisse, vt interim non possint transmitti in heredem legata conditionalia, pendente conditione moriente legatario, nam ita scribunt, ὅθεν οὐ μεταφέρεσθαι ἐν τῷ μεταξὺ δύναται. Verum melius est, vt verbum

D *delegari* accipiamus proprie, vt scilicet, conditionalia legata, dum pendet conditio, non possint cedi & mandari alteri, vt scilicet nomina ceduntur, & actiones, quia nondum est vllum nomen, nullum debitum, nulla actio, quamobrem frustra interim ceduntur, eorumue actiones, quæ nullæ sunt. Et hoc demonstrat *d. l.* *dum ait, non statim deberi incipiunt, sed cum conditio extiterit.* Inde infero, ergo interim alteri cedi non possunt: Nam legatarius conditionalis non est creditor, & hæc est alia differentia, licet stipulator conditionalis sit creditor. Quia stipulatio ex præsenti contractu & tempore vires capit, legatum ex die cessionis, *l. is cui, de obligat. & act. l. qui in fraudem, qui & a quibus manum.* Addit Iustin. præterea in hoc §. *nihil interesse, vtrum le-*

E *gati conditio sit casualis, an potestatiua an mixta.* Quod & confirmat *l. 5. §. 1. quando di. leg.* Et casualem definit, *cuius euentus pendet ex fortuna.* Casum pro forte fortuna sumens, *vt si nauis ex Asia venerit.* Potestatiua est, quæ est in potestate honoratæ personæ, id est, legatarii, quæ honoratur legato. Legatum est honos, veluti, *Si Titio decem dederit, si Capitolium ascenderit.* Mixtam autem vocat, quæ pendet ex vtraque, id est, ex voluntate legatarii, & fortunæ euentu. Et inter ea genera conditionum in iure sunt multæ differentiæ. Casualis potest impleri viuo testatore: Potestatiua nisi post mortem testatoris impleri non potest, *l. 2. de cond. & de-*

mon. Casualis non est promiscua, id est, nunquam potest esse potestatiua, *l. 4. §. puto, de her. insti.* hæc est promiscua, *l. 11. de cond. & demonst.* Quia nulla est potestatiua, quæ interdum non possit esse non potestatiua, *l. 5. §. puto, de her. instit.* vt, *si Titio decem dederit:* interdum non est potestatiua, vt *si Titius longissime absit*, si peregrinetur longinquo itinere. Item filius a patre, in cuius potestate est, potest heres institui sub conditione potestatiua non sub casuali, nisi in eius defectum exheredetur, *l. 4. sup. de instit. & substit.* Est & alia differentia in *l. vlt. sup. de necess. heredib. inst.* Et male Accursius hoc loco, mixtam conditionem sumit pro promiscua ex *d. §. puto.* cum aperte Iustin. dicat, eam esse mixtam, quæ pendet ex vtroque, id est, ex arbitrio legatarii, & ex fortuna, qualis hæc est: *Si Titio postliminio ab hostib. reuerso decem dederit*, nam decem dare est in potestate legatarii, ab hostibus reuerti in casu consistit. Igitur ita concludamus, siue casualis sit conditio legati, siue potestatiua, siue mixta, antequam ea extiterit non cedere diem legati sub ea conditione relicti. Et addamus, si ea conditio deficiat viuo legatario, vel etiamsi legatarius moriatur pendente conditione, proculdubio in heredem eius legatum non transmittetur. Quæro igitur, ad quem pertineat? Et Iust. ostendit, mortuo legatario pendente conditione, aut defecta cōditione legatum pertinere ad substitutum legatarii cum suis oneribus si legatario substituerit testator: Nam vt notat Iustin. non tantum heredibus substituimus, sed etiam legatariis, & fideicommissariis, *l. vt heredib. l. cum pater § pen. de leg. 2. l. 8. vsufr. quemad. cau. l. auia, de cond. & demonst. l. si sponsſ. §. si marit. her. de don. inter vir. & vx. l. 6. sup. de leg.* Et ita etiam donatariis, causa mortis substituimus, vt & heic Iustin. ait, & probat *d. l. vt hered. & l. ei cui, de mort. caus. don.* Et notandum legatariis, fideicommissariis, & quibus donatur mortis causa, qui fideicommissario comparantur, nos substituere posse in vtrumque casum, id est, *si ceperint, vel non ceperint legata, l. si fundum sub conditione §. Stichum de leg. 1.* Heredibus tamen nostris non substituimus, nisi in primum casum, id est, *si heredes non extiterint.* Præterquam liberis impuberibus vsque ad pubertatem tantum, vt etiamsi heredes extiterint, qui est secundus casus, & moriantur intra pubertatem, ille eis substitutus sit. Et puberibus quoque & extraneis substituimus in secundum casum, non quidem directo, sed per fideicommissum. Vbi vero legatarius testator non substituit, legatum, quod deficit & expirat moriente legatario pendente conditione vel conditione defecta, pertinet ad cōiunctum, id est, *ad coheredem, vel collegatarium iure adcrescendi.* Quod si nullus horum sit, legatum remanet apud eum, a quo relictum est: si a pluribus relictum sit, remanet apud eos pro hereditaria portione, vt in *§. seq. & §. sed vt manifestetur.* Videlicet cum heredes si legatum præualuisset, id est, *si conditio extitisset*, id erant præstituri pro hereditaria portione. Nam quod sic præstitissent, id ita etiam apud eos residebit pro hereditaria portione. Et omnino pro qua portione heredes de legato præstando obstringuntur, pro eadem etiam legatum apud eos remanet. Idem est, si legatum relictum sit a legatario vel fideicommissario vel donatario causa mortis: Nem & hic potest onerari fideicommisso. Vel etiamsi ab alio sit relictum, veluti ab herede legitimo, vel ab herede heredis, vel legatarii, vel a debitore defuncti, a quo etiam potest relinqui fideicommissum, vel a patre, vel a domino heredis instituti, ab eo, cui statuliber dare iussus est, hi omnes onerantur fideicommisso. & si fideicommissum sit conditionale, mortuo fideicommissario pendente conditione, fideicommissum apud eum remanet, inquit, pro virili portione, quæ verba non semper significant æquales portiones seruari, sed ita sunt sumenda, vt demonstrabitur in *§. si vero pars, inf. eod.* ea verba, *pro virili*, in eo loco esse accipienda *pro rata*, vt pro qua portione fideicommisso præstando obligantur, & pro ea viritim fideicommissum, quod deficit inter eos distribuatur, seruata tamen proportione, quam ipse testator in præstatione fideicommissi seruari voluit. Et hic est finis huius quæstionis *§. fin autem*: §. qui sequitur exposui partim in *§. in primo*, partim *in §. pro secundo.* In *§. his ita definitis*, Iustinianus incipit nouum tractatum de coniunctis, & iure adcrescendi quem nos absoluemus post ferias.

Ad §. His ita definitis.

His ita definitis, cum in superiore parte nostræ sanctionis in plurimis locis coniuncti *fecimus mentionem: necessarium esse duximus omnem inspectionem huius articuli, latius & cum subtiliori tractatu dirimere, vt sit omnibus & hoc apertissime constitutum. Non enim tantum coniunctiuo modo. In his itaque siquidem coheredes sunt omnes coniunctim, quædam relinquuntur, sed etiam disiunctim, vel omnes disiunctim, vel instituti vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo euacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo grauamine, pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, adquiratur. Et hoc nolentibus ipso iure adcrescat, si suas portiones iam agnouerint: cum sit absurdum, eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere, secundum quod in diuini nostri numinis decisionibus statutum est. Sin vero quidam ex heredibus institutis, vel substitutis permixti sunt, & alij coniunctim, alij disiunctim nuncupati: tunc si quidem ex coniunctis aliquis deficiat, hoc omnimodo ad solos coniunctos cum suo veniat onere, id est, pro parte hereditatis, quæ ad eos peruenit. Sin autem ex his, qui disiunctim scripti sunt, aliquid euanescat: hoc non ad solos disiunctos, sed ad omnes tam coniunctos, quam etiam disiunctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perueniat. Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter vnitatem sermonis quasi in vnum corpus redacti sunt, & partem coniunctorum sibi heredum quasi suam præoccupant: disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti: vt suum quidem habeant: alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant. Et hæc in heredibus tantummodo statuenda sunt.*

Sequitur nunc posterior pars huius tit. Prima fuit de lege caducaria sublata & restituto iure antiquo. Posterior est de coniunctis & disiunctis heredibus, aut legatariis, quæ incipit ab hoc §. Nec sine causa prioris partis vicinitatem sequitur: Nam cessante iure caduci, & fisco excluso, consequens est coniunctum, vel disiunctum coheredem vel collegatarium admitti iure adcrescendi in portionem coniuncti, quæ post testamentum vel mortem testatoris deficit aliqua ex causa, vel quæ repudiatur. Quamobrem & Paulus ipse scribens ad l. Papiam acurate tractat de coniunctis in *l. re coniuncti, de leg. 3. l. triplici, de verb. signific.* Lex Papia tollebat ius antiquum, id est, *ius adcrescendi, ius coniunctionis, ius collegij*, at certe non tollebat etiam ius substitutionis, vt dixi hoc tit. initio. Qua de causa facta substitutione sæpe testatores excludebant fiscum commodo caducorum, videlicet per causam substitutionis inducto iure adcrescendi antiquo, & iure substitutionis factæ a testatore, nec prælato fisco in causa caduci: Nam substituti duplici iure nitebatur contra fiscum, iure adcrescendi antiquo, & iure substitutionis factæ a testatore. At ius adcrescendi simplex proculdubio tollebat lex Papia, siue ius coniunctionis, exceptis certis casibus, prælato fisco coheredi, vel collegatario eius, cuius portio defecerat. Facilius autem omnia, quæ pertinent ad ius adcrescendi ad eius coniunctionis, in notitiam venient, si exemplo Pauli, in *d. l. re coniuncti, & d. l. triplici*, quæ coniungendæ

coniungenda sunt, prius ostendero, triplici modo A coniunctos intelligi: Alii enim sunt coniuncti re tantum, alii re & verbis, alii verbis tantum. Coniuncti re & verbis, qui omnimodo coniuncti sunt, hi sunt, vt Paulus ait, quos nominum & rei complexus iungit, quibus similiter & pariter idem ius eademue res relinquitur, vel qui coniuncta scriptura in eandem rem, vel ius vocantur, vt si duo heredes scribantur hoc modo: *Primus & Secundus mihi heredes sunto*, vel Primus & Secundus ex semisse heredes sunto, vel si ita legatum sit duobus: *illi & illi fundum do, lego.* Atque ita plerunque pari amicorum legari solebat. Plinius libro septimo Epistolarum scribens ad Tacitum amicum suum. *Eadem legata*, inquit, *& quidem pariter accepimus*, id est, coniunctim. Re autem non etiam verbis coniuncti sunt, quibus separatim eadem res idemue ius relinquitur, veluti, *Primus heres esto Secundus heres esto*, vel *Primus ex* B *semisse, Secundus ex eodem semisse heres esto*, vel, *Primo fundum Tusculanum do lego, Secundo eundem fundum do lego.* Hi re per se coniuncti sunt, non verbis: illo autem modo simul duobus vel pluribus eadem res relinquitur, *l. si patrono §. vlt. de bon. libert. l. 2. quib. mod. vsusfr.* Denique illo modo coniunctim legatur, hoc modo disiunctim, & separatim: Nam hic articulus *coniunctim* in hac constitutione, *& §. coniunctim, Institut. de leg.* & in *l. 1. ff. de vsufr. adcresc.* passim in iure nostro significat coniunctionem rerum & verborum. Hic autem articulus *disiunctim*, vel *separatim* significat coniunctionem rerum, & disiunctionem verborum. Quamobrem illi sunt omnimodo coniuncti. Hi autem etiam sunt coniuncti, sed oppositi illis dicuntur disiuncti, & separati, *quia*, vt ait *Iusti. ab ipso testatoris sermone apertissime discreti sunt.* Cur vocantur disiuncti? Quia ab ipso C testatore in eundem sermonem coacti non sunt. Verbis autem non re coniuncti sunt, quibus coniuncta scriptura eadem res, idemue ius æquis partibus relinquitur. Veluti *Primus & Secundus ex æquis partibus mihi heredes sunto*, vel, *Primo & Secundo illum fundum ex æquis partibus do, lego.* Et hi quidem, qui verbis tantum coniuncti sunt, semper partes habent *d. l. re coniuncti*, id est, omni iure, & antiquo & nouo, & omni genere legatorum, siue legatum sit per vindicationem, siue per damnationem, & omni tempore, id est, non concursu tantum, sed etiam statim ab initio partes habent, quas fecit testator in relinquenda hereditate & legato. Et hoc distant tantum verbis coniuncti a cæteris. Illi qui D re & verbis coniuncti sunt, vel re tantum, non semper ab initio partes habent, sed concursu tantum, aut ne concursu quidem. Nam hac in re est longa differentia inter ius antiquum, & ius nouum, & inter eos quibus coniunctim relinquitur, id est, qui coniuncti sunt re & verbis, & eos quibus relinquitur disiunctim, id est, qui sunt coniuncti re tantum, & inter eos quibus coniunctim, vel disiunctim per vindicationem legatur, & inter eos quibus per damnationem legatur. Et primum dicamus de iis, quibus disiunctim eadem res legatur. Si disiunctim eadem res legetur per vindicationem hoc modo, *Primo illum fundum do, lego, Secundo eundem fundum do, lego*, vel hoc modo, *Primus fundum capito, sumito, habeto Secundus eundem fundum sumito, capito,* E *vel habeto.* Hoc genere singuli ab initio solidum habent, concursu autem partes faciunt, id est, vtroque concurrente, vel agnoscente legatum, nullo repudiante, nullo deficiente: nam palam est eo genere singulis initio adscribi solidum, sed per concursum faciunt partes. Et hoc ita ostendit Paulus 4. *Sentent. tit. de leg.* & Caius *lib. 2. Instit. tit. de leg. in fine.* Vnde in lib. regul. Vlpiani *tit. de legatis*, vbi ita scriptum est, *siquidem disiunctim*, (loquitur de legato per vindicationem) *singulis in solidum debetur.* Primũ illa verba non sunt in archetypo, quem mihi nuper Lutetiæ communicauit D. Tilius qui est possessor huius libri. Et vero falsum est, etiam re eadem disiunctim per vindicationem legata, singulis deberi in solidũ. Itaque spacium, quod in illo archetypo est vacuum, ita repleri potest, *siquidem disiunctim, singulis partes debentur*, id est, concursu partes faciunt, licet initio singulis solidum sit adscriptum. Idem vero est in legato per præceptionem, vt quibus disiunctim ita legatum est, partes concursu faciant *l. 7. sup. de leg.* nam & legati per præceptionem, siue prælegationem eadem fere sunt verba, atque per vindicationem, nempe, *precipito, tibique habeto.* vt est in Reg. Vlp. Sed si per damnationem eadem res sit disiunctim legata hoc modo, *Heres meus damnas esto Primo dare fundum illum: heres meus Secundo eundem fundum dare damnas esto.* Hoc genere singulis solidum debetur, vni res integra, alteri æstimatio rei integræ, ita vt ille rem auferat, qui agere præoccupauerit, & re ablata a diligentiore, ea in re nihil iuris superfit alteri, sed integram habeat actionem de æstimatione, quod Vlpianus, & Paulus & Caius supradictis locis docent. Et eodem iure omnino fuit legatum finendi modo, quod & pene similibus verbis relinquitur: *Heres damnas esto sinere illum rem illam habere siue sumere*, quod est præstare: nam sinere est pati, & *patientia* pro traditione & præstatione est, *l. 3. de vsufr. l. si ego §. 1. de Public. in rem act.* Eodem iure est fideicommissum, quo legatum per damnationem non in hoc iuris articulo tantum, sed etiam in aliis: Nam quæcunque per damnationem legari possunt, & per fideicommiss. relinqui possunt, Vlp. *tit. de fideicommiss. lib. Reg.* Et vt electio est heredis, si homo generaliter, aut illud aut illud legetur per damnationem, ita etiamsi relinquatur fideicom *l. si a substituto 45. §. 1. de leg. 1. l. si is cui, l. si ita relictum §. vlt. de leg. 2.* vt plane appareat in omnibus idem esse ius legati & fideicõmissi per damnationem. At notandum ex hac l. Iustiniani, sublatam esse hanc differentiam inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem, quandoquidem ita constituit, *vt quoquo modo legata sit eadem res disiunctim legatarij concursu partes faciant, nec singulis solidum debeatur.* Notauit tamen differentiam iuris antiqui Iustin. *in §. sin autem disiunctim*, eo loco: *Cum in vno tantum legati genere*, quod accipe, non, *vt inquit Accursius*, de re legata per vindicationem, sed de legato damnationis relicto disiunctim duobus, aut pluribus, vt scilicet voluerit ius antiquum singulis præstari solidum; velit autem Iustin. singulis tantum, si omnes concurrant, præstari partes æquas. sed addit exceptionem: *nisi apertissime appareat testatorem singulis solidum dare voluisse, alij rem, alij æstimationem*, quam exceptionem vt & stilus prodit omnino verum est ex hac constitutione Tribonianum inseruisse pluribus locis iuris, vt in *l. si pluribus, l. filiusfamil. §. finali, de leg. 1. l. 13. §. vlt. de leg. 2. l. 20. de leg. 3. l. duos, de vsufr. leg.* Et hæc de eadem re duobus disiunctim legata. Nunc videamus de eadem re duobus coniunctim legata. Quo in articulo est etiam differentia inter legatum per vindicationem, & legatum per damnationem nondum sublata, quia ducitur ex coniectura voluntatis defuncti, & ex figura verborum, quæ sunt notæ voluntatis defuncti. Itemque inter ius antiquum & nouum, & hac distinctione adhibita facile dissipatur dissidium inter *l. 80. coniunctim, de leg. 3.* quæ ait coniunctim omnibus heredibus institutis, vel coniunctim legato relicto, aut solidam hereditatem, aut solidum legatum singulis dari ab initio, partes autem coucursu fieri, & *l. 34. plane §. si coniunctim, de leg. 1.* quæ ait coniunctim re legata duobus, ab initio partes fieri. quod dissidium interpretes nostri, qui erant veteris iuris ignari, nunquam componere potuerunt. vtroque loco coniunctim, est re & verbis: Nam hic articulus, coniunctim, vt dixi, numquam aliter accipitur. Sed res componi hoc modo debet. *Hi quibus coniunctim per vindicationem legatur, concursu partes faciunt, non ab initio partes habent: vt Vlpianus*, lib. regular. *eod. tit. ue*

legat. ostendit apertissime. Et ita accipienda *d. lex coniunctim*, cum satis aperte loquatur de legato vindicationis, loquens nempe de hereditate, quæ semper per vindicationem relinquitur, heres *esto & delegata dato.* Nam do est verbum vindicationis. Hi autem, quibus per damnationem coniunctim eadem res legatur, ab initio quasi diuisim partes habent in ea re æquas. Et ita sane accipienda est *d. l. plane* §. *si coniunctim.* Et præterea vt ostendatur differentia iuris antiqui & noui, lex *coniunctim*, est accipienda secundum ius antiquum, quod scilicet obtinuit ante legem Papiam. Nam ea lex est ex lib. Celsi 35. ff. quo constat ex *l.* 1. *de Reg. Caton.* Celsum tractasse de regula Catoniana, quæ pertinet ad ius antiquum, non ad leg. Papiam. lex autem *plane* §. *si coniunctim*, etiam vera est, licet plane contrarium statuat, non secundum ius antiquum, sed secundum ius B nouum, id est, secundum l. Papiam, ex qua pars non concurrentis coniuncti caduca fit, siue per vindicationem, siue per damnationem legatum relictum sit. Et ita dissidium illud componi debet. Diximus in hac constitutione coniunctos vocari eos, qui re & verbis sunt coniuncti, disiunctos esse, qui non verbis sed re tantum coniuncti sunt; cuius in hoc tractatu meminisse semper oportebit. Eorum qui verbis non re coniuncti sunt ratio hic nulla habetur, quia verborum coniunctio sola nullius momenti est, *l. si ita quis heredes* 14. *de hered. instit.* Nisi illa coniunctio verborum nuda ex voluntate testatoris accipiatur pro duplici, id est, pro coniunctione nominũ & rei: vt si testator ita dixerit, *Primo & Secundo illum fundum æquis partibus do lego*, non vt ipse faceret partes ab initio, sed vt demonstraret, quas per C concursum partes habituri forent: quo casu verbis tantum coniuncti pro vtroque modo coniunctis habentur. Et huius voluntatis argumentum est in *l. si duobus* 16. §. *vlt. de leg.* 1. cuius species hæc est: Testator legauit mihi & postumis eandem rem coniuncta oratione ex virilibus partibus, id est, adscriptis virilibus partibus. nullo nato postumo, ego totam rem vindicabo, non tantum virilem partem, quia testator adscripsit partes viriles, non vt nos separaret, sed vt demonstraret plurimis postumis natis, non vnam se mihi partem, alteram postumis dare velle, sed omnibus viriles: quia nullo postumo nato tota res ea ad me pertinet quasi solido mihi ab initio relicto, *l.* 7. & 8. *de reb. dub.* Dixi etiam coniunctos per vindicationem iure antiquo, quo vtimur, ab initio solidum habere, partes autem concursu facere. Vnde D sequitur, non concurrentis partem adcrescere alteri secundum generalem definitionem Celsi, quæ est in *l.* 3. *de vsufr. adcresc.* Totiens scilicet ius adcrescendi esse, quotiens duobus, qui in solidum habuerunt rem ab initio, concursu diuiditur res; atque ita qui non concurrit, qui non capit partem, non facit etiam partem socio, id est, non impedit, quo minus habeat totum, non numeratur in partibus faciendis: Nam non capientem partem, non facere partem socio, hoc nihil est aliud, quam partem non capientis adcrescere socio. Ex l. Papia non capientis pars caduca fiebat, quæ hodie sublata est. Dixi etiam coniunctos per damnationem ab initio partes habere: Vnde sequitur, inter eos non esse ius adcrescendi, secundum definitionem Celsi, quia non concursu partes faciunt, sed habent ab initio partes factas E & adscriptas a testatore. Verum pars non capientis, non concurrentis, in hereditate remanet, vt nominatim scribit Vlpian. lib. regul. *tit. de leg.* Atque hoc casu, qui non fert, non capit partem, socio tamen partem facit, id est, non patitur, vt socius habeat totum. Et hoc ex iure antiquo, quo vtimur: Nam ex l. Papia & hoc casu non capientis pars caduca fiebat. Eadem vero ratio fuit coniunctorum verbis tantum, quæ coniunctorum re & verbis per damnationem. Nam sicut hi ab initio partes habent, qui sunt coniuncti verbis & re per damnationem: Ita qui verbis tantum sunt coniuncti non re, ab initio partes habent *d. l. re coniuncti*. Vnde sequitur inter eos non versari ius adcrescendi secundum regulam Celsi. quod etiam demonstrat lex *pen. & vlt. de vsufr. adcrescen.* Et ideo non capientis pars iure antiquo apud heredem remanet, exemplo coniunctorum re & verbis per damnationem. Hoc ita, vt supra dixi, si non testator, quos verbis tantum coniunxit, palam etiam re coniungere voluerit, quod in dubio præsumitur. Et inde quæstio nata est, *d. l. re coniuncti*, quæ fama est celeberrima, vter vtri præferatur in iure adcrescendi. Species eius hæc est: Finge testatorem ita legasse, *Primo & Secundo fundum illum do, lego. Tertio eumdem fundum do, lego.* Deficiente primo pars eius adcrescit soli Secundo, non Tertio, quia coniunctus re & verbis præfertur re tantum coniuncto, & cæteris omnibus collegatariis, & vt ait *d.* lex, *præfertur*, id est, præfertur omnimodo sine vlla distinctione, vt *l.* 1. §. *idem ait, de vsufr. adcresc. l. Sempronius* §. *vlt. de vsufr. leg.* At finge rursus, quæ species est difficilior, testatorem ita legasse pluribus eandem rem; *Primo & Secundo fundum illum do, lego, Tertio fundum eundem do lego, Quarto & Sexto eundem fundum æquis partibus do lego.* si omnes concurrant, si omnes amplectantur legatum, fient quatuor partes fundi, quia coniuncti omnes vnius personæ potestate funguntur, *l. plane, in prin. de leg.* 1. *& hac lege* §. *hoc ita tam varie*, sicut plures conditiones coniunctim datæ vnius loco habentur, *l.* 5. *de condit. instit.* Ergo in hac specie Primus & Secundus pro vno habentur. Et rursus Quintus & Sextus æque pro vno habentur: Deficiente autem Primo, proculdubio soli adcrescit Secundo, quia re & verbis coniunctus præfertur cæteris omnibus. Deficiente autem Tertio, Quartus non erit potior in portione Tertii, quæ deficit, sed portio Tertii adcrescit omnibus pro rata 1. 2. 4. 5. & 6. quia omnes Tertio sunt re coniuncti. Re enim coniunctus dicitur non tantum, qui in toto, sed & qui in parte coniunctus est, *l.* 3. §. *non solum, de vsufruct. adcresc. l.* 3. §. *pen. quibus modis vsusf. amitt.* At deficiente Quinto lex ait, quæstions esse, *an Sextus potior sit, quia ei est coniunctus verbis tantum*, id est, an præferatur cæteris collegatariis vt portionem Quinti deficientis solus capiat: & ait, quæstionis esse propter ambiguam voluntatem testatoris: denique quæstionem esse voluntatis, quia incertum est, vtrum testator, dum breuitati studet, ita dixerit, *Quinto & Sexto eundem fundum æquis partibus do lego*, an consulto consilio eos ita coniunxerit. Et in dubio verius esse ait, *vt & ipse præferatur.* Sic recte Florent. *vt & ipse*, id est, vt non tantum re & verbis coniunctus præferatur cæteris omnibus, sed etiam verbis tantum coniunctus, & eandem prærogatiuam habeat verbis tantum coniunctus, quam habent coniuncti re & verbis, quasi testator videatur non frustra eos cõiunxisse, & non celeritati studuisse in dubio, vt *l.* 66. *de hered. instit.* sed data opera eos coniunxisse, vt eodem iure essent inuicem, quo qui re & verbis coniuncti sunt. Denique ex sententia defuncti, vt habeatur pro coniunctis re & verbis. Et hæc est sententia *d. l. re coniuncti.* Neque obstat huic definitioni lex *Mæuio* 41. *de leg.* 2. ex qua efficiunt, verbis tantum coniunctum non præferri cæteris. Species eius hæc est: Testator ita dixit: *Primo fundi illius partem dimidiam, Secundo partem dimidiam do, lego, Tertio eundem fundum do, lego:* deficiente Secundo, quid fiet? An portio Secundi adcrescet Primo? Adcrescet, inquit, lex *Primo & Tertio*, quod est verissimum. & vt rem aperiam statim, Primus & Secundus non sunt coniuncti verbis: verborum coniunctio est nominum complexio, *l. triplici, de verb. signific.* Nomina Primi & Secundi in ea oratione non coniunguntur. Ergo non sunt coniuncti, sed separati, vt ait lex ipsa, partes eis fuisse legatas separatim, id est, separata oratione: Nam in illa oratione, *Primo illius fundi partem dimidiã*, subauditur, verbum per Zeugma, *do lego*, ac perinde est,

est, ac si dixisset, *Primo illius fundi partem do, lego. Secundo eiusdem fundi partem dimidiam do, lego, Tertio eundem fundum do, lego.* Sunt igitur omnes re coniuncti: Nam & qui in partem coniunctus est, etiam coniunctus est re. Et ideo portio Secundi quæ deficit adcrescit Primo & Tertio pro rata, id est, ita vt Tertius in fundo habeat duas partes, Primus vnam, quia quemadmodum in legato Tertius altero tanto plus habet, quã Primus: Ita in portione Secundi, quæ adcrescit, eadem ratio seruanda est. si omnes concurrerent, Primus, Secundus, Tertius, Tertio daretur dimidia pars fundi, altera dimidia diuideretur inter Primum & Secundum: Nam Primus & Secundus sunt re coniuncti propter Tertium, qui nullo modo essent coniuncti, non adiecto Tertio, vt si ita legasset, *Primo illius fundi partem dimidiam, Secundo partem dimiam do, lego.* Primus & Secundus in hac specie nec re, nec verbis sunt coniuncti, quia nec nominum connexus eos coniungit, nec in eandem partem dimidiam vocãtur, sed Primus in vnam, Secundus in alteram dimidiam. Et consequenter inter eos non est ius adcrescendi, & si deficiat portio Secundi, ea remanebit in hereditate, non etiam adcrescet & Primo. Et similiter retenta specie eadem l. *Maeuio*, deficiente Secundo & Tertio, Primo qui superest, nihil adcrescit, quia testator non plus dimidiã ei dari voluit. Et ius adcrescendi non facit, vt quis plus habeat, quam testator dare voluerit, sed ne minus habeat, quia iis tantum competit ius adcrescendi, qui ab initio solidum habent, & excessu tantum interueniente locum habet, id est, quoties quis excessit assem. At non excessit assem, qui vni adscripsit partem dimidiam, & alteri alteram dimidiam. Vnde, vt ponatur noua species rei dilucidandæ gratia, si testator ita dixerit: *Primo fundi partem dimidiam, Secundo dimidiam, Tertio dimidiam do, lego,* qua in re est excessus: Nam duæ tantum dimidiæ sunt cuiusque rei, non tres. Igitur inter eos tres collegatarios est ius adcrescendi, quia excessus eis adcrescit pro rata, si concurrant omnes, vel deficiente Primo aut Secundo, aut vno ex iis, excessus adcrescit cæteris duobus: Deficiente autem Primo & Secundo, Tertio nihil adcrescit, ne habeat plus, quam dimidiam fundi contra voluntatem defuncti. Nam ius adcrescendi manat ex voluntate defuncti, qui singulos voluit habere solidum non concurrentibus cæteris, partes æquas concurrentibus cæteris. Hæc voluntas inducit ius adcrescendi. Dixi postremo disiunctos, quoquo genere eis legatum sit, ex hac constitutione concursu partes facere, vnde sequitur inter eos ius esse adcrescendi, quod iure antiquo & l. Papia tantum erat inter disiunctos per vindicationem: Nam singulis, qui disiuncti essent per damnationem, solidum debebatur, vni res, alteri æstimatio siue pretium, quod hæc constitutio tollit cum hac exceptione, nisi apertissime appareat testatorem singulis solidum dare voluisse. Vnde quæro, cur ex lege Papia erat ius adcrescendi inter disiunctos per vindicationem, non inter coniunctos, sed non capientis pars caduca fiebat? Et ratio hæc est summe notanda, quia singulis, qui disiuncti sunt maxime per vindicationem, solidum ab initio palam legatur hoc modo: *Primo illum fundum do, lego, Secundo eundem fundum do, lego.* Et ius adcrescendi nihil aliud est, quam retentio solidi non concurrente collegatario. Coniunctis autem hoc modo, *Illi & illi fundum illum do, lego*, singulis tacite, non palam solidum, id est, totus fundus legatur: ideoque non habet locum ius adcrescendi: aut non concurrente collegatario, solidi, quod palam iis relictum non erat, non habebant retentionem, sed portio non concurrentis caduca fiebat. Et hæc ratio diuersitatis efficit etiam hodie, vt restituto iure antiquo, coniuncto non adcrescat inuito, id est, vt inuitus non retineat solidum, quod palam ei relictum non est: disiuncto autẽ adcrescat inuito in §. *sin vero non omnes*, & §. *vbi autem* l. 1. vt inuitus retineat solidum,

Cod.

A quod palam ei relictum est, quia vnum legatum scindi non potest, *l. 4. & 6. de leg. 2.* Et qui vnius legati partem capit, totum capit, & adquirit etiam inuitus *l. si cui res 50. eod.* Et ab herede ad legatarium peruenit exemplum, Paulus *Sententiar. III. tit. de leg.* §. *eius rei*, vt quemadmodum hereditas non potest scindi, seu pro parte adiri, pro parte repudiari, §. *in his itaque, hac l. & l. 7. & 12.* §. *ex testa. de bonis liber.* Ita nec legatũ scindi potest, quia scindere legatum est fastidire iudiciũ defuncti dum partẽ honoris delati a defuncto respuis, partẽ amplecteris, *c'est estre trop delicat*: nã quos vulgus vocat delicatos, non aliter Latine dicere possumus, quã fastidiosos. i. qui respuunt cibos. Et hoc est, quod initio huius partis posterioris proponit Iustin. hereditatem ab herede scindi non posse. Quare hic locus exigit, vt deinceps ex ordine, quem instituit Iustinian. omnia nos exponamus, quæ
B is in posteriore parte tractat de heredibus coniunctis, deinde de fideicommissariis, & legataris coniunctis: quæ nos persequemur sigillatim.

Ad §. Vbi autem legatarii.

Vbi autem legatarij vel fideicommissarij duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit: si quidem hoc cõiunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum, & pro sua portione quisque hoc habeat. Si vero pars quædam ex his deficiat: sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere: vel si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est. Cum vero quidam voluerint, quidam noluerint: volenti-
C *bus solummodo id totum accedere. Sin autem disiunctim fuerit relictum: si quidem omnes hoc accipere & potuerint & maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat: & non sibi blandiantur, vt vnus quidem rem, alij autem singuli solidam eius rei æstimationem accipere desiderent: cum huiusmodi legatariorum auaritiam antiquitas varia mente susceperit, in vno tantummodo genere legati eam accipiens, in aliis respuendam esse existimans. Nos autem omnimodo repellimus, vnam omnibus naturam legatis & fideicommissis imponentes, & antiquam dissonantiam in vnam trahentes concordiam. Hoc autem ita fieri sancimus, nisi testator apertissime & expressim disposuerit, vt vni quidem res solida, aliis autem æstimatio rei singulis in solidum præstetur. Sin vero non omnes legatarij, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant,*
D *sed vnus forte eam accipiat, hæc solida eius sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum adsignare videtur, aliis superuenientibus partes a priore abstrahentibus, vt ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat, vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quæ deficit, nec alij adcrescit, vt eius, qui primus accepit legatum augere videatur: sed apud ipsum qui habet, solida remaneat, nullius concursu deminuta. Et ideo si onus fuerit in persona eius, apud quem remanet legatum adscriptum: hoc omnimodo impleat, vt voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum: hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum tantum legatum imminutum habet. Sed & varietatis non in occulto sit ratio: cum ideo videatur testator dis-*
E *iunctim hoc reliquisse, vt vnusquisque suum onus, non alienum agnoscat. Nam si contrarium volebat, nulla erit difficultas coniunctim ea disponere.*

IVstinian. diuidit in heredes & legatarios tractatum de coniunctis & disiunctis, & in heredibus sic distinguit: aut omnes heredes coniunctim instituti sunt vel substituti, hoc modo, *Ille & ille, & ille, heredes sunto*: aut omnes disiunctim instituti vel substituti, vt *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius heres esto*, aut quidam coniunctim heredes instituti sunt vel substituti, quidam disiunctim hoc modo, *Primus heres esto Secundus heres esto, Tertius & Quartus heredes sunto.* Hæc est

Rr

distinctio Iustiniani. Si omnes, coniunctim aut disiun- A ctim nihil refert, heredes instituti vel substituti sunt, ita constituit, & notanda definitio breuis constitutionis Iustin. portionem coheredis, quæ repudiatur, vel quæ deficit ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat, vel in causa caduci iure ciuili, id est, ex duodecim tabulis, iure antiquo, iure ipso, iure tacito, pro portionibus hereditariis adcrescere cum onere suo coheredi vel coheredibus, qui portiones suas agnouerunt, vel heredib. eorum. Dixi portionem, quæ repudiatur vel quæ deficit ex ea causa, &c. quia portio, quæ pro non scripta habetur, coheredi adcrescit sine onere. Neque huic definitioni locus est in iis, quæ pro non scriptis habentur, exceptis duobus casibus duntaxat, vt ostendit in §. *in primo, h. tit. Dixi, qui portiones suas agnouerunt.* Nam portio portioni adcrescit, adiungiturque; ergo ei tantum adcrescit qui portionem suam agnouit. Et excipe tantum casum B vsusf. quia vsusf-personæ adcrescit, non portioni, *l. interdum, de vsuf. adcresc. l. si Titio* §. *vlt. de vsuf. leg. l. & ad eandem* §. *qui cum partem, ff. de except. rei indic.* Quod autem dixi, *cum suo onere adcrescere coheredi portionem coheredis vacantem*, verum est, non tantum si portio deficiat ex ea causa, ex qua l. Papia caduca fiebat; nam quæ ita deficit, vel iure antiquo, pertinet ad coniunctum, vel lege Papia ad fiscum cum suo onere. Verum idem etiam est in ea portione, quæ repudiatur, vt licet nominatim ei, qui portionem repudiauit, sit iniunctum onus legati, portio eius adcrescat coheredi cum suo onere, ex constitutione D. Seueri, *l. mortuo* §. *vlt. l. si Titio & Mæuio* §. *vlt. de leg. 2.* Ante constitutionem Seueri, qui scripserunt Iulianus & Celsus, recte dicebant, portio- C nem repudiatā, cui nominatim impositum fuisset onus, pertinere ad coheredem sine onere, quod alii heredi, qui repudiauit, fuerat nominatim iniunctum, *l. pater* §. *vlt. de leg. 2.* Sed hoc, vt dixi, mutauit constitutio Seueri. Dixi etiam, *vel heredibus eorum*, vt intelligamus ius adcrescendi transmitti in heredem, in quem transmissa est portio hereditatis agnitæ ante aditionem. Et hoc distat ius adcrescendi a iure substitutionis, quia hoc non transmittitur, nisi post aditam ex substitutione hereditatem, *l. si ex pluribus, de suis & legit. hered. l. hac scriptura* §. *vlt. de condit. & demonstrat.* Ratio differentiæ est, quia substitutio, quæ nondum competit, in bonis nostris non est, *l. substitut. de acq. rer. domin.* Quod autem adcrescit, in bonis nostris esse videtur, etiam antequam adcreuerit, quasi ab initio solido nobis relicto. D Itemque substitutio substituti personæ cohæret. Portio proprietatis portioni adcrescit, non personæ, sicut alluuio, vt ait *d l. si Titio* §. *vlt. de vsufr.* quæ recte comparat ius adcrescendi alluuioni. quia & alluuio est ius adcrescendi, quod tamen non a iure ciuili, de quo heic tractamus, sed a iure gentium venit. Alluuio est ius adcrescendi, cum definiatur esse incrementum latens, quod non videatur antequam accesserit, vt arboris quoque est incrementum latens, & cuiuscunque corporis naturalis. Horat. *Crescit occulto velut arbor æuo, fama Marcelli.* Præterea dixi initio, coheredi portionem coheredis adcrescere tacito iure, quod etiam proponitur in *l. testamento, sup. de impub. & aliis subst. l. si quis heres, l. qui ex duabus* §. *vlt. l. seruus communis, de acquir. hered.* E Et portio hereditatis, quæ deficit, si coheredi adcrescit inuito, ergo & ignoranti ipso iure, *l. heredi cum postumo, d. tit.* Vt suus heres, quia inuitus heres existit, & ignorans igitur. Hæc sunt consequentia, inuito quid obuenire, & ignoranti. Ideo autem portio hereditatis adcrescit inuito, quia hereditas pro parte scindi non potest, vt scilicet pars habeatur iure testati, pars intestati, si testator fuerit paganus, non miles: sed aut tota habenda est iure testati, aut tota intestati, non diuiso iure. Ergo non potes partem hereditatis amplecti, quin & te inuitum reliqua pars sequatur. *M. Tull. de inuent. vnius pecuniæ*, inquit, *plures dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec vnquam factum est*, inquit, *vt alius testamento, alius lege heres esset.* Et hæc si omnes coniunctim vel disiunctim instituti vel substituti sint. Sin autem quidam coniunctim instituti vel substituti, & quidam disiunctim, & vnus ex coniunctis deficiat, portio eius non omnibus coheredibus adcrescit, sed reliquis tantum, qui coniuncti sunt cum suo onere, pro hereditariis portionibus. Coniuncti præferuntur disiunctis, quia coniuncti quod adcrescit quasi suum occupāt, & ea ratione disiunctos repellunt. Sin autem vnus ex disiunctis deficiat, portio eius adcrescit omnibus heredib. cum suo onere, qui eodem testamento instituti vel substituti sunt pro hereditariis portionibus, *l. heredes, l. liber* §. *cum quis D. de her. inst. l. quidam, sup. de iure delib.* quam constitutionem intellexit Iustin. in §. *his ita definitis*, dum ait, idem fuisse constitutum in suis decisionibus, ne scilicet hereditas pro parte scindatur, nimirum in *d. l. quidam.* Ideo autem portio disiuncti, quæ deficit, omnibus adcrescit, vt in hac specie, *Primus heres esto, Secundus heres esto, Tertius & Quartus heredes sunto.* Portio Primi si deficiat adcrescit omnib. heredib. Portio autē Tertii si deficiat soli Quarto adcrescit, videl. vt posui, ita concepta institut. heredum quatuor. Primus heres esto: Secundus heres esto: Tertius & Quartus heredes sunto. Et ita omnino debet poni species, vt omnes heredes sint instituti sine partibus: Nec n. vllæ partes eis sunt adscriptæ, & ideo deficiente Primo, vel Secūdo, omnib. adcrescit, deficiente Tertio vel Quarto, soli coniuncto, non omnib. videlicet cum proponuntur omnes scripti sine partib. & hæc est ratio, quia disiuncti quod adcrescit quasi alienū occupant. Igitur non debent quod alienū est, sibi soli vindicare, sed in eo admittere reliquos coheredes. Et hæc ratio redditur in §. *hoc ita tam.* quem non immerito obiicies §. *sin autem disiunctim h. t.* In quo dicitur, disiūctos solidū accipere quasi suū, deficiente aliquo ex disiunctis, quod est verū, quia disiuncto ab initio solidū palam relinquitur. Et verum quidem est, eum deficientib. collegis solidum capere quasi suum, sed cum concurrunt alii collegæ, vel socii, vel coheredes, solidum nō possūt accipere quasi suum, sed id quod deficit debent communicare omnib. coniunctis in totum, vel in partem. Id notandum, quod dixi, huic sententiæ locū esse, cum omnes coheredes proponuntur scripti sine partib. partim coniunctim, partim disiunctim: Nam, si quidam scripti sunt disiunctim ex partibus, quidam sine partib. coniunctim hoc modo, *Primus ex quadrante heres esto, Secundus ex triente, Tertius & Quartus heredes sunto*, deficiente Primo, vel Secūdo, sine dubio accrescit omnib. pro hereditariis portionibus cū suo onere, deficiente quoque Tertio accrescit omnib. nō soli Quarto, & deficiente Quarto, non soli Tertio, sed omnibus *l. item quod qui* §. *1. de hered. instit.* Ratio est, quia Tertius Quarto cōiunctus est nudo sermone tantū, & nudis verbis, quę cōiunctio nullius momenti est, nisi & in eandē rem vocentur & iungantur. Atqui Tertius & Quartus non vocantur in rem certam, i. in partem certam, quia sine partibus scribuntur. Non ergo sunt coniuncti, qui sine re scribuntur .i. sine parte. Cum alii ex parte scripti sunt, quod attinet ad ius adcrescendi, portio Tertii non soli Quarto, sed omnib. adcrescit. In legatariis autem & fideicom. ita distinguit: aut coniunctim duobus, aut pluribus eadem res relicta est, aut disiunctim: Si disiunctim, portio, quæ deficit, remanet apud eum qui agnouit suam partem, potius, quam adcrescit, quia singuli ab initio solidum habuerūt, solidum ergo retinet suo iure, nullo concurrente, qui solus agnoscit legatum. Si coniunctim fuerit eadem res pluribus legata, pars quæ repudiatur adcrescit coniunctis, si modo partem deficientem amplecti volunt, non etiam inuitis, & adcrescit pro parte virili, vt ait §. *vbi autem, hoc tit.* Sed rectius *l. Mæuio, de leg. 2.* pro portione legati adcrescere dicit. Igitur *in* §. *vbi autem* pro virili portione, videlicet si viriles habent in legato .i. æquas

&

& personales partes: sin æquales, pro virili, pro ratione legati cuiusque, *d. l. Maeuio*. Nam & virilis nomine rata significatur, id est, τὸ ἀνάλογον, §. *vlt. Instit. de inoffic. test. l. 1. sup. vnde lib.* Et ita virilem portionem accipere oportet in §. *sed vt manifestetur, hoc tit.* vt ibi recte Accursius; vt quemadmodum heredibus inter se pro partibus hereditariis adcrescit, ita etiam adcrescat collegatariis pro portione legati: nec sit in hac re vlla differentia inter heredes & collegatarios, inter quos inuenio tantum tres esse differentias hac in re. Prima est: coheredi coniuncto vel disiuncto adcrescit inuito, quia scilicet iuris potestate singuli heredes, etiamsi disiuncti sint, in assem vocantur ab initio, propterea quod as scindi non potest, adeo vt qui sunt disiuncti, videantur coniuncti esse. Coniuncto autem legatario non adcrescit inuito, sed volenti tantum, disiuncto adcrescit inuito. Et rationem reddidi in fine sup. recitationis. Secunda hæc est: Heredi coniuncto vel disiuncto adcrescit cum onere. Coniuncto legatario etiam adcrescit cum onere, disiuncto autem sine onere, id est, sine onere vllo legati aut fideicommissi, quod relictum est ab eo, cuius portio deficit, non etiam sine onere, vt etiam hic Iustin. declarat, quod relictū est ab eo nominatim, cui adcrescit deficiens portio. Ratio differentiæ inter coniunctum & disiunctum legatarium hæc est, quia disiuncto solidum legatur ab initio propalam. Suum ergo legatum capit, non alienum. igitur id tantum onus subit, quod suo impositum est, non alieno. Denique portio deficiens ei adcrescit sine onere illo, quod iniunctum fuit ei, qui deficit. Coniunctus autem alienum legatum capere videtur, quia ei palam solidum relictum non est. Et proinde dicimus coniuncto proprie adcrescere, id est, coniuncti portionem augeri deficiente coniuncto, disiuncto autem non decrescere potius, quam adcrescere, id est, disiuncti portionem non minui concursu potius, quam augeri. Et secundum hanc distinctionem inter coniunctum & disiunctum legatarium est accipiendum quod dictum est in §. *pro secundo*, & §. *ne autem, sup.* portionem deficientem pertinere ad coniunctum cum onere, coniuncti nomine proprie accepto vt dixi semper esse accipiendum in hoc tit. & in omni iure. & eadem distinctio adhibetur non tantum in onere legati vel fideicommissi præstandi, sed etiam in onere conditionis, *l. si separatim*, quæ est de disiunctis, *l. si quis legata* §. *fin.* quæ est de coniunctis, *ff. de condit. & demonst.* Tertia differentia est: Pars coheredis quæ deficit, semper coheredi adcrescit. Pars collegatarii, quæ deficit, etiam collegatario adcrescit, si sint disiuncti ex hac constitutione sublata differentia inter legatum per damnationem, & per vindicationem. Nam pars collegatarii, quæ deficit, collegatario adcrescit, si sint coniuncti per vindicationem, *l. si duobus* §. *vlt. l. liberatum* §. 1. *& l. plane* §. *si duobus, de leg. 1. l. si seruo sub conditione, de statulib.* Sed si sint coniuncti per damnationem, pars, quæ deficit, non adcrescit collegatario, sed remanet apud heredem. Ita accipienda est *d. l. si duobus, & lex plane si coniunctim, de legatis 17. de leg. 2.* Nec inuenio hanc differentiam esse sublatam, quæ est inter legatum per damnationem, & legatum per vindicationem. Atque ita explicitus est tractatus de coniunctis & disiunctis qui cœpit a §. *his ita definitis*, vsque ad §. *quæ autem antiquis.*

Ad §. quæ autem antiquis. 12.

Quæ autem antiquis legibus dicta sunt, de his, quæ vt indignis auferuntur, & nos simili modo intacta seruamus: siue in nostrum fiscum, siue in alias personas perueniant. 13. §. Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hereditatem non adierit; hanc. si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit & potuerit, peruenire. Quod si hoc non
Cod.

A *sit, vel ab intestato successores eam si suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad nostrum ærarium deuoluatur. 14. §. Hæc autem omnia locum habere censemus, tam in testamentis, siue in scriptis, siue sine scriptis habitis, quam in codicillis, & omni vltimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causa donationibus. Tantum enim nobis superest clementiæ, quod scientes etiam fiscum nostrum vltimum ad caducorum vindicationem vocari, tamen nec illi pepercimus, nec Augustum priuilegium exercemus: sed quod communiter omnibus prodest: hoc rei priuatæ nostræ vtilitati præferendum esse censemus, nostrum esse proprium subiectorum commodum imperialiter existimantes.*

IVstinianus postquam egit de iis, quæ testamento vel codicillis ab intestato, vel testamento factis relin-
B quuntur, & quocunque alio vltimo iudicio, siue hereditates sint siue legata, siue fideicomm. aut donationes causa mortis, si deficiant post testamentum vel vltimam voluntatem viuo testatore, vel post mortem eius ante apertas tabul. testamenti, vltimiue iudicii cuiuscunque: postquam, inquam, ea lege Papia caducaria derogata, definiuit caduca non fieri, sed in hereditate remanere, vel ad coniunctos aut disiunctos, modo cum suis oneribus, modo sine onerib. pertinere: Nunc in hoc docet, ea tantum caduca fieri, quæ vt indignis auferu[ntur], quæ Vlp. in tit. *de dominiis lib. reg.* scribit appella[ri e]reptoria, quod ea iure tenenti eripiat fiscus. Et scribit etiam, ea eripi ex *l. Papia*, vt recte dixerim ante Iustin. *l. Papiam*, caducariam non abrogasse penitus. Nam derogauit *l. Papiæ* in iis tantum quæ deficiunt ante mortem te-
C statoris, vel ante apertas tabulas, non etiam in iis, quæ non deficiunt quidem vlla ex causa iure ipso, sed vt indignis auferuntur. Hæc enim plerumque caduca fiunt etiam hodie, id est, recidunt in fiscum cum cum suis oneribus ex l. Papia, exceptis certis casibus, quibus ea, quæ vt indignis, non ad fiscum, sed ad alias personas deuoluuntur, vt in casibus, *l. 5. & l. pen. sup. de legat.* Et in casu, *l. si ex voluntate, sup. de donat. inter vir. & vxor.* Est etiam casus in *l. si patroni* §. *qui fideicommissa, ad SC. Treb. D.* Item alius in *l. ab hostibus* §. *vlt. solut. matrim.* & alius in *l. 5.* §. *amittere, D. de his, quibus vt indig.* & alius in *Nou. 115.* In qui-
D bus perscrutandis suadeo, vt vos exerceatis. Non abrogat etiam Iustinianus hac constitutione, vt dixi in §. *cum autem*, l. caducariam, ex qua scilicet bona vacantia, id est, bona quæ Græci vocant ἀδέσποτα, *qui n'ont point de maistre*, & ἀκληρονόμητα, id est, bona eius, qui vita decessit nullo relicto successore testamentario vel honorario, vel legitimo, quæ populo deferuntur. vt ait Vlpianus, lib. regul. tit. *de possess. dandis, & l. quidam* §. *quoties, de leg. 1.* Et Cornelius Tacitus 3. *annal. populum velut parentem omnium vacantia tenere.* Hodie vacantia fisco siue principi deferuntur æque, vt parenti omnium, vt constat ex tit. *de bon. vacant. lib. 10.* Et Strabo *lib. 17.* ἀδέσποτα πίπτειν εἰς Καίσαρα. Et inde *lib. Sententiarum Pauli tit. de iure fisci & populi*, Inde libri Callistrati, *de iure fisci & populi*, vt in inscriptione *l. 1. de bonis damnat.* Et Lampridius in Alexandro: *leges de iure fisci & populi moderatas & infinitas sanxit.* Et ius omne
E populi translatum est in Principem. Populi fuit leges ferre & perferre, *l. de quibus, D. de legib.* hodie est Principis, *l. vlt. sup. de legib.* Populus creauit magistratus, hodie Princeps, *l. 1, ad l. Iul. de amb.* Populus indixit bella, *l. hostes, de verb. signif.* hodie Princeps solus, *l. 4. C. ad l. Iul. Maiest.* Adoptio apud populum fiebat, *l. 1. & 22. inf de adoption.* hodie apud Principem solum. Populus a magistratu appellabatur, hodie Princeps, *l. 1. D. a quibus appell. non liceat.* Bona vacantia populo deferebantur, hodie Principi. Atque ita hæc constitutio duobus casibus admittit caduca, si qua auferantur vt indignis, & si qua sint vacantia. Et hoc posteriori casu non aliter admittitur Princeps, quam si deficiant

omnes intestati gradus, qui sunt quatuor. Primum enim si quis decesserit sine testamento, sui vocantur, Secundo legitimi, id est, agnati, Tertio proximi cognati, deinde vir & vxor, *l. 1. quis ord. in bon. poss. seru. post eos omnes est princeps, siue fiscus.* Cassiodorus in formula Comit. priuatorum; *Caduca*, inquit, *bona: non sinis esse vacantia, ita quod vsurpatio potuit inuadere, tu fiscum nostrum facis iustis compendiis obtinere. Proximos defunctorum nobis legaliter anteponis, quia in hoc casu persona Principis post omnes est. Et lib. 9. idem Cassiodorus ad Comitem Syracus.* hoc illi esse commissum, vt fisci titulo nomine caduci vindicet bona peregrinorum, quod nullus eis possit esse testamentarius vel heres legitimus: quo iure vtimur hodie in nostro regno, vt si peregrini non sunt a rege donati ciuitate, quod beneficium tollit peregrinitatem, *il les naturalise*, nullum in bonis suis possint habere successorem testamentarium, vel legitimum alium quam fiscum. Et hi peregrini in idiotismo dicuntur aduenæ: Vnde certe deducitur vox vulgaris, *Aubain.* Postremo hac constitutione declarat Iust. se velle constitutioni locum esse in futurum, non in præteritum. Nam quæ ante hanc constit. acta sunt secundum l. Papiam, ea vult esse rata, & vt ait, suo Marte discurrere, vbi malim decurrere, *vt l. 1. sup. ne liceat potent.* quod alibi est sua natura decurrere. Et sane hoc distat lex a iudice, vt docet. *Cic in partitio.* quod iudex de præteritis, lex de futuris statuat *l. 7. de legib. l. pen. C. Th. de hæret. l. cum vix, de legib.* Quod etiam in antiquis legibus exprimi solebat, vt in *l. Falcidia, post hanc legem rogatam l. 1. ad l. Falc. Cic. in prætura vrbana: de iure ciuili*, inquit, *si quis noui quid instituit, omnia, quæ anteacta sunt, rata esse patitur. Cedo mihi leges Attinias, Furias, Fusias* (sic loquitur,) *cedo legem Voconiam: omnes præterea de iure ciu. hoc reperies in omnibus statui ius, quo post eam legem populus vtatur. post hanc l. rogatam.* Plato in Theæteto. ὅταν νομοθετοῦμεν, τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον. *cum legem ferimus, in futurum ferimus tempus*: Et Demosthenes in Timocratem: ἔγωγε ᾤμην δεῖν τὸν νομοθετοῦντα περὶ τῶν μελλόντων ἔσεσθαι. τὸ δὲ περὶ τῶν γεγονότων πραγμάτων νόμους γράφειν οὐ νομοθετεῖν ἐστιν, ἀλλὰ τοὺς ἀδικοῦντας σώζειν. *Ego existimo eum, qui legem fert, eam debere ferre de futuris. Nam legem ferre de præteritis, non est legem ferre, sed nocentes seruare.*

AD TITVLVM LII.

De his, qui ante apertas tabulas hereditatem transmittunt.

Non aliam ob causam datur hic titulus quam quod constitutionis in eo expositæ, Iust. fecit mentionem, §. *in nouiss. tit. prox.* vbi exposita est eius sententia.

AD TITVLVM LIII.

Quando dies legati vel fideicommissi cedat.

Hunc etiam titulum non aliam ob causam dat, quam vt quod dixit in tit. *de caduc. toll. §. in nouissimo, & seq. de cessione diei legatorum aut fideicommissorum*, id confirmet ex veteribus constitutionibus, *& l. 1. hoc tit.* est de annuis legatis, quæ scilicet relinquuntur priuato homini: Nam annua, quæ Reipub. relinquuntur vel ecclesiis, perpetua sunt, quæ priuato, morte eius finiuntur. & quod ait, *d. l. 1.* initio cuiusque anni annua legata peti posse, intelligo, vt & ab heredibus legatarii peti possint, quia post mortem testatoris initio cuiusque anni eorum legatorum dies cedit, & cœpti cuiusque anni legatum si modo initio eius vixerit legatarius, transmittitur in heredem legatarii. & hoc est quod ait *l. 4. de annuis leg.* annuo legato relicto, vel quod idem est, legato relicto in annos singulos plura esse legata, primi anni purum, sequentium annorum conditionalia: hanc enim inesse conditionem legatis sequentium annorum si viuat legatarius, vnum esse legatum purum, multa esse conditionalia: & ideo mortuo legatario ante inchoatum annum sequentis anni legatum non transire in heredem *l. 5. & l. in singulos, de ann. leg. l. 10. 11. & 12. quando dies legat. l. 1. §. si annos, ff. ad l. Falcid. l. 45. sup. de Episc. & Clericis.* Nec obstat *l. si in annos, de cond. & demonstrat.* quæ dicit legatum relictum in annos decem non deberi initio cuiusque anni, sed nouissimo die annorũ decem: Nam quid debemus respondere satis perspicuum est. In eius l. specie testator non legauit in annos singulos, sed legauit certam summam in annos decem, completos scilicet, & recte certam summam pecuniæ: Nam si vsumfruct. legauerit vel operas in annos decem, intelligimus deberi initio cuiusque anni, quia hæc sua natura diuiduntur in annos, dies, vel menses, nec vnica præstatione funguntur, vt certæ pecuniæ summa, *l. quæsitum, ff. de vsufr.* ex aliis legibus huius tit. intelligimus in heredem legati aut fideicom. petitionem ita demum transmitti, si dies eius cesserit, quod vtique fit a morte testatoris, si legatum sit purum, vel in diem certum, vel a tempore impletæ conditionis, si sit conditionale, vel in diem incertum, qui & aliquo casu cedere non possit, nec exigit scientiam, vel agnitionem legatarii. Legatum non agnitum trãsmittitur in heredem, si modo dies eius cesserit; hereditas non adita non transmittitur. Nec traditionem rei legatæ exigi, nec aditionem hereditatis, *l. 3. & vlt. hoc tit.* Et in l. 3. vellem veterem scripturam retineri, quæ permansit in omnibus libris antiquis, *cui legatum vel fideicommissum delegatum erat*, vt apud Egesipp. lib. 2. *Salome delegatum seruauit*, id est, quod ei Herodes reliquerat. notandum est etiam in *l. 4. hoc tit.* vestigium iuris antiqui, quo vxori non habenti solidi capacitatem ex testamento viri vel contra, præter decimam partem bonorum matrimonii, licebat etiam legare vsumfructum tertiæ partis bonorum, & cum liberos haberet, eiusdem partis proprietatem, *l. Lucius §. maritus, ad SC. Trebell.* Vlpian. lib. reg. *tit. de decimis: Vir & vxor*, inquit, *præter decimam etiam vsumfructum tertiæ partis bonorum capere possunt. Et quandoque*, sic est in originali, *non quotcunque, liberos habuerit, eiusdem partis proprietatem.* Nota etiam ex *l. pen. h. tit.* legatum ita relictum, *cum ad legitimum statum peruenerit*, non esse conditionale: Mora enim suspendi, non conditione, & longa est differentia inter moram & conditionem, *l. 1. de leg. 2. l. heres 49. de condit. & dem. l. quod pure, quando dies leg. & legitimum statum* vocat *l. pen.* quod Græci vocant ἀκμὴν, id est, *ætatem iustam ætatem 25.* annorum *l. cum pater §. curatoris, de leg. 2.* qui & *virilis vigor* dicitur in *l. 1. ff. de min.* ad differentiam vigoris pubentis, *l. 4. sup. qui test. fac. poss.* Itaque post mortem testatoris mortuo eo, cui ita legatum est: *cum ad virilem ætatem peruenerit*, ante impletum 25. annum, legati petitio in heredem eius transmittitur, scilicet vt eo tempore solutio fiat, quo legatarius, si rebus humanis subtractus non fuisset, 25. annum impleuisset. Neque obstat huic legi *l. si Tit. ff. eod. tit.* & pleræque aliæ similes in quibus vt recte Ioannes docuit, ab initio legati conditio inijcitur hoc modo: *Illi cum erit annorum tot, do, lego*, legatum est conditionale. in hac autem lege ab initio pure legauit hoc modo, *illi decem do lego*, deinde solutionis diem adiecit hoc modo, quam pecuniam accipere debebit, *cum ad statum legitimum peruenerit.*

AD



AD TITVLVM LIV.

Vt in possessionem legatorum vel fideicommissorum seruandorum causa mittatur, & quando satisdari debeat.

Restat vt dicamus de satisdatione *legatorum vel fideicommissorum seruandorum causa*, maxime eorum, quæ sub conditione, vel in diem relicta sunt, quam satisdationem heres legatariis, vel fideicommissariis postulantibus, qui legatum vel fideicom. sperant, præstare debet. Postulant eam legatarii a prætore vel præside sedente pro tribunali tanquam actionem. Est enim prætoria cautio, vt prætor heredem iubeat cauere legatorum vel fideicomissorū nomine. Formula cautionis hæc est: *Quod mihi ex testamento vel codicillis L. Titii dari oportet, vel fieri, id quibus diebus dari fierique L. Titius voluit, iisdem dari fieriue, aut quanti ea res est, tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei promissionique abesse absuturumque esse spondes ne?* stipulatur legatarius, promittit heres a quo legatum relictum est, ad promittit fideiussor, quem dare heres debet: nam hæc cautio non est nuda cautio, sed satisdatio. Herede autem non obtemperante iusso prætoris, non cauente legati nomine, legatarius ex edicto Prætoris mittitur in possess. omnium rerum quæ in causa hereditaria sunt doloue malo heredis esse desierunt, *l. 6. hoc tit. l. 1. quibus ex causis in poss. eatur, l. fundus, de ann. leg.* quo genere pignus prætorium constituitur, id est missio in possessionem earum rerum, quæ fit ex edicto prætoris, eas res pignoris iure facit vt teneat legatarius, *l. 4. & 5. h. t.* non iure proprietatis, aut possessionis: Nam per hanc missionem in possessionem rerum hereditariarum legatarius neque rerum proprietatem nanciscitur, neque tam possessionem, quam custodiam perpetuam, vt simul cum herede possideat, & saltem tædio perpetuæ custodiæ heredi extorqueat cautionem legati, *l. 3. §. vlt. & l. 10. de acq. poss. l. cum legatorum, ff. ex quib. causis in poss. eatur, l. 5. §. 1. vt in poss. legat.* Et fit etiam vno casu ex constitutione Antonini missio in res heredis proprias, videlicet si post sex menses, quo legatarius adiuit prætorem vel præsidem, heres neque satisdederit, neque legato satisfecerit, *l. 6. h. t. l. 5. l. Imperator, ff. eod.* Et in id quod est in rub. *& quando satisdari debeat*, notandum est statim post mortem testatoris vel aditam hereditatem postulanti legatario satisdari debere, etiamsi nondum dies legati cesserit, ne qua arte heredis interim forte depereat legatum, modo de eo constet, id relictum esse, licet de iure eius non constet. Qua de re prætor a quo postulatur satisdatio, cognoscit summatim, & παχυμερῶς, non subtiliter, vt ait *l. 1. hoc tit.* quæ est rescriptum D. Pii quod citatur in hanc rem *l. 3. §. 1. ff. eod. l. hæc stipulatio, §. vlt. ff. vt legat. nom.* Hæc sunt opposita *subtiliter, & summatim*. Ita vero demum præstanda est hæc satisdatio, si a testatore remissa non fuerit, si testator non vetuerit eam ab herede exigi. remitti potest quocunque indicio voluntatis ex constit. Marci & Commodi in *l. 2. h. tit.* cuius fit sæpe mentio in Pandect. Idemque confirmat *l. 4. & 7. hoc tit.* ante eam constitutionem testator non potuit prohibere hanc cautionem, quia vt ait *l. nemo, de leg. 1. nemo potest cauere ne leges vel constitutiones vel edicta in suo testamento locum habeant.* Qua ratione etiam ante Nouellam const. Iustiniani. testator non potuit cauere, ne lex Falcidia induceretur in legatis, & hodie etiam quia deficit constitutio, quæ hoc permittat, non potest testator vetare, ne, quæ etiam ex edicto prætoris a fructuario præstanda est, cautio præstetur, se boni viri arbitratu vsurū fruiturum & quandoque amisso, vel finito vsufructu rei possessionē heredi aut proprietario restituturū *l. pen. h. tit.* Et similiter non potest a testatore remitti cautio Senatusconsulti de vsuf. earum rerum, quæ in abusu sunt, veluti de pecuniæ vsuf. quandoque mortuo vsufructuario aut capite deminuto tantam pecuniam redditu iri. *l. 1. sup. de vsuf. l. 8. ff. de vsuf. earum rerum quæ vsu, &c.* quia nisi lex specialis hoc testatori permiserit, non potest ipse cauere, ne in suo testamento leges, constitutiones, Senatusconsulta, edicta, locum habeant, *d. l. nemo* Et vt eleganter ait *Quintilianus in declamat.* Potentius est quod in albo lego, quam quod in testamento. Bene est, perueni ad finem huius materiæ de successione ciuili, & iis quæ testamento, vel codicillis relinquuntur. Sequitur materia de successione ab intestato.



AD TITVLVM LV.

De suis & legitimis liberis, &c.

Incipit tractatus de hereditate intestatorū, quę primo loco ex l. 12. tab. id est, iure ciuili deferuntur suis heredibus, id est, liberis, qui in potestate morientis, & in gradu proximiores sunt delatæ hereditatis tempore, sic dictis, quod sint domestici, non alieni, non extranei heredes, scilicet ad discretionem eorum, vt recte Priscianus ait 7. id est, qui secundum leges sui non sunt, qui sub potestate patris legitimi non sunt: Ergo iure ciuili primum ab intestato ad suos heredes pertinet defuncti hereditas. Et hic tractatus est tantum de hereditate, quę defertur iure ciuili, quæ obuenit iure ciuili, *qui escheoit*, vnde in plerisque consuetudinibus Gallicis hereditas vocatur *eschoiete*: Nam de hereditate siue successione quæ obuenit iure prætorio dictum est *sup. a t. 9. vsque ad t. 20.* nihil autem interest sui heredes, vtrum sint naturales quæsiti ex iustis nuptiis, an adoptiui: nam & adoptio suum heredem facit *l. 5. hoc tit.* nihil interest vtrum liberi nati sint tempore mortis defuncti intestati, an postumi sint: nam & postumi qui si viuo parente nati fuissent in eius potestate futuri forent, sui heredes sunt, *l. 4. hoc tit.* nihil etiam interest vtrum liberi nati sint ex ingenuis parentibus, an ex libertinis: nam & libertini suum heredem habere possunt, *l. 7. hoc tit.* quæ repetitur in *l. libertos, sup. de patr. potest.* Et ii quidem sui liberi & heredes ipso iure heredes existunt, id est 12. tab. etiam ignorantes *l. 8. hoc tit.* Et inuiti igitur, qua de causa sui & necessarii heredes dicuntur passim in iure. vnde Apuleius 10. *leges*, inquit, *infantulis necessariam patris successionem deferunt.* Et ii liberi præferuntur matri defuncti intestati, quia liberis magis debetur hereditas, quam matri vel patri *l. scripto §. vlt. vnde lib.* Et addit *d. l. pen. huius ti.* (quod notandum maxime,) etiam filios, qui neque sunt sui, neque legitimi, id est agnati, quales sunt filii matri, nec enim sunt in potestate matris, nec agnati ei sunt, sed cognati tantum, & vocantur tamen tanquam legitimi ex Senatusconsulto Orfitiano ad successionem matris, & præferuntur auiæ, id est matri defunctæ matris, præferuntur etiam omnibus legitimis siue agnatis, & sui quoque & legitimi liberi, etiamsi ignorantes ipso iure heredes extiterint, atque ita decesserint, quod est ius præcipuum suorum, hereditatem parentum transmittunt in heredes suos qualescunque sint, siue liberi, siue parentes, siue extranei, *l. 8. hoc tit. l. 3. §. cum antiquioribus, supra de iure delib.* Et recte in hac rub. *de suis & legitimis liberis*, quia licet omnes legitimi, id est agnati non sint sui, vt frater consanguineus est fratri legitimus heres, non etiam suus, tamen omnes qui sunt sui, & legitimi sunt, id est agnati: suitas est species agnationis, *l. de bonis §. 1. de Carbon. ed. l. 2. vnde leg. l. 1. §. sed videamus, de success. ed. l. iurisconsf. §. 1. de grad. & affinibus l. filius, de suis & legit. l. vlt.*

de codicill. Et contra qui non sunt sui liberi nec sunt legitimi siue agnati *l. scripto, vnde lib.* veluti filii emancipati nec sunt sui, nec agnati siue legitimi: item filii nati ex concubinatu, qui naturales dicuntur, proprie tamen nec sunt sui, nec legitimi, qui proprie dicuntur spurii, & vulgo concepti, vulgo quæsiti, vt Lucretius loquitur, volgiuaga venere concepti, & Seneca in controuersiis, *publici pueri*, qui scilicet patris incerti sunt vt *l. 5. inf. ad Senatusconf. Orsit. l. diui, de capt. & post. l. vulgo, de statu hom.* qua de causa eos non dicimus filios spurios, nec vnquam ita loquimur, sed filios spurii, id est arui materni, quod & spurium, ἀπὸ τῆς σπορᾶς dicitur, id est a satu, a satione, non autem eos nominamus a vase paterno a patre qui incertus est, sed eos dicimus filios spurii, id est, rei maternæ, non filios spurios. Ausonius: *Credo*, inquit, *quod illi nec pater certus fuit, & mater fuit vere lupa.* Solinus in Æthiopia: *Garamantici Æthiopes*, inquit, *matrimonia priuatim nesciunt, sed omnibus vulgo in venerem licet. inde est quod filii matres tantum recognoscunt, nam paterni nominis nulla reuerentia est: quis enim verum patrem nouerit in hac luxuria incesti lasciuientis? ea propter inter omnes populos degeneres habentur, nec immerito: quia afflicta castitatis disciplina successionis notitiam ritu improbo perdiderunt.* hæc eleganter Solinus. Recte autem *d. l. vulgo*, vulgo conceptos, siue spurios patrem demonstrare non posse, aut posse quidem, sed eos habere patrem quem habere non licet. Qui locus demonstrat etiam filios susceptos ex illicitis nuptiis esse spurios, vt in §. *si aduersus, Inst. de nupt.* Apul. 6. *legitimæ nuptiæ non sunt, ac per hoc spurius nascetur*: Et vt ostendit l. 6. *hoc tit.* etiam ex contubernio natus, veluti ex libera & seruo spurius est, quia contubernium non sunt iustæ nuptiæ. nec quicquam facit si pater eius postea manumittatur, & restituatur natalibus a principe, id est, ingenuus fiat, atque ita proueniat ad honorem decurionatus: nam & is filius qui ex contubernio natus est veluti spurius habetur. Et hoc idem confirmat etiam *l. 3. sup. sol. mat.* At natus ex concubinatu, quod maxime notandum est, in eo enim errant plerique omnes, non est spurius, quia concubinatus est licita consuetudo, licitum consortium, & hæc manifesto ostendit *l. 5. inf. ad SC. Orfit.* Denique natus ex concubinatu quod veluti quoddam matrimonium est non illicitum, naturalis dicitur non spurius. Et vt omnia absoluam quæ nobis proponuntur in hoc tit. notandum est, inter suos heredes ad successionem intestati ex l. 12. tab. vocari nepotes ex filio vel filiis masculis pariter cum filiis superstitibus, id est patruis suis, licet ii nepotes defuncto non sint sui liberi, quia filii eos præcedunt, sed sunt legitimi liberi, quos æquum est succedere in locum portionemque patris sui cuius vicem repræsentant, *par droict de representation*, id est in eam partem, quam pater eorum habiturus fuisset, si vixisset, in bonis patris, atque ita nepotes succedunt cum patruis non in capita, id est, non pro virilibus portionibus, sed in stirpes, id est in portionem patris sui, quam habuisset, si vixisset, vt si sit vnus filius, & ex filio iam mortuo tres nepotes, non fient tot partes quot sunt capita, siue personæ, sed duæ tantū partes, vt filius vnū habeat semisse, alterū tres nepotes, vel 10. vel 20. nil refert, *l. 3. h. t.* Quod & iure Prætorio ita procedit exēplo iuris ciuilis, *l. si in adopt. §. vlt. de bon. poss. cōtra tab l. si nepotes, de collat. bon,* vel si nulli sint filii, sed nepotes tantū ex diuersis filiis iā mortuis varii numeri, puta ex vno tres, ex alio duo, ex alio vnus, non succedent etiā in capita, sed in stirpes & in lineas, vt tres tantum partes hereditatis intestati fiant, *l. 2. h. t. l. Papin. §. quoniam. de inoff. test.* Et omnino in liberorum linea hæ duæ regulę obseruandę sunt: vna hæc est, inter liberos a proximiore vlteriorem non excludi, vt a filio non excluditur nepos ex alio filio iam mortuo. Altera regula hæc est, inter liberos hereditatē diuidi pro stirpib. non pro capitib. quæ duæ regulæ non ita valent in linea legitimorum seu agnatorum. Et notandū præterea inter suos etiam vocari ex cōstit. Valent. & Theod. quæ prior hoc induxit contra omnem disciplinam iuris antiqui, inter suos inquam vocari, & cum suis vel legitimis, i. agnatis etiam nepotes ex filia in portionē, quam habuisset filia mater eorū iure repræsentationis, licet ij nepotes neque sui sint, neque legitimi, quod verissimū est, & vocari si concurrant sui heredes cū deminutione trientis, qui adcrescit suis, vt portionē matris integram non ferant, vt eius vicē non repræsentent ex integro, qui nec sui sunt, nec legitimi, *l. 9. h. t.* vel si cōcurrant legitimi, i. agnati non sui cū deminutione quadrantis, qui adcrescit agnatis, *l. 4. C. Theod. de legit. hered.* Sed hoc totū mutauit Iustin. ampliato iure nepotum ex filiabus; primū enim quadrantē ademit agnatis concurrentib. in *l. vlt. h. t.* deinde etiā trientem ademit suis *Nou.* 18. & 118. vt nepotib. ex filia obueniat integra portio, quā habitura fuisset mater eorū si vixisset sine vlla deminutione triētis, vel quadrantis, qualiscunque concurrat heres. Et notandum quod ait *l. 9. huius tit. hac eadem quæ de aui materni bonis constituimus & de auia materna siue etiā paterna simili æquitate sancimus.* ait, quæ dixit de hereditate aui materni, vt in eā concurrant etiā nepotes ex filia, idē se velle obtinere in hered. auiæ maternæ, vel paternæ *nisi forte*, inquit, *auia elogia inurenda impiis nepotib. iusta semotis ratione dixerit,* qui locus est explicandus quoniā eum non intellexit Acc. Sensus eius loci hic est, vt nepotes ex filia in portionem matris suæ succedant moriente auo materno, vel auia materna aut paterna, nisi sint exheredati testam. matris suæ: quod si vel vnū hodie didiceritis, satis est, nēpe exheredatos a patre, vel etiam a matre, non repræsentare vicem patris sui in successione aui vel auiæ maternæ vel paternæ, quia a se vel suo nomine qui parens exheredauit filium, noluit quicquam ad eum peruenire. Et hæc est sententia eius loci. etiam addendum est ad l. 10. vulgo male ita legi, capitis deminutio paterna. reponas, *capitis deminutio materna*, vt est in *Cod. Theod.* atque ita in lib. 45. Basil. Obscuritas loci fecit vt mutarent vocem, *maternam*, in *paternam*, perperam. Nam sensus euidentissimus hic est, quem quisque facile capiet si conferat patrem emancipatum cum matre emancipata. finge: auus meus emancipauit patrem meum, & post emancipationem patris mei natus sum, iure ciuili non succedam in bonis aui, sicut nec pater meus ei succedere iure ciuili potest, iure prætorio potest & ipse & ego, quia prætor emancipatos vocat inter suos: At contra finge: Auus meus emancipauit matrem meā & post emancipationem matris meæ natus sum, an succedā auo? sic sane, quia in matre, inquit, non est inquirendū an sit capite deminuta, i. an sit emancipata, nam ea si emancipata sit non habet potestatē familiæ, non habet liberos in potestate, & hæc est sententia huius l. Restat vt aduertamus omnes leges huius tit. esse de suis & legit. hered. vel de iis qui inter suos, vel cum suis vocantur, licet ipsi sui non sint, aut legitimi, excepta l. 1. quæ non est de liberis, sed de fratribus consanguineis, ergo de agnatis ex transuerso. Itaque lex prima nihil videtur pertinere ad tit. qui est de liberis non de agnatis ex transuerso: nisi dicamus quod & verum est, initio huius tractatus de hereditate intestatorum quæ obuenit iure ciuili voluisse conditorem huius libri proposita l. 1. indicare differentiam; quæ est in successionibus intestatorum inter ius prætorium & ciuile, quod apparebit cum l. 1. collata, atque coniuncta *l. 2. sup. qui admitti ad bon.* cuius est eadem inscriptio & subscriptio. Et ait *d. l. 2.* eum qui iure prætorio tantum vocatur ad successionem intestati, velut iure proximitatis, iure cognationis, non agnationis: nam cognatum ius ciuile non nouit, solus prætor eū nouit, & vocat cognatum ad successionem intestati, dummodo petat. bonor. possess. intra 100. dies: post dies 100. excluditur a successione.

de iure prætorio est etiam *l. 1. §. si quis, de success. ed.* At l. 1. huius tit. docet sororem consanguineam quæ est legitima heres fratris iure ciuili non excludi præscriptione 100. dierum, quia ex iure ciuili venit, non ex iure prætorio: & ius adeundæ hereditatis, quod est semper ex iure ciuili est perpetuum: quod optime probat hæc *l. 1. & ita sup. in tit. de iure delib.* ego ostendi recte Græcos *l. 4. sup. qui admitti*, hæc adnotare, τὸ πολιτικὸν δίκαιον χρόνῳ οὐκ ἀποκλείεσθαι, id est, *ius ciuile tempore non circumscribi*. ergo mens eius qui sub hoc tit. posuit l. 1. licet ea non sit de liberis secundum tit. sed de agnatis ex transuerso, hæc fuit, vt statim ab initio huius tractatus qui est de iure ciuili, constitueret differentiam, quæ est hac in re in successione intestatorum inter ius ciuile & prætorium.

Ad L. 10.

Vbi auiarum successio morte interueniente discutitur, capitis deminutio materna quærenda non est: Tunc enim in huiusmodi hereditatibus filiorum status aut persona spectatur, quotiens de eius bonis, qui potestatem familiæ potuit habere, tractatur. Dat. xv. Kal. Octob. Rauennæ, Theodosio xiij. & Valent. iij. AA. Conss.

PRiusquam ad tit. 56. veniam, quia puto me heri per errorem dixisse auum pro auiam in interpretatione l. 10. illa verba *vbi auiarum successio discutitur capitis deminutio materna quærenda non est*, hunc habet sensum, natum quidem post emancipationem patris iure ciuili non succedere auo paterno in cuius familia non est, sed sequi familiam patris sui, at natum post emancipationem matris iure ciuili succedere auiæ paternæ vel maternæ non auo: quoniam lex est de auiarum maternarum successione, & frustra quæritur an mater fuerit emancipata, quoniam & si emancipata fuerit, nihilominus nati ex ea post emancipationem ex constitutionibus succedunt auiæ paternæ vel maternæ, & frustra spectari emancipationem matris, quia auia, vel quæ alia fœmina familiæ potestatem non habet, *l. nulla, de suis & legit. l. 8. inf. de præscrip. longi temp.* Nunc veniam ad tit. 56.

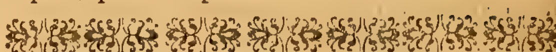


AD TITVLVM LVI.

Ad Senatusconsultum Tertullianum.

POst liberos (de quibus supra titulo proximo) mater vocatur ad hereditatem filij intestati, tanquam heres legitima, non ex l. 12. tab. quia cognata est, non agnata, & ea lex non cognouit cognatos. Sed ex Senatuscons. Tertulliano: nam Senatus heredem legitimum facere potest: post liberos inquam: Nam liberi defuncti excludunt matrem, *l. pen. sup. tit. prox.* Et retro, ad hereditatem matris intestatæ vocantur liberi, tanquam legitimi, non ex *l. 12. tab.* quod cognati sunt matri, non agnati, sed ex SC. Orfitiano, *de quo tit. seq.* quod diui Marci & Commodi temporibus factum est, *vt Instit. docent eod.* tit. Spartianus *in Marco: leges addidit*, inquit, *de bonis maternis, & item de filiorum successionibus pro parte materna.* Et ideo de SC. Tertulliano velut antiquiori *tit. præcedit.* & ex hoc quidem, vt quantum fert h. tit. notemus quasdam differentias, quæ sunt inter hæc duo SCta. Mater filio succedit cuiuscunque ætatis filius decesserit, etiamsi infans *l. 1. hoc tit.* si decesserit intestatus, id est, si pater ei non substituit pupillariter; nam ipse pupillus non potest facere testamentum. At ex SC. Orfitiano filius matri intestatæ non succedit per se, si infans sit, sed per tutorem, aut per patrem, *l. 1. hoc tit. & l. seruo inuito §. si pupillo, ad SC. Treb. l. si infanti, sup. de iure delib.* Item filii & filiæ succedentes matri ex SC. Orfitiano excludunt parentes matris, atque etiam fratres consanguineos vel sorores consanguineas *d. l. pen. & l. 1. & 4. tit. seq.* At consanguinei fratres, vel sorores ex eodem patre, qui & germani dicuntur, & legitimi *l. vlt. h. t. l. vlt. §. de legit. her. l. Sextiam 32. de leg. 3.* quia sunt agnati. qui sunt ex eadem matre tantum & vterini dicuntur, non sunt agnati, sed cognati. At ex SC. Tertulliano defuncti pater excludit matrem, si is pater in emancipatione manumissor exstiterit, *l. 2. h. tit.* si contracta fiducia manumiserit, quæ cum hodie semper contracta intelligatur *ex constit. Iustin. §. vlt. de legit. agnat. success.* dicamus etiam simpliciter in successione filii, patrem matre esse potiorem ex SC. Tertulliano: Nam, vt dicetur inferius, iure nouissimo simul succedit pater & mater. Item ex Senatusconsulto Tertulliano consanguinei siue soli, siue permixti cum sororibus, omnino matrem excludunt, & de iis fratribus qui sunt consanguinei accipienda est *l. 2. h. tit. § frater, Instit. eod. tit. l. 3. § plane si mater, de Carb. edicto l. 2. C. Theod. de inoffi. test. l. 2. Theod. de secund. nupt.* Nec mirum, si fratres consanguinei præferantur matri, cum & patri præferantur secundum ius vetus *l. vlt. inf. comm. de success.* At fratres vterini, vel naturales, non excludunt matrem aut patrem, *l. Lucius, de vulg. & pupill. substit.* Sorores autem consanguineæ, si solæ sint, non permixtæ cum fratribus consanguineis, pariter cum matre succedunt fratri, vt sorores vnam dimidiam, & mater alteram habeat *d. §. frater.* Et hoc ex SC. Tertull. Nam aliud est ius ex constitutione Iustin. *l. vlt. hoc tit.* quæ matrem vocat ad successionem filii intestati in virilem portionem, etiam cum fratribus vel solis, vel permixtis cum sororibus, & cum sororibus solis in partem dimidiam, nulla posita differentia inter fratres consanguineos & vterinos, inter fratres agnatos & cognatos: quæ lex etiam non permittit vt matri venienti ad successionem filii ex Senatusconsulto Tertulliano quidquam detrahat, vel abradat quidquam alius agnatus filii defuncti, siue patruus sit, siue patruelis frater. Quo iure abrogat Iustin. *l. 1. C. Theod. de leg. hered.* Quod si defuncto sint fratres vel sorores, & pater, vel mater, vult Iustin. vt fratres tantum & sorores defuncto succedant solo vsufructu bessis seruato patri & matri. Et hoc si defunctus filius sui iuris fuerit; nam si fuit in potestate patris, pater bonorum aduentitiorum filii retinet vsumf. ex constit. Iustiniani, proprietas autem eorum bonorum pertinet ad matrem pro virili parte, concurrentibus fratribus defuncti, vel fratribus & sororibus, aut pro dimidia parte concurrentibus solis sororibus. Et hæc est sententia *l. vlt.* cui est coniungenda *l. vlt. inf. de iure liber.* quæ habet eandem inscriptionem & subscriptionem, & quæ in eo etiam derogat SC. Tertull. quod etiam si mater ingenua non habeat ius trium liberorum, & libertina quatuor, quod SC. Tertull. exigebat, nihilominus veniat ad legitimam hereditatem filii intestati. Et obseruandum etiam est in *l. mater, h. tit.* (cum in *l. mater C. Theod. de legit. hered. ex quo ducta est, sit* scriptum tantum, *sororibus transmissura defuncti*) Tribon. scripsisse, *sororibus & fratribus*: nam in eo loco C. Theodos. pro *fratribus*, vti nunc legitur, reponendum est, *sororibus*, vt quæ præcedunt demonstrant, cum quibus mater succedit ex SC. Tertull. quod etiam interpres Anianus demonstrat. Tribonianus tamen vtrumque apposuit, *sororibus & fratribus ex d. l. vlt.* Nam ante *l. vlt. hoc tit.* matrem penitus fratres excludebant. Nota etiam postea Iustin. discessisse a sententia *l. vlt.* & constituisse *in Nou. 22. cap. 46.* vt etiam mater cum sororibus, quæ solæ sunt, succedat in virilem tantum, non in dimidiam. Et hoc ipsum etiam quod cauetur *hac l. vlt.* magis retractauit *Nou. 84. & Nou.* 118. vt si defuncto sint fratres & sorores & pater & mater, omnes ei succedant pro virilibus portionibus, id est, in capita, si sint fratres & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre, & vt quisque retineat virilem portionem pleno iure, sine deductione vsusfructus, etiamsi filii sint in potestate patris fratris

defuncti, exclusis fratribus, qui sunt ex eodem patre A tantum, vel ex eadem matre tantum, quo iure vtimur, vt fratres vtroque parente coniuncti illis præferantur. Hæc omnia ita procedunt, si mater vidua permanserit: Nam si iterum nupserit post mortem mariti, ex quo filium illum habuit, de cuius successione quæritur, distinguendum est: aut enim ante mortem filii iterum nupsit, aut post mortem eius. si post mortem filii pro sua parte cum fratribus, & sororibus capit bona filii aduentitia, id est, quæ aliunde habuit, quam a patre: In bonis autem profectis a patre habet tantum vsumfructum, proprietatem seruat sororibus vel fratribus defuncti filiis suis superstitibus ex sententia *l. mater, h. tit.* Sed si ante mortem filii mater iterum nupserit, in omnibus bonis filii, siue profectitiis, siue aduentitiis vsumfructum habet tantum pro sua parte *l. fœmina §. vlt. sup. de secundis* B *nup.* Ratio hæc est: quia maiori pœna digna est, quæ filio viuo vitricum superduxit: mortuo autem filio, nullam mater, quæ iterum nubit, ei iniuriam facit. Hæc est distinctio temporis, quam facit *l. mater* coniuncta *d. l. fœminæ, §. vlt.* Sed hoc quoque, id est, hanc distinctionem temporis postea sustulit Iustinianus *Nouell. 2.* & differentiam illam bonorum, & differentiam viduitatis, ac secundarum nuptiarum, ita definiens, vt mater succedat filio pro virili pleno iure cum fratribus & sororibus defuncti filii in omnibus indistincte, siue nupserit iterum, siue vidua permanserit. Ac rursus & hoc recantat Iustinianus *Nouella const. 22.* in qua tollit quidem illam differentiam temporis, vtrum mater iterum nupserit viuo filio an mortuo, sed reducit differentiam bonorum, C & pœnam secundarum nuptiarum, vt in bonis profectitiis pro sua portione mater habeat tantum vsumfructum, quæ iterum nupserit, siue ante mortem filii, siue post mortem filii iterum nupserit. In aduentitiis autem pro sua parte habeat plenam proprietatem. Restat, vt notemus ex eo quod superest in *h. tit.* cessare SC. certis casibus. Vnus est, si filiis impuberibus non habentibus tutorem mater non petierit, intra annum scilicet si mortui sint impuberes, vt eis non succedat, non etiam si puberes mortui sint *l. 3. h. tit.* Atque ita si mortui sint impuberes, quia deseruit officium pietatis, mulctatur mater hereditate, eaque redit ad agnatos filii, *l. matris 11. & l. cum iure, sup. qui pet. tut.* Et huius iuris origo est ex const. D. Seueri, *l. 2. §. Diuus, ff. vbi tut. petat. l. 2. l. sciant §. si mater,* D *D. ad SC. Tert.* Et idem obtinet in quolibet herede legit. impuberis, aut etiam substit. in secundum casum *l. sciant, de leg. hered.* j. Et dixi intra annum ex *d. l. sciant & §. pen. Instit. eod. tit.* Ex qua lege, *sciant*, proculdubio Tribonianus in *l. 2. §. confestim, ff. eod.* adiecit hæc verba: *Ita tamen vt nullo modo annale tempus excederet:* quoniam ex constitutione Seueri confestim erat petendus tutor. Hodie ex *d. l. sciant* satis est intra annum peti. Cessat etiam SC. Tertullianum, si mater, quæ tutelam filii impuberis legitimam suscepit ex constitutionibus, quæ hoc matri dant, modo iuret se iterum non nupturam, si peieret, & iterum nubat, non dato filio alio tutore idoneo eidemque redditis rationibus suæ administrationis: nam hoc etiam casu mater amittit commodum SC. Tertulliani, *l. pen. h. t. l. pen. inf. in quibus caussis pignus.* Quod si E mater iterum nupserit intra annum luctus, non aliter potest aboleri infamia, quam incurrit ob immaturas nuptias, quam beneficio principis: non aliter etiam eiusdem principis beneficio soluitur pœnis, quas inducit *l. 1. sup. de sec. nup.* mulieribus nubentibus antequam peregerint annum luctus, antequam eluxerint virum, non aliter inquam soluitur pœnis d. legis 1. quam si filiis prioris matrimonii bonorum suorum semissem pleno iure donauerit, ea tamen lege vt si intestati omnes obierint sine liberis, is semis redeat ad matrem: & hæc est sententia legis 4. *hoc tit.* quæ proprie est de immaturis secundis nuptiis, id est, quæ fiunt intra annum luctus: Nam *l. mater,* & aliæ, quæ sunt in hoc titulum sunt de secundis nuptiis, quæ fiunt post annum luctus.



AD TITVLVM LVII.

Ad SC. Orfitianum.



POst SC. Tertull. sequitur SC. Orfitianum, ex quo filii pari iure vocantur ad legitimam hereditatem matris intestatæ, exclusis omnibus agnatis matris, vt mater ad hereditatem filiorum intestatorum ex SC. Tertull. & notandum quod ait *l. pen. sup. de suis & leg. lib.* filios matri intestatæ ipso iure succedere: quod non est citra aditionem, vel gestionem pro herede, sicut cum dicimus suos heredes ipso iure heredes existere, quod tunc est citra aditionem, *l. in suis & de suis, & legit. hered. l. pen. §. pen. D. de bonis liber.* Sed filios matri ipso iure succedere hoc est, citra cretionis solemnitatem, quæ hodie penitus sublata est *l. cretionum sup. de iure delib.* & citra bonorum possessionem, vt ostendit l. 3. huius tit. quia filii non prætoris, sed SC. Orfitiani beneficio admittuntur ad hereditatem matris: igitur non indigent Prætoris auxilio, id est bonor. possessione, *l. 1. C. Theod. de legit. hered. l. 1. C. Theod. de cret. vel bon. poss.* quod idem dicitur de suis heredibus, vt scilicet heredes existant citra bonorum possessi. *l. 13. sup. de iure delib. l. 7. D. de inoff. test.* Sed in iis, id est, in suis, addimus etiam, citra aditionem, quod non addimus tamen in filiis, qui matri succedunt ex SC. Orfitiano, nec in aliis legitimis heredibus, nec in testamentariis, de quibus tamen idem dici potest, ipso iure eos heredes existere, id est, citra bonor. possess. *vt in l. 4. tit. seq. l. omnium, sup. de testam.* sed non citra aditionem, vel gestionem pro herede. Quamobrem filii ex SC. Orfitiano non aliter adquirunt hereditatem matris intestatæ, quam si eam adierint, vel se pro herede gesserint. Paulus 4. *Sent. eod. tit. filius,* inquit, *hereditatem maternam, eandemque legitimam nisi adeundo quærere non potest:* vnde sequitur, quam ita non adquisierint filii hereditatem matris suæ, eos non transmittere in heredem secundum regulam, quæ vetat hereditatem non aditam transmitti in heredem, sed deficientium portionem adcrescere reliquis coheredibus qui adierunt, vt in specie *l. 2. huius tit. l. si ex pluribus, D. de suis & legit. hered.* vel si omnes deficiant, omnes filii si moriantur ante aditam hereditatem matris, hereditas redit ad adgnatos defunctæ matris. Verum huic sententiæ videtur obstare *l. vnica sup. de his qui ante apert. tab.* ex qua intelleximus iam satis & ex *tit. de cad. toll.* hoc iure singulari datum esse liberis, vt delatam eis hereditatem patris aut matris, etiamsi ignorantes eam sibi delatam esse, diem suum obierint, necdum adiuerint, tamen transmittere in liberos suos: Nam ne fallamur obseruandum est, illam l. vnicam loqui tantum de hereditate patris vel matris delata testamento patris vel matris, quod & in ipso titulo tab. nomen indicat. Loquitur ergo de liberis, qui patri vel matri heredes extiterunt ex testamento, aut quibus ex testamento delata est hereditas patris vel matris, vt eam etiam non aditam transmittant in liberos suos contra regulam iuris: non loquitur de liberis quibus ab intestato defertur hereditas matris. Igitur cum ea constitutio sit noua & aduersus regulas iuris, non possumus eam nostra auctoritate producere ad legitimos heredes, maxime obstante l. 2. huius tit. quæ docet filium non aditam hereditatem matris, quæ ei erat delata ab intestato ex SC. Orfitiano, non transmittere in heredem suum. Fateor tamen, vt Accurs. recte notauit in hac l. 2. filios si moriantur intra annum a die delatæ hereditatis maternæ ab intestato scientes eam sibi esse delatam, eos ius deliberandi transmittere in heredes suos, sed non hereditatem ex beneficio legis *cum antiquioribus, sup. de iure delib:* si moriantur post annum nec ius deliberandi transmittere ad

ad heredem suum, imo nec si intra annum, si ignorauerint delatam sibi esse hereditatem matris, puta, si ignorauerint mortem matris. Ad hæc notandum est, sicut spurio intestato mater succedit ex S. C. Tertulliano §. *vlt. Instit. de S.C.Tertull. l. 3. in prin. D. eod.* Ita quoque spurius matri intestatæ succedit ex S. C. Orfitiano, *l. 1. §. sed & vulgo, D. eod. tit. §. vulgo, Instit. de S.C. Orfit.* Et consequenter filius vulgo quæsitus, qui spurius dicitur, de inoffic. testamento matris, in quo est præteritus agere potest, *l. si suspecta §. 1. D. de inoff. test.* quia quicunque filius ab intestato potest iure ciuili, vel prætorio succedere parenti cuiuscunque sexus sit parens, si in testamento eius sit exheredatus vel præteritus, ita vt pro exheredato habeatur, potest agere de inoff. testamento parentis: Spurius autem ab intestato succedit matri: Ergo queri potest de inoff. testamento matris, idque rescindere si probet non habuisse matrem iustam causam irascendi sibi, non fuisse iustam causam indignationis matris, iustam iram. Excipitur tamen ab eo quod dicimus spurium matri succedere ex Orfitiano, illustris mater, illustris fœmina, id est, filia, vel vxor Senatoris illustris, puta præfecti prætorio, vel præfecti vrbi, vel Comitis sacrarum largitionum, & similium qui enumerantur inter Senatores illustres. Cuius quidem fœminæ illustris, vt eleganter ait Iustin. præcipuum debitum est obseruatio pudicitiæ, ἐξαίρετον χρέος τῆς σωφροσύνης εὐλάβεια. Et ideo ad legitimam hereditatem illustris fœminæ non admittitur spurius, videlicet si habeat iustos liberos: Iusti enim liberi excludunt spurios, id est, sine marito filios, qui nullum alium patrem habent, quam terram, vel populum, vel φύσει, & spurium matris. Et hos iusti & legitimi liberi non tantum excludunt a legitima hereditate matris, sed etiam a testamentaria, & ab omni liberalitate matris ex *l. pen. huius tit.* quam Iustinian. ait se dedicare pudicitiæ ingenuarum & illustrium fœminarum. At iusti liberi non excludunt etiam naturales, id est, susceptos ex concubinatu, qui non sunt sine marito filii: Nam vt concubina vxorem imitatur vt Iulianus ait in Nou. 18. ita concubinatus maritum imitatur. Et est concubinatus semimatrimonium ἡμίγαμος, vt Græci loquuntur. Et vt hæc lex indicat, *est licita consuetudo ab homine libero habita*, sic vulgo legitur, sed veteres libri habent rectius, *ad liberum hominem habita*, vt Basilica, πρὸς ἄνθρωπον ἐλεύθερον. Igitur lex ait liberæ mulieris licitam esse consuetudinem quam habet ad liberum hominem, id est, per leges esse licitum concubinatum, quo & hodie quædam nationes vtuntur, maxime in Pyrenæo. Igitur concubinatus est legitima coniunctio: per concubinatum stuprum non committitur, *l. 1. & 3. D. de concub. l. stuprum, D. ad l. Iul. de adult.* Et vt vxor accusari potest lege Iulia de adulteriis, ita concubina, quod sit vice vxoris *l. si vxor D. eod. tit.* Et in hoc præcipue notanda est hæc *l. pen.* vt discamus, quam distent spurii a naturalibus liberis, & quam errent, qui naturales liberos vocant spurios. Notandum etiam est ex l. vlt. huius tit. natum ex ancilla post moram ei factam ab heredit. in præstanda fideicom. libertate quam ei debet ex codicillis, vel testamento defuncti, cui heres extitit liberum & ingenuum nasci, quod est mirum & παράλογον vt ex serua ingenuus nascatur, quia cui relicta est fideicom. libertas post moram heredis proculdubio non sit continuo liber, & tamen quod ex ea nascitur liberum est & ingenuum. Ex serua igitur hoc casu ingenuus nascitur vt in *l. 1. §. quæri, D. de suis & leg. hered.* neque est hoc nouum: nam ex captiua etiam quæ est serua hostium ingenuus nasci, aut natus intelligitur, si cum ea postliminio redierit ex *l. 1. inf. de postl. reuers.* quæ lex citatur in *l. apud hostes, D. de capt. & postl. reuers. Et in l. 1. § sed & si apud hostes, D. ad SC. Tertyl.* ex quibus locis est restituenda inscriptio *d. l. 1. de postl. reuers.* vt sit inscripta *ad Ouinium Tertullum Præsidem prouinciæ Mysiæ inferioris*, quam hodie *Vallachiam*, appellamus. Hoc autem posito, natum ex ancilla post moram heredis qui traxit manumissionem ancillæ de qua rogatus fuerat testamento, vel codicillis, nasci ingenuum, hoc inquam posito consequens est vt definit lex vlt. huius tit. eum matri ab intestato succedere postea perductæ ad libertatem ex S. C. Orfitiano. Et vicissim huic illam ex S. C. Tertul. quod etiam confirmat *l. pen. sup. de ijs quibus vt indig. l. 1. §. interdum, & l. 2. §. & in seruitute, D. ad SC. Tertull. l. si quis rogatus, D. de fid. libert. l. 3. inf. eod. tit.* Postremo notandum est non tantum ad SC. Orfitia. sed etiam ad SC. Tertul. his SC. locum esse ita demum de mutua successione matris & filii ab intestato, si mulier viro nupserit sine conuentione in manum, quod nominatim scribit Vlpia. *lib. reg. tit. de leg. hered.* Nam mulier quæ viro conuenit in manum solemniter, vt fiebat olim, quam solemnitatem explicat *Seruius in Virgil. Et Vlpia. etiam eodem libro. Et Caius 3. Instit. & Boëtius in Topicis Cic.* Quæ, inquam, ita viro conuenit in manum secundum ius vetus, apud virum ius filiæ, & sui heredis habet, sicut filius, qui ex eo matrimonio nascitur. Atque ita & mater & filius viro sunt sui heredes & in potestate, familiaque eius. Igitur & vxor huic viro est loco filiæfamil. & consequenter filius illi est loco fratris consanguinei. Et retro illa filio est loco sororis consanguineæ, vt sup. dicti auctores docent, & Gellius 18. atque ita inter eos est ius consanguinitatis. & iure consanguinitatis igitur inuicē succedunt ex l. 12. tab. filius matri, mater filio, non ex Tert. vel Orfit. quod hoc casu non fuit necessarium: Nam ex ordine quem fecere ll. 12. tab. post suos vocantur consanguinei fratres & sorores, id est, qui sunt ex eodem patre, qui eiusdem patris sunt, vel esse censentur per conuentionem in manum: nam consanguineorum nomine in iure non significantur quilibet cognati, sed consanguinei tantum fratres, & sorores consanguineæ, fratres germani, agnati & legit. *l. 1. & 3. & seq. l. 3. sup. de leg. tut. §. 1. Inst. de leg. ag. success.* & consanguinitas non est genus, sed species agnationis, id est, fraternitas germana, & legitima *§. vlt. Instit. de SC. Orfitia.* Neque obstat *l. 1. §. post suos, D. de suis & legit. hered.* in qua Cassius definit, vt ait lex. consanguineos esse eos, qui inter se sanguine coniuncti sunt, quoniam ea est definitio nominis, id est, veriverbium, non definitio rei, quæ definitio nominis non efficiet, vt consanguineorum nomen producamus vltra fratres, vel sorores germanas, quo in errore est passim Accurs. & maxime in *l. 1. D. de leg. tut.* & omnes doctores, quod & demonstrat pictura graduum cognationis siue σύνοψις, quam illi vocant arborem consanguinitatis duplici errore, quia non instar arboris habet, sed scalarum locorumque procliuium, vt ait *l. Iurisc. §. gradus D. de grad. affin.* deinde quia consanguinitatis nomen est speciale, quo fratres tantum germani significantur atque sorores, id est, orti ex eodem patre. & sic etiam Virgilius & Statius consanguineum lethi soporem, quem Homerus κασίγνητον, id est fratrem, & Anneus Seneca & Valerius Flaccus, *frater duræ languide mortis*, id est, *somnus*, Et alio loco: *Somne fratri simillime letho.* Et sic etiam Statius de fratribus Thebanis: *stat consanguineum campo scelus vnius ingens Bellum vteri.* Et Claudianus de Consulatu fratrum, *ô consanguineis fœlix auctoribus annus.* Et idem de Ioue & Iunone fratribus: *Te consanguineo recipit post fulmina fessum Iuno sinu.* Atque ita vides etiam alios auctores retinere proprietatem huius verbi, vt consanguineos vocent fratres, non cognatos quoslibet. neque ab hac sententia nos dimouere debet *l. 2. C. Theod. de leg. hered.* dum ait, *quotiens filius consanguineus, vel per adoptionem quæsitus nulla capitis deminutione intercedente matrem excludit.* Ex quo apparet filios quosdam esse consanguineos patri & matri. Ergo consanguineorum nomen ad solos fratres non pertinere. Sed si legatur tota ea lex & interpretatio Aniani, & si res ipsa spectetur, cuius maximum argumentum est semper, apparebit non esse legendum filius, sed frater consanguineus. Nam nisi in illo loco, nusquam leges

consanguineum dici ad discretionem siue κατ' ἀντίφρασιν filii adoptiui. Ac præterea agitur ibi, an frater excludat matrem a succeſſ. filii, non an filius defuncti excludat matrem defuncti quod est certissimum. Sed quæstio legis hæc est, an non tantum frater consanguineus, sed & adoptiuus excludat matrem defuncti, & definit, vtrumque excludere matrem defuncti, quia vt Anianus ait, & adoptiuus frater est loco consanguinei: improprie consanguineus, §.*per adoptionem, Instit. de leg. ag. succeſſ.* sed iura consanguinitatis habet, id est, fraternitatis. Et ideo loco consanguinei est, sicut mulier, quæ in manum conuenit, filio communi loco consanguinei est, quia iura consanguinitatis habet ab intestato. Et hoc de adoptiuo fratre probat *l. 1. §. vlt. D. de suis & legit. hered.* ab iis vero quæ diximus, commodissime gradum faciemus ad tit. seq. qui est ex parte de consanguineis.



AD TITVLVM LVIII.

De legitimis heredibus.



Ost suos heredes iure ciuili, id est, ex l. 12. tabul. ab intestato vocantur agnati, id est, qui per mares nobis cognatione legitima iuncti sunt, qui idem habent nomen, easdem imagines, δείγματα eadem, qui & ob idipsum legitimi heredes dicuntur, quia lege 12. tab. vocantur si in ciuitate decesserint, vel lege Cornelia, si apud hostes decesserint: nam & l. Cornelia confirmat legitimas hereditates, *l. 8. hoc tit. l. 8. sup. de suis & leg. lib. l. bona, D. de capt. & postl.* ac primum quidem ex agnatis vocantur consanguinei tanquam proximiores, id est, vt exposui nudiustertius, fratres & sorores ex eodem patre, licet non sint ex eadem matre, fratres & sorores, qui in eiusdem patris potestate cum is moreretur fuerunt, id est, qui capite deminuti non fuerunt, qui familia patris non exierunt, §. 1. *Inst. de legit. agnat. succeſſ. l. 4. sup. de suis & legit. lib. l. 1. 3. & 6. huius tit.* & nominatim ait l. 6. deficientibus suis heredibus succedere consanguineos, & deficere suos inquit, si abstineant se bonis paternis, vel si ea repudient, qui locus notandus, in quo sui dicuntur repudiare hereditatem. Ergo & adire sui delatam sibi hereditatem possunt: nam hæc duo sunt ἀντίθετα, *adire & repudiare*, sicut illa, *miscere se vel immiscere se, & abstinere se.* Et ita etiam sui adire dicuntur in *l. si duo, D. de legat. præstand. l. si filius, D. de collat. bonor. l. 4. sup. de instit. & subst. l. vlt. sup. de repud. hered.* Sed non est necesse, vt adeant, cum ipso iure heredes existant, adire tamen non vetantur. ergo nec repudiare, aut repudiandi verbum alienum est a suis, quod adeundi verbo ex aduerso respondet. Et notandum est etiam l. 6. huius tit. coniungendam esse cum *l. pupill. sup. de repud. hered.* quod confirmant inscriptiones similes & subscriptiones. Quo argumento inscriptionis & subscriptionis Thalelæus scribit ad *l. 4. sup. ad SC. Tertyl.* eam legem coniungendam esse cum *l. 1. sup. de sec. nupt.* fratres autem consanguinei, vel sorores consanguineæ ita vocantur ad hereditatem legitimam primore loco, vt & matrem defuncti excludant secundum ius quod olim obtinuit, vt ostendi in tit. 56. mater præfertur reliquis agnatis omnibus præter fratres & sorores consanguineos a quibus ipsa penitus excluditur. Sed hodie, vt ibidem ostendi, etiam cum eis admittitur in virilem portionem. Quæro an fratres consanguinei, vel sorores etiam excludant patrem defuncti: qua de re varia prodita sunt iura, quæ attingam paucis omnia, posita in primis distinctione huiusmodi. Filius qui decessit aut est in potestate patris, aut emancipatus. Si est in potestate patris, videtur pater omnia eius bona occupare iure peculii, id est, vt peculium filii non vt hereditatem filii. certe castrensia bona, aut quasi castrensia filiifamil. quorum viuo filio ne vsumfructum quidem habuit, filio intestato defuncto pater occupat iure peculii, non iure hereditario. Nemo autem in iure peculii patre potior est, *l. 1. & 2. D. de castr. pecul.* Et hoc hodie manere etiam arbitror in militaribus scilicet bonis, vt dixi, in militari peculio castrensi, aut quasi castrensi. Aduentitia bona quæ filius adquirit, hodie sibi adquirit quantum ad proprietatem attinet, & quantum ad vsumfructum patri in cuius potestate est. Atque ita post mortem filii is tantum vsusfructus continuatur in patrem omnium bonorum aduentitiorum filii. Proprietas autem pertinet ad fratres & sorores quoscunque agnatos vel cognatos, & ad matrem si superfit pro virilibus portionibus, vt in *l. vlt. sup. ad SC. Tertul.* quod ius nouissimum, id est, Nouel. Iustiniani 118. de hereditatibus quæ ab intestato veniunt, ita immutat, vt velit mortuo filiofamil. intestato bonorum aduentitiorum filii vsumfr. non retinere patrem, sed pro vsufructu habere & ferre pleno iure virilem portionem. pleno iure, id est, proprietatis & vsusfructus iure, in iis bonis vna cum matre & fratribus & sororibus, licet in eius potestate sint: ita vt inter eos omnes ea bona diuidantur in capita, *par testes*, id est, pro virilibus portionibus, vt pro numero singulorum viritim diuidantur, & quisque virilem ferat pleno iure etiam frater superstes, licet sit in potestate patris. aut filius qui decessit, & de cuius bonis & successione quæritur fuit emancipatus a patre: & hoc casu pater manumissor iure ciuili, & pater non manumissor iure prætorio, petita bonor. possessione vnde decem personæ, secundum ius vetus, in quo explicando non est opus horam terere, vt nobis tempus sufficiat explicare ius nouum quo vtimur: is inquam, pater admittitur ad successionem filii emancipati exclusa matre, vt in *l 2. sup. tit. 56. & l. 10. D. de suis & legit. hered.* an etiam exclusis fratribus & sororibus distinguo. aut fratres superstites sunt in eiusdem patris potestate, aut sui iuris. Si sunt in potestate, proprietas bonorum fratris emancipati ad eos pertinet, vsumfructum retinet pater bonorum fraternorum, atque adeo aduentitiorum, quæ fratribus superstitibus adquiruntur iure proprietatis tantum vt in *l. de emancipatis, hoc tit. l. vlt. sup. tit. 56.* Sed si fratres superstites sint sui iuris, patri tantum reseruatur in bonis filii emancipati intestati defuncti vsusfructus bessis ex *d. l. vlt.* at ex Nouel. Iustiniani iure nouissimo, siue fratres superstites sint in potestate patris, siue sui iuris, id sequemur, quod diximus ante, vt omnes veniant pleno iure in virilē portionem bonorum sine deductione vsusfructus. Pergamus ad reliqua. fratres consanguinei, vt dixi, primo loco vocantur deficientibus suis heredibus ex l. 12. tab. fratres autem cognati, veluti emancipati, vel vterini ex l. 12. tab. non vocantur ad successionem cognati fratris, quia ea lex cognatos non nouit, sed suos tantum & consanguineos, & cæteros agnatos, & gentiles: Nam hic est ordo 12. tab. vt primum sui vocentur, tum consanguinei: deinde cæteri agnati, ac postremo loco gentiles, quamuis gentiles neque sint sui, neque agnati, neque cognati. Et nihil aliud erant gentiles, quam qui erant ex eadem gente, non qui ex eodem genere, qui erant eiusdem nominis, quorum familia habuit idem nomen, vt Tullius Rex fuit gentilis Ciceronis, non agnatus aut cognatus, vt rectissime quos Plato vocat ὁμωνύμους, Cicero verterit gentiles in Timæo. *Combien y a-il de Lulliers dans Paris, qui ne sont pas de mesme maison.* Sed gentilitia illa iura, vt & Caius & Paulus notauit in fragmentis, in vsu esse desierunt. Verum post agnatos hodie vocantur iure prætorio cognati, id est, qui per fœminas coniuncti sunt, qui non habent idem nomen, nec δείγματα eadem. Et post cognatos vocantur vir & vxor etiam iure prætorio, non ciuili. Qua de causa in hoc tractatu, qui est de iure ciuili, nihil omnino agitur de cognatis, & post coniuges vocatur fiscus ex l. Iulia caducaria. Ergo vt cœpi dicere, fratres cognati iure

iure ciuili non vocantur, sed iure prætorio vocantur post agnatos: Nam & prætor ipse, quod notandum est, agnatos prætulit cognatis, vt in l. 5. 7. & 9. hoc tit. At nouissime Iustinia. confundit agnatos & cognatos, voluitque eos simul admitti si modo eodem gradu essent. Itaque hodie abrogata est l. 5. quæ præfert agnatos cognatis. Abrogata est l. 7. quæ præfert patruum, qui est agnatus, materteræ, quæ est agnata, licet ambo sint in 3. gradu. Abrogata est l. 9. quæ præfert sororem consanguineam auo materno qui est cognatus non agnatus, licet ambo sint in 2. gradu: Nam hodie quicunque sunt eodem gradu, siue sint agnati, siue cognati, pariter admittuntur. Et notandum est quod ait l. 1. huius tit. quæ indiget interpretatione, fratres siue iure ciuili vocentur, siue iure prætorio, non spectari cuius sexus sint: pari enim iure esse fratres & sorores. Et obseruandum est eam legem esse scriptam ad Cassium & Hermionem filios fratris vel fratrum, qui consuluerant Imperatorem, vt rectissime notauit Accurs. non de iure suo, sed de iure defuncti, patris sui videlicet, an in hereditatem patrui intestati pariter cum patre suo amitæ suæ iure fuissent admissæ, maxime cum proponeretur amitas fuisse dotatas a patre. Et l. ait amitas cum patre suo iure fuisse admissas pro virilibus portionibus, licet fuissent dotatæ ab auo, quia fœminæ dotem suam non conferunt, *Ils ne la rapportent pas*, cum agitur de hereditate fratris, sed cum agitur de hereditate patris tantum. Species igitur l. 1. hæc est, fratrem intestatum decessisse relictis fratribus & sororibus quas dotauerat auus: & nihilominus l. ait, pariter fratres & sorores in capita succedere, siue veniant ex iure ciuili, siue ex iure Prætorio. Et ita omnino ponenda est species ad l. 1. alioquin si quem ponas intestatum decessisse relictis fratribus & sororibus, & filiis fratrum iam mortuorum, fratres & sorores secundum ius vetus, quia gradu præcedunt filios fratrum, præferuntur filiis fratrum: & hoc ita est manifeste expressum in l. 3. huius tit. frater excludit filium fratris iam mortui iure antiquo, quia non vt in linea directa locum habet ius repræsentationis, vt filii repræsentent patrem: ita etiam huic repræsentationi locus est in linea collaterali. In linea collaterali igitur filius non repręsentat vicem patris, filius non succedit in locum, gradum, portionem patris, puta filius fratris iam mortui non repræsentat ipsum fratrem: Et ideo frater superstes eum excludit. Hoc ita iure antiquo. At ex sup. dicta Nouella. Iustiniani, filii fratrum iam mortuorum veniunt in hereditatem patrui, auunculi, amitæ, materteræ, *soit oncle ou tante*, vna cum patruis, auunculis, amitis, materteris, id est, vna cum fratribus & sororibus defuncti superstitibus, & veniunt cum eis non in capita, sed in stirpes, *par souches, comme nos coustumiers parlent, & non pas par testes*, ex d. Nou. 118. Quod si defunctus nullos reliquerit fratres aut sorores, qui viuendo eum vicerint, sed reliquerit tantum filios fratrum, qui sunt proximiores, tum filii fratrum non succedunt in stirpes, puta, si ex vno fratre sint duo filii, ex alio tres, non fiunt duo semisses, sed fiunt quinque partes, id est, tot partes, quot sunt capita, quod olim obtinuisse certissimum est ex *l. 2. §. hereditas, D. de suis & leg. hered & Caio 3. Inst.* & Paulo 4. Sentent. & vix tandem hoc ius passim receptum est, contra communem tamen opinionem Doctorum, & merito. Nam Nouel. Iustin. vult tantum spectari stirpes concurrentibus patruis aut auunculis cum filiis fratrum, vnde idem statuit vt quærantur stirpes si soli sint filii fratrum. Nouæ autem constitutiones semper sunt accipiendæ rectricte, vt quod eis non est nominatim definitum, non definiatur argumento ex eis ducto a pari, aut simili, sed secundum ius vetus: Nam & ita etiam licet ex Nou. Iustin. frater, vtroque parente coniunctus & filius etiam eius fratris, *qui est qualifié en cette sorte*, præferatur fratri ex vno tantum parente coniuncto, vel filio eius, tamen non eadem distinctione personarum vtemur, si quæratur de heredita-

A te filii fratris vel sororis: Nam patruus, vel auunculus qui patri vel matri eius fuit vtroque latere, vtroque parente coniunctus, non præfertur patruo ex altero tantum parente coniuncto, imo simul admittuntur, quia Nou. hanc diuisionem non posuit in patruis. quod igitur omisit pro omisso habendum est. Et ita etiam in hac specie rectissime disertis verbis respondit Bartol. in *l. 2. §. legitima, de suis & legit. hered.* & postremo notandum etiam est, alia in re filios fratrum repræsentare patres suos, nimirum vt excludant patruos magnos, id est, patruos patris sui, vel auunculos, licet omnes sint in tertio gradu. patrui magni sunt quidem 4. gradu, sed erant tantum patrui ei de cuius successi. agitur, patrui autem magni filiis fratris: quia scilicet filii fratrum iure repræsentationis licet sint in 3. gradu vt patrui magni, finguntur esse in 2. id est, in eo gradu in quo fuit pater eorum; B quod & ita nominatim definit Nou. Iustinia. Et erat tamen nuper ea de re summa lis Lutetiæ, dum non omnes patroni bene memoria tenebant sententiam huius Nouellæ: & ne deinceps fallamur, constituamus 3. casibus tantum filios fratrum rẻpræsentare vicem patrum suorum. Vnus casus est, si concurrant in hereditate patrui vel auunculi, id est, fratres defuncti: nam cum eis filii fratrum succedunt in stirpes. Secundo ijdem etiam repræsentant patres suos, videlicet si sint nati ex fratre, qui defuncto fuit vtroque parente coniunctus, vt scilicet qui sunt filii eiusdem fratris iam mortui excludunt fratres eiusdem ex altero tantum parente coniunctos, ex eadem Nou. Tertio iidem repræsentant patres suos, vt excludant patruos vel auunculos patris sui. Exceptis his C tribus casibus quibus filii fratrum vicem repræsentant patrum suorum, in linea collaterali non est repræsentationi locus, sed proximior vlteriorem excludit, & inter eos qui sunt gradu proximiores hereditas diuiditur in capita, non in stirpes. Longe aliter in linea directa, in qua proximior vlteriorem non excludit, & semper hereditas diuiditur pro stirpibus, non pro capitibus. Ex iis quæ diximus, apparet Nouella Iustiniani abrogari l. 3. huius tit. quæ sororem præfert filio fratris iam mortui. & similiter eiusdem Iustinia. *l. pen. §. vlt. hoc tit.* quæ generaliter fratres & sorores præfert filiis fratrum & sororum secundum gradus pręrogatiuam: nam ex ea Nou. filii fratrum & sororum repręsentant vicem patrum suorum, vt pro stirpibus concurrant cum fratribus & sororibus defuncti vel defunctæ. Itemque vt excludant defuncti fratres ex eodem patre tantum, vel ex eadem ma- D tre tantum, si pater eorum fuit defuncto frater ex eodem patre & ex eadem matre. Itemque vt excludant patruos, amitas, auunculos, materteras intestati defuncti, vel defunctæ: his tribus casibus exceptis in linea ex transuerso non est repræsentationi locus, sed proximior vlteriorem excludit, & distributio hereditatis fit in capita non in stirpes. Et notandum ex d. l. 3. quod ait, consanguinitatis iure etiam fœminas admitti ad legitimam hereditatem, id est, pari iure esse sorores & fratres, quod obtinuit etiam in communi iure agnationis ex 12. tabul. perinde atque in iure liberorum. At ex l. Voconia vltra consanguineas iure agnationis fœminæ non admittuntur ad hereditatem legitimam, id est, neque agnatis maribus, neque sibi inuicem agnatæ iure legitimo succedunt, *§. cæterum, Instit. de legit. ag. success.* & Paul. *Sent.* E *tit. de intest. success.* ideoque iuris auctores cum tractant de iure legitimo successionum intestatorum consanguineos separant ab agnatis reliquis, & agnatos ita definiunt, virilis sexus personas ex eodem parente, virilis sexus ortas *l. 2. §. 1. D. de suis & leg. hered.* Cur dicunt virilis sexus personas? nam post consanguineos muliebris sexus personæ licet agnatæ sint, non admittuntur ad legitimam hereditatem. Lex Voconia coercuit fœminarum hereditates. vnde quod ait *l. 2. § 1. vnde legit.* in illo loco, *nec tantum masculi, &c.* bonorum possession. vnde legitimi dari non tantum masculis, sed etiam fœminis,

hoc tantum verum est in consanguineis fœminis, vel in liberis fœminini sexus, non in omnibus fœminis agnatis secundum leg. Voconiam, quæ obtinuit vsque ad tempora Iustiniani. At Iustinian. in *l. pen. huius tit.* restituit ius antiquum, vt quemadmodum liberi, ita agnati admittantur ad legitimam hereditatem in infinitum, cuiuscunque sint gradus, sine vlla discretione sexus, & sit ius æquabile, vt quemadmodum fœminis agnatis agnati succedunt: ita etiam maribus vel fœminis agnatæ in infinitum succedant ab intestato, nec paternum vitium, inquit, in *l. pen.* ex quo prodiit fœminea proles, ipsi proli noceat. quo loco aperte demonstrat Iustinia. se accedere sententiæ Stoicorum, qui ex sola vi patris existimabant prodire partum, quam & multi magni viri sequuntur, & Aristoteles ipse dum ait, vim fœminæ non esse vim vitalem, virus hominis solum esse vitale: contra Anaxagoras & Empedocles & Epicurus, vt Censorinus refert, ex quo Epicuro ita Lucret. lib. 4. *Semper enim partus duplici de semine constat.* vt autem Iustinia. in *d. l. pen.* nulla habita discretione sexus vocat agnatos ad legitimam hereditatem restituta l. 12. tab. abrogata l. Voconia: Ita etiam paulatim agnatos omnes vocauit ad legitimam hereditatem nulla habita discretione agnationis & cognationis, quam fecit tamen & l. 12. tab. & prætor ipse. Ac primum quidem Iustinia. fratres ex eodem patre tantum, qui sunt agnati, & fratres vterinos, qui sunt cognati, non agnati, simul admittit ad hereditatem legitimam defuncti intestati fratris sine liberis *l. vlt. hoc tit. l. vlt. §. vlt. sup. ad Senatusc. Tertull.* quod ita est accipiendum ex Nouella Iustinia. si defuncto nulli sint fratres ex vtroque parente coniuncti, & vtroque parente cognati, vel horum fratrum filii: Hi namque præcellunt, & illos excludunt ex Nouella *de heredib. ab intestato veni.* Item ex constit. Anastasii ab ipso Iustinia. approbata & adaucta, fratres emancipati ex rescripto principis reseruato iure legitimarum hereditatum, ne eo scilicet caderent per emancipationem, quod genus emancipationis Anastasius introduxit, vel etiam vt Iustinian. adiecit in *l. de emancipatis, hoc tit.* fratres emancipati alio legitimo modo, puta, ex leg. 12. tabul. vel ex constitut. Iustinia. nam triplex est emancipatio, legitima, Anastasiana, Iustiniana: fratres, inquam, emancipati quoquo modo emancipati sint, & fratres in familia retenti primum simul admittuntur ad legitimam hereditatem patris, licet emancipati sint cognati, non agnati, quia emancipatione tollitur agnatio, tolluntur familiæ sacra. Sic tamen emancipati admittuntur ad legitimam hereditatem patris cum suis, vt suis bona propria conferant, *l. liberos, sup. de collat.* quæ est coniungenda cum leg. 11. huius tit. & animaduertendum, *leg. liberos* loqui de successione patris, in qua emancipati suis conferunt. At legem 11. huius tituli loqui de successione fratris, in qua non est collationi locus: Itaque in leg. 11. huius tit. hic versus qui est appositus in extremo, *l. collationibus tamen, &c.* merito abest totus ab emendatioribus libris quamplurimis, & in Basilicis ab interpretatione facta, κατὰ πόδας, vt discere licet ex 45. Basil. qui editus est iamdiu Latine a Gentiano Herueto. Eum quoque versum Accursius ipse non agnouit. Est igitur spurius, cum nec res ipsa eum ferat, propterea quod lex seruat inter omnes fratres, siue sint emancipati, siue sui, iura legitimarum hereditatum, puta, vt sibi inuicem succedant. Qua de re cum agitur cessat collatio bonorum, quia non de hereditate patris agitur, sed fratris. Ergo ex hac *l. 11.* itemque *l. 4. sup. de legit. tut. & l. 5. sup. de curat. fur. dand.* quæ sunt eiusdem Anastasii, fratres emancipati, & fratres in familia, in potestate retenti, simul admittuntur ad legitimam hereditatem fratris vel sororis, siue is defunctus sit in familia, siue post emancipationem. Et ex constitutione quidem Anastasii fratres emancipati in hereditatem fratris intestati veniunt cum fratribus in familia retentis cum deminutione trientis, vt Theophil. declarat in §. 1. *Instit. de success. cog.* Ex constitutione autem Iustinia. veniunt sine vlla deminutione, id est, ex *l. vlt. huius tit.* & excludunt omnino agnatos, licet fratres emancipati non sint agnati. Excludunt etiam patrem defuncti fratris: Ita tamen vt si filius in familia retentus vita decesserit, pater in bonis eius aduentitiis retineat vsumfructum totum, quem habuit eo viuo, *vt l. vlt. §. vlt. sup. ad Senatusc. Tertul.* Sin autem filius emancipatus vita decesserit, in bonis quæ ab eo peruenerint ad fratres in familia retentos, vel etiam ad fratres emancipatos æque pater habet vsumfructum totum *ex l. de emancipatis, hoc tit.* Non obstat *d. lex vlt. §. pen. sup. ad Tertul.* quia vt reiiciam solutiones Accursii, illa l. vlt. non loquitur de fratribus emancipatis, sed de fratribus vterinis, qui pariter admittuntur cum fratribus consanguineis, quo casu si is qui decesserit emancipatus, ea lex patri tantum dat vsumfructum bessis, non vsumfrum assis. Ergo si quis *l. de emancipatis, hoc tit.* obiiciat d. l. vlt. dicas non de iisdem fratribus in vtraque agi. In hac agi de emancipatis, in illa de vterinis. At longe aliter hæc omnia definiuntur Nou. Iustinia. nempe vt sine vlla retentione vsusfructus, vel deductione, pater & fratres & sorores siue agnati siue cognati qui modo vtroque parente coniuncti sint, defuncto succedant pro virilibus portionibus pleno iure. Ac præterea notandum est ex hac *l. de emancipatis,* bona emancipati fratris iure legitimo deferri omnibus fratribus indistincte, exceptis bonis profectis a matre, quæ quidem lex vult pertinere ad eos tantum fratres, qui sunt ex eadem matre, non etiam ad eos fratres, qui sunt ex alia matre, eodem vero patre. Et inde ducitur quod vulgo iactatur, *materna maternis cedere, paterna paternis.* quod cum hæc l. *de emancipatis*, constituisset tantum in fratribus, quod notandum, mores tamen nostri trahunt ad omnes cognatos. Quod autem Anastasius dedit fratribus emancipatis, idem etiam Iustinia. dedit in *l. vlt. huius tit.* filiis fratris emancipati, licet agnati non sint, vt simul admittantur cum filiis fratrum retentorum in familia, hoc quoque casu nulla habita discretione agnationis & cognationis. & similiter idem Iustinia. in *l. pen. §. vlt. hoc tit.* pari iure esse vult filios fratrum, & filios sororum, quamuis ij cognati sint, illi agnati. Atque ita veluti per gradus, & paulatim eo ventum est, vt Iust. penitus tolleret differentiam agnationis & cognationis in Nouella 117. Iura paulatim crescunt & ampliantur *l. fid. §. si rem, in fine, de leg. 3.* & ius vetus quod inualuit, quod viget, quod hæret animis hominum melius tollitur per partes, quam semel eo abrogato, quoniam populus non facile dediscit, aut deutitur quæ insueuerit semel. Atque ita melius est ius vetus dediscere pedetentim. Recte Liuius quodam loco, *nihil mutari ex antiquo sine confusione multarum rerum & perturbatione populi.* Igitur melius est antiqua iura pedetentim aboleri, siue paulatim, sensim sine sensu. Non est omittendum quod est in *l. 12. huius tit.* Et sciendum est, vt intelligatur illa lex, impar esse matrimonium ex leg. Iulia & Papia, si maior quinquagenaria nupserit minori sexagenario: & cum dico impar esse matrimonium, significo non esse iustum. Apul. sexto Metam. *impares nuptiæ,* inquit, *legitimæ non possunt videri.* Et ita concubinatus, quod dicitur inæquale coniugium, impar coniugium, *l. 3. sup. de natural. liber.* etiam non est iustum coniugium, licet non sit illicita coniunctio, & sic in *l. 1. C. Theod. de colleg.* impari matrimonio opponitur iustum. Ergo ex l. Iul. & Papia. impar est matrimonium, & iniustum igitur, atque etiam illicitum ex illis legibus si maior quinquagenaria nupserit minori sexagenario. Item ex iisdem legibus impar est matrimonium si maior sexagenario duxerit minorem quinquagenaria. & Lactantius lib. 1. Instit. *legem Papiam sexagenariis fibulam imposuisse.* Verum hoc caput l. Pap. ne maior sexagenario ducat minorem quinquagenaria sustulit D. Claudius Imp. vt Sueton scribit in Claudio cap. 23. quia constabat sexagenarios generare posse.

posse. Et hoc est quod scribit Vlpian. *lib. reg. tit. 16.* ex A Senatusconsulto Claud. id est, cuius auctor fuit Claudius, si maior sexagenario duxerit minorem quinquagenaria, perinde esse ac si minor sexaginta annorum duxisset vxorem, id est, impar non esse matrimonium illud autem caput l. Papiæ, ne maior quinquagenaria nubat minori sexagenario Iustinia. sustulit in *l. pen. sup. de nupt.* nam est quidem plerumque sterilis maior quinquagenaria, vt in *l si sterilis, D. de action. empt.* quod non fit ἀνικανῆς τῆς γυναικὸς πρὸς σπέρματος ὑποδοχήν, vt ait Zonaras in Romano Argyropilo. Et Plinius quoque 7. & Aristot. 5. de hist. animal. tamen quia aliquando euenire potest, vt maior quinquagenaria partum concipiat atque edat, licet id raro eueniat, tamen Iustinia. censuit non improbandum esse matrimonium inter maiorem quinquagenaria & minorem sexagenario, quia sit aliquantula B spes liberorum. Alioquin si nulla sit spes, nefarium est matrimonium, quod non contrahitur liberorum procreandorum gratia. Et ideo, vt ostenditur in *l. 12. huius tit.* Si maior quinquagenaria forte partum ediderit, is partus erit suus heres patri, & habebit iura legitimarum nuptiarum, legitimæ hereditatis, iura consanguinitatis, iura agnationis, quasi legitimus partus, licet, inquit, *l. 12.* raro hoc eueniat: vbi non male græci notant, hanc legem constitutam de iis quæ raro eueniunt, cum tamen regulariter dicatur, legem non constitui de iis quæ raro, sed quæ vt plurimum eueniunt, *l. 3. 4. 5. & 6. D. de legib.*

C

AD TITVLVM LIX.

Communia de successionibus.

VEnio ad interpretationem tit. 59. *Communia de successionibus.* Ac primum quæro quid significent hæc verba, *communia de successionibus.* An vt glossa Rubricaria notauit, proponi sub hoc tit. communia quæ sunt successionibus ex testamento, & successionibus ab intestato? minime: Neque enim in ea vlla lex est, quæ pertineat ad successiones testamentarias. An igitur, quia initio huius libri dixit de successionibus intestatorum, quæ iure prætorio deferuntur, id est, de bonorum possessio- D nibus, quæ dabantur olim per septem gradus, hodie dantur per quatuor tantum, quorum primus est liberorum, secundus agnatorum, 3. cognatorum, 4. viri & vxoris. Postea vero dixit de hereditatibus intestatorum, quæ iure ciuili deferuntur agnatis solis, ac primum suis, deinde consanguineis, tum reliquis agnatis. Nunc proponit communia vtriusque success. ciuilis & prætoriæ ab intestato: Communia vtriusque iuris ciuilis & prętorii. Et hoc certe verissimum est: nam & nominatim *l. 2. h. t.* nihil *referre* ait, *iure ciuili, an iure prætorio pater meus ab intestato successerit propiori sobrino meo, quandoquidem siue hoc, siue illo iure successerit, si patri meo heres extiterim, & per eum propiori sobrino meo videor heres extitisse, ac proinde exercere possum omnes eas actiones, quæ propiori* E *sobrino meo competierunt. Denique agere possum tutelæ in eum qui gessit tutelam propioris sobrini mei, vt l. pen. sup. arb. tut.* Et hæc est sententia *l. 2. huius tit.* Propior autem sobrinus, vel sobrino dupliciter dicitur. Is qui patris mei consobrinus est, vt *l. IC. §. 5. D. de grad. aff.* Et aliquando etiam is qui consobrini mei filius est, vt apud Sext. Pompe. & in *l. 2. sup. vnde legit.* Item quod ait *l. 7. huius tit. affinitatis iure nulla successio promittitur*, sic legendum, vt in Basil. *non permittitur. nulla successio.* id est, neque ciuilis, neque prætoria siue honoraria, vt nominatim *l. 3. huius tit.* vitrico ait priuigni successionem nec ciuili iure deberi, nec prætorio. Ac similiter nouercæ priuigni successionem nullo iure deberi, quia affinitatis iure nulla intestati successio est. Ita etiam accipienda est *l. 4. hoc t.* dum ait, seruos successores habere non posse, vt scilicet successores nullo iure habere possint, quia & apud prætorem seruus pro nullo habetur, *l. 1. D. de iure delib. l. nullo, D. ad l. Cornel. de fals.* & cum hac *l. 4.* est coniugenda *l. liber sup. de petit hered.* vtriusque idem est Imperator, & idem Cos. Et ex hac in illa dies corrigendus, & ex illa in hac locus addendus: integra autem sententia hæc est. Si is cuius hereditas petitur dubitetur liber fuerit, an seruus, quæstionem de statu esse præiudicialem: Et de eo prius disputandum esse liber fuerit, an seruus, quam petatur hereditas, quia seruus heredem habere non potest, vt ait lex *seruus, hoc tit.* Et eodem modo accipienda est *l. 10.* dum ait, educatores nec ciuili nec honorario iure succedere posse alumnis suis, quæ etiam manifesto est communis vtriusque iuris, educatorem, inquam, alumno suo nullo iure ab intestato succedere hoc solo nomine, quod sit educator, & veluti pater, vt veteres Virgilius & Plautus nutritores & nutrices vocant patres & matres, & in plerisque partibus iuris, alumni filiorum loco sunt, vt tutores eis dati confirmentur, *l. Nesennius, D. de excus. tut.* vt alumni non cadant in generalem obligationem bonorum omnium, *l. 1. inf. quæ res pig. oblig.* vt imperfecto testamento relicta alumnis conseruentur ac si essent relicta filiis, *l. in testamento, D. de fid. libert.* vt non separentur ab educatore, *l. 3. § proinde, D. de lib. hom. ex hib.* vt etiam educatoris nomen assumant, *l. Lucius § munus, de legat. 2.* vt dubitetur an alumnam vxorem ducere liceat, *l. si quis sup. de nupt.* vt dubitetur an in eis sit locus SC. Syllan. *l. 1. § in eo, D. de SC. Syllan.* Et nunc vt dubitetur an eis educator ab intestato succedat, hoc tamen negatur nisi alio iure nitatur, quam nudo nomine educatoris. Communis est etiam vtriusque iuris & successionis *l. 8. h. t.* quæ ita definit, vt est in Regul. iuris, quandiu ex testamento adquiri potest hereditas, licet scriptus in eo non haberet assis capacitatem, neminem ab intestato succedere. Quæ sententia proculdubio pertinet etiam ad vtramque successionem intestatorum ciuilem, & honorariam. Communis etiam est vtrique successioni & iuri *l. 9. huius tit.* vt quod liber homo misceat se seruis alienis, non ideo fiat seruus domini ancillæ, nec ideo bonorum eius successio vindicetur a domino ancillæ, cui ille liber homo commisceat se, vt in *l 3. inf. de lib. caus.* & hoc ita est, etiam si liber homo me denuntiante, & vetante misceat se ancillæ meæ. Et respicit hæc lex ad SC. Claudianum, quo si libera mulier contra denuntiationem meam misceat se seruo meo, serua fit mea, & bona omnia eius cum capite in me transferuntur genere quodam successionis, *§. vlt. Instit. de success. sub.* quod tamen sustulit Iustin. vt hac in re nulla esset differentia inter marem & fæminam. i. vt quemadmodũ liber homo propter hanc commistionem non fit seruus, ita nec libera mulier propter eam fiat serua. Et cum hac *l. 9.* est coniungenda *l. vlt sup. de rei vindic.* cui locus ex hac *l. 9.* addendus est, & corrigendus dies, vt sit vbique 7. Cal. Ian. vtraque autem lege coniuncta intelligimus dominum ancillæ non habere iustam causam retinendi bona liberi hominis, qui contra denuntiationem suam consuetudinem habet cum ancilla sua: sed tamẽ quia bona eius tenet ille liber homo, si ea vindicet, nihil agit, nisi probet se eorum bonorum esse dominum. Nam in dubio vel in incerto pensior est conditio possessoris. Etiam *l. 5 h. t.* pertinet ad vtramque successionem, vt significant illa verba, *tam agnationis quam cognationis iure.* i. tam ciuili, quam Prætorio. Sed sententia *l. 5.* indiget interpretatione vel explanatione verius. Sententia plenior hęc est. Amita mea, vnde nos dicimus, *tante*, nam veteres Galli dixere, *amte*, quasi *amta*, inde depromptum est, *tante*, amita, inquam, mea quæ suscepit filios ex Titio, habet filios ex alia vxore, qui amitæ meæ sunt priuigni, amita mea illis est nouerca: Amita, inquam, mea illa defuncta est intestata relictis filiis susceptis ex Titio, qui mihi sunt amitini, *ce sont des cousins qui*

s'appellent ainsi, ego illis sum consobrinus. Hi vero amitæ meæ heredes extiterunt ex SC. Orfitiano, non etiam priuigni amitæ meæ, quia adfinitatis iure nulla est successio. Porro amitini mei etiam sunt mortui intestati sine liberis relictis fratribus natis ex priore vxore patris sui, qui erant eis consanguinei fratres, puta, nati ex eodem patre, diuersa vero matre, & ideo hi succedent amitinis quasi proximiores, quia sunt in 2. gradu, & me excludent, qui sum in 4. gradu: Nam in linea collaterali excepto gradu filiorum fratris vel sororis proximior gradus excludit inferiorem, seu prolixiorem, remotiorem, vlteriorem. At nunc finge vt absoluamus sententiam l. 5. Amita mea quæ suscepit filios ex Titio, qui mihi sunt amitini, ego illis consobrinus, mortuo Titio nupsit Gaio habenti filios ex alia vxore, qui amitæ meæ sunt priuigni, & ex Gaio 2. marito nullos suscepit filios: B Deinde ei mortuæ intestatæ successerant amitini mei. Nunc vero amitinis meis mortuis intestatis ego eis proximior sum heres, quia priuigni amitæ meæ, quos Gaius procreauit ex priore vxore amitinis meis neque sunt agnati neque cognati, id est, nullo iure eis sunt fratres, quia neque sunt ex eodem patre, neque ex eadem matre, sed ex diuerso patre & matre. Verum, vt alias ostendi in hac l. 5. sic est legendum. *Nam si amitinis tuis alio etiam patre natis non consanguinei eorum matris priuigni sunt* Quod autem ait *l. 6. huius tit.* Auunculum qui est 3. gradu præferri consobrino, qui est quarto, hoc sane proprie pertinet ad ius prætorium, quia est de cognatis. Sed cum sit posita sub hoc tit. idem omnino statuere licet in patruo, vt præferatur consobrino. Eodemque modo C quod ait *l. 1. h. tit.* pertinet quidem proprie ad ius prætorium, sed tamen quod in eius specie statuitur, commune est iuri ciuili: nam sententia l. 1. hæc est: Sororem emancipatam in bonis fratris emancipati pariter succedere cum fratre retento in familia, vt in *l. 1 sup. tit. prox.* videlicet per bon. poss. vnde cognati: Nam ex Constit. Anastasii etiam fratri emancipato frater retentus in familia, & soror emancipata vt legitimi heredes ex æquo succedunt adita hereditate, vel petita bon. poss. *vnde legitimi*. Ergo & l. 6. & l. 1. quod statuunt de iure prætorio, idem obtinet etiam in iure ciuili. Denique vt concludamus omnes *ll. huius tit.* sunt communes vtrique successioni ab intestato, quæ vel proficiscitur ex iure ciuili, vel ex iure prætorio: vna tantum est *l. vlt.* quæ nihil videtur perti- D nere ad communionem istam, cuius sententia hæc est. filiusfamil. bona materna, & lucra nuptialia, & generaliter hodie bona aduentitia non adquirit patri, nisi quantum attinet ad vsumfructum. Quis igitur mortuo filiofamil. in eis bonis succedit? nempe liberi eius si quos habeat excluso auo, & reseruato tantum ei vsufructu. deficientibus liberis, ei succedunt fratres vtroque parente coniuncti: & iis deficientibus fratres altero tantum parente coniuncti reseruato vsufructu patri: & rursus deficientibus iis omnibus proprietas horum bonorum redit ad vsumfr. id est, ad patrem. Et hanc *l. vlt.* probant Nouellæ Iustinia. quatenus præfert fratres vtroque parente coniunctos, quos Græci vocant ἀμφιθαλεῖς, fratribus ex altero tantum parente coniunctis, vt Nouella 84. At abrogatur hæc *l. vlt.* quatenus fratres præfert patri: E Nam Nouella 118. vult fratres pariter succedere cum patre pro virilibus portionibus sine deductione vsusf. hoc est quod pertinet ad *l. vlt.* ex cuius explanatione videmus, nihil in ea proponi quod sit commune vtriusque iuris ciuilis & prætorii, vtriusque successionis. Sed quia tit. duo qui sequuntur sunt de iisdem bonis maternis, vel de lucris nuptialibus, vel aliis quæ filiusfamil. patri non adquirit, ideo posita hac *l. vlt.* finem huius tit. ipso quodam veluti nodo connexuit cum tit. seq. vt *accidit tit. de inst. & subst. sup.* qui est de substitutionibus precariis conditionalibus, non de directis, excepta *l. vlt.* vt ab ea conuenienter subiiciatur tit. *de impub. & aliis substit.* qui est de substit. directis. Denique sæpe leges vlt. vnius A tit. sunt nodi sequentis tituli, ad quem iam accedemus.

AD TITVLVM LX.

De bonis maternis & materni generis.



Qvæ hactenus dicta sunt de intestatorum hereditate ad patresfamil. tantum intestatos pertinent, non ad filiosfamil. nam lex 12. tab. de patrefamilias loquitur, non de filiofamil. vt M. Tul. retulit his verbis. *Si paterfamil. intestato moritur, familia pecuniaue eius agnatorum gentiliumque esto.* Et ideo bona quæ relinquit filiusf. vel dicuntur peculia, vel bona vt *in h. tit. & tit. seq.* potiusquam hereditates, quia filiifam. plerumque hereditas non est. Potest autem filiusfam. habere bona quædam propria, vel tanquam propria: Nec enim omnia adquirit patri iure potestatis patriæ. Ea vero bona aut sunt castrensia siue militaria, aut pagana. Et castrensia aut castrensia sunt, aut quasi castrensia: & pagana rursus aut sunt profectitia, aut aduentitia. Castrensia sunt quæ filiusfam. adquirit occasione armatæ militiæ: Quasi castrensia quod adquirit occasione ciuilis, forensis, vrbanæ, literatæ militiæ. Huius peculii mentio fit in digestis non vno tantum loco, vt quidam non erubuit scribere, sed quamplurimis vt *l. 1. §. nec castrense, D. de coll. bon. l. 1. §. in filij, D. ad SC. Treb. l. 3. §. dari, D. de bon. poss. l. filiusf. in fine, D. de donat.* Profectitia autem bona sunt, quæ filiofam. dedit pater in cuius potestate est, quæ profecta sunt ex re patris, quod proprie patrimonium dicitur, id est, bona paterna, vt bona materna matrimonium apud Senecam, Suet. & Valer. Et bona fraterna fratrimonium, in libro notarum Senecæ. Aduentitia autem sunt quæ alius quilibet ei dedit, vel reliquit, vt bona materna, aut materni generis, de quibus est hic tit. bona materna sunt quæ mater ei dedit vel reliquit. Bona materni generis, quæ auia aut proauus maternus, auia aut proauia materna: si vt ait *l. 2. huius tit.* ea in eum contulerunt vel testamento, vel fideicom. vel legato, vel donatione, vel quo alio titulo, vel intestati successione: vbi testamentum significat hereditatem testamento relictam, vt in *l. illud, D. de adq. hered.* Repudiare testamentum, id est, repudiare hereditatem testamento delatam. Et Isocrates in Trapezitico: ὁ πατὴρ τοῦ καταλιπόντος τὴν διαθήκην ἐμοὶ, id est, *pater eius qui mihi testamentum reliquit*, id est, qui me heredem fecit, qui mihi hereditatem dedit. Et D. Ambrosius in eum locum Psalmi. *In veritate quæsiui testimonia tua. Nouum testamentum*, inquit, *singuli adeunt*, id est, *singuli adeunt hereditatem nouo testamento delatam, & omnes possident, tamen nec minuitur heredi quidquid a coheredibus vindicatur. Alia est conditio hereditatis humanæ: Nam si diuisa fuerit hereditas inter coheredes minuuntur emolumenta*, inquit, *& heredis est damnum adscriptio coheredis. Indiuisum est autem regnum Christi, indiuisa hereditas, quæ ad singulos pertinet ex asse, non ex parte.* Hæc ille pereleganter. Et in id quod hæc *l. 2.* ait de donatione collata in nepotem aut pronepotem, qui est in potestate sui patris, recte Thalelæus græcus interpres exigit, vt ea donatio sit confirmata morte donatoris: Nam vt inter virum & vxorem donatio ab initio non valet, sed confirmatur morte & silentio donatoris si in eadem voluntate perseuerauit vsque ad supremum vitæ exitum, ita etiam si quid mater, vxor mea, vel si quid socer meus, id est, auus maternus filii mei donet filio meo, qui est in mea potestate ab initio donatio non valet, sed morte confirmatur, si donator pœnitentia ductus non fuerit. Nam ea donatio pœnitentia penitus infirmatur: hæc omnia ostenduntur in *l. 3. §. verbum D. de donat. int. vir. & vxor.* vt autem de singulis generibus bonorum quæ proposuimus dicamus quo iure, quaque conditione sint: Primum castrensia bona, vel quasi castrensia

castrensia bona, id est, castrense vel quasi castrense peculium proprium est filiifamil. pleno iure, vt nec vsusfru. pertineat ad patrem, *l. cum oportet* §. 1. *tit. seq.* Et mortuo patre id retinet præcipuum, siue excipuum, nec confert fratribus, *l. 1. §. nec castrense, D. de collat. l. Titius, D. ad Treb. l. 23. §. seruum, D. de fid. libert.* Ac prætera in eis bonis, castrensibus scilicet, vel quasi castrensibus filiusfam. testamentarium heredem in eis bonis habere potest, quoniam ius habet testamenti faciendi de his bonis ex beneficio constitutionum, (ex priuilegio militiæ quod Constit. vltro concesserunt militibus armatis, vel literatis. Nam studiorum militia & commilitium est, vt loquitur Apuleius Florid. lib. Denique quandiu viueret filiusfamil. voluerunt constitutiones principum eum in bonis castrensibus, vel quasi castrensibus fungi iure & vice patrisfamil. *l. 2. D. ad SC. Maced. l. 15. §. si seruum, de castren. pec. l. 6. §. vlt. D. de ini. rupt. test.* Sed si de his bonis filiusfamil. testamentum non fecerit, mortuus superstite patre legitimum heredem non habet, atque ita facit exitum filiifamil. viuit vt paterfamil. in eorum bonorum causis, moritur vt filiusfamil. si testatus non sit, quia bona quasi castrensia aut castrensia pater eius qui eum viuendo vicit, qui ei superuixit, retinet non vt hereditatem filii, sed vt peculium filii sui, quod potest occupare suo iure tanquam rem suam, non tanquam rem filii. Et hoc ostendit *l. 1. & 2. & 9. & l. pen. §. pater, D. de castren. pec. & l. pen. inf. de castr. pec. mil. lib. 12. & l. 1. §. si qui bona, D. de coll. bon. l. vlt. D. ad SC. Tertull. l. filiusfamil. D. ad l. Falc.* Denique in castrensibus bonis, vel quasi castrensibus filiusfamil. testamentarium heredem habere potest, legitimum habere non potest ab intestato, si ei superuixerit pater. Et ita etiam virgo vestalis olim testamentarium heredem habere potuit, quia statim vt capta erat, sic loquebantur, exibat de potestate patris, & ius testamenti faciendi adipiscebatur, vt & Hermias retulit in historia Ecclesiastica 1. cap. 4. Et tamen vt Labeo scibit in commentariis ad *l. 12. tab.* virgini vestali intestatæ nemo legitimus heres esse potuit, sed bona redigebantur in publicum. Et hæc de castrensibus vel quasi castrens. bonis filiifamil. Profectitia proculdubio pertinent ad patrem pleno iure, non per vsumfructum tantum, & in eis filiusfamil. neque testamentarium, neque legitimum heredem habere potest, quod ante Constit. obtinuit etiam in omnibus bonis aduentitiis, vt per filiumfamil. pleno iure adquirerentur patri etiam bona materna, vt inquam, bona materna adquirerentur patri pleno iure vt rectissime in *l. 1. h. t.* notauit Thalelæus. Atque etiam Accurs. eorumque sententia euidenter comprobatur *l. 6. in prin. & l. filiusfamil. de adq. hered. l. 1. §. qui operas, D. ad SC. Tert. l. 3. §. verbum, D. de donat. int. vir & vxor. l. 1. inf. de lib. exhib.* Et Dominus Alciatus qui contra scripsit, etiam ante Constantinum, ante edictum Constantini quod proponitur in *l. 1. huius tit.* dominium bonorum maternorum non pertinuisse ad patrem, id puto eum dicis causa, non quod reuera ita sentiret scripsisse. Et nihil est quod huius nouæ & paradoxæ sententiæ: nam hoc scripsit in libris paradoxorum, nihil, inquam, quod huius nouæ sententiæ introducendæ gratia adferat, nihil est quod careat calumnia manifesta. Nam primum quod ait ex *l. cum oportet, in princ. tit. seq.* dominium bonorum maternorum non adquiri patri ex veteris iuris obseruatione, hoc non est iure vetustiore edicto Constantini. Est igitur ex veteris iuris obseruatione, id est, ex edicto Constantini, non ex eo iure, quod valuit ante Constantinum. nullum etiam est argumentum quod ducit ex *l. filiusfam. ff. de inoff. test.* quæ l. ait patrem agentem nomine filii de inofficioso testamento matris commodum victoriæ parare filio. Non hoc significat, bona materna adquiri filio, quia in querela inofficiosi testamenti matris, non agitur principaliter de bonis maternis, sed est quæstio officiorum, materia officiorum vt Quintilia. ait, id est, agitur potissimum de

A meritis filii, an sit merito exheredatus a matre, & commodum victoriæ patris qui nomine filii egit querela inoff. testamen. proprie pertinet ad filium, quia iudicatur non esse male meritus de matre, & iustas causas matrem non habuisse irascendi filio, atque ita abolet nota exheredationis, quam filio inusserat quasi ingrato, quasi immerito. Commodum ergo victoriæ non est adquisitio bonorum maternorum, quæ mox per filium ante Constantinum adquirebantur patri pleno iure, sed bona existimatio filii, vt existimetur esse probus, gratus, & bene meritus erga matrem, & indignus etiam nota exheredationis. Nullum est etiam argumentum quod ducit ex *l. pen. D. ad SC. Tert.* quæ dicit ex oratione Antonini Imper. hereditatem matris intestatæ pertinere ad filium, licet sit in potestate patris. Ergo, inquit, non adquiritur patri hereditas matris delata filio, quæ illatio B vitiosissima est: Nam fateor quidem pertinere hereditatem matris ad filium ex oratione Antonini, sed mox per filium adquiri patri. Nec animaduertit idem esse orationem Anton. & SC. Orfitia. quoniam SC. sequi solebat orationem principis, qua Senatui princeps suadebat, vt quid decerneret. Denique SC. Orfit. quo hereditas matris filio defertur ab intestato, fuit factum auctore Antonino, vt est in Instit. id est, secundum orationem Antonini in Senatu recitatam, vt etiam filiof. obueniret legitima hereditas matris, & mox ab eo transiret ad patrem iure patriæ potestatis. Ac postremo nullum est etiam quod ducit ex *l. 1. sup. qui admit.* Primum quoniam C ea lex non loquitur de bonis maternis: deinde quia etiamsi intelligatur de bonis maternis, ea l. potius probat dominium bonorum maternorum adquiri patri, videlicet si filiusf. bonorum possess. *vnde legitimi*, admiserit intra constituta tempora & intra eadem quod fecit filius, ratum habuerit pater: Nam ita commodum bonorum possessionis adquiritur patri: at post tempora constituta petitio bonorum possessionis nec filio nec patri proficit. Et hæc est sententia l. 1. Igitur cum Alciatus sit destitutus suis argumentis, licet vt est apud Aristot. argumentari ad hominem, quod fit hoc modo. Tu tuam sententiam his testimoniis confirmare vis, hæc ego testimonia refutaui. Restat igitur esse falsam tuam sententiam. Igitur concludamus, primum esse Constantinum qui in *l. 1. huius tit.* definiuit, vt bonorum maternorum D delatorum filiofam. proprietas pertineret ad filium, & vsusfr. tantum ad patrem, vt fruendi duntaxat facultatem haberet pater. Tribonia. maluit scribere fruendi facultatem, quam vti verbo prisco quod erat in C. Theod. *l. 1. eod. tit. vt fruendi pontificium habeat pater*, id est, *potestatem*, vt in *l. 3. C. Theod. de fide Cathol. hæreticis non permitti facultatem pontificiumque obtinendarum Ecclesiarum.* Et Symmachus in epistolis. *Optimum factu credidi, vt æternitati tuæ causæ istius pontificium reseruarem.* Et Solinus cap. 21. *Deuotionis quam peregre prosequebantur pontificium mox intra suos fines receperunt.* Et in precibus Ecclesiæ nostræ recte: *Deus qui beato Petro ligandi & soluendi dedisti pontificium.* Constitutio autem Constantini trahitur etiam ad bona materni generis in *l. 2. h. t.* vt eorum quoque proprietas non adquiratur patri, sed E vsusfru. tantum, & nihil mutat si pater filio nouercam superduxerit: Nam ideo non amittit vsumfr. in bonis filii maternis aut materni generis *l. vlt hoc tit. l. de emancipatis, sup. de leg. hered.* & nouella 22. abrogata hac in *l. 3. C. Theod. de bonis mater.* Addit autem Constantinus in hac l. 1. patrem debere vti frui bonis maternis filii sui boni viri arbitratu conseruatis rebus omnibus illæsis, qua in re debet præstare diligentiam & custodiam omnem. neque tamen exigit lex, vt pater filiof. præstet satisdationem fructuariam, non exigit vt filiof. caueat dato fideiu. se boni viri arbitratu vsurum fruiturum, quoniam inuerecundum est a sacro nomine patris exigere fideiuss. nec fide eius esse contentum, quod etiam confirmat *l. vlt. §. sin autem æs, t. seq.* item eadem l. 1. ait, patrem

præter vsumfructum, quem habet in bonis maternis filii, A etiam hoc habere, vt possit exercere omnes actiones. In examine, inquit, Basilica, vertunt, ἐν δικαστηρίῳ, id est, in iudicio, descendentes ex causa eorum bonorum, quia ipse filiusfamil. non habet legitimam personam in iudicio, *l. filiusfamil. D. de oblig. & act.* quia rem in iudicium deducere non potest, qui est in potestate alterius non sua, *l. vlt.* §. *1. in fine tit. seq.* quod adeo verum est, vt & pater eas actiones per procuratorem exercere possit. Qui alieno nomine agit, id est, procurator regulariter alium procuratorem dare non potest ante litem contestatam: at pater ante litem contestatam in hac specie procuratorem dat ad instituendas actiones, quæ descendunt ex causa eorum bonorum, nimirum quia suo nomine agit, & suis etiam sumptibus, vt lex ait, & suo nomine eum agere lex indicat, dum ait, *eum perinde agere* B *atque si solidum perfectumque dominium earum rerum ei quæsitum fuisset.* agere igitur suo nomine. At postremo adiicit patrem tamen non habere ius alienandi, vel distrahendi, vel pignerandi bona materna filii, vt in *l. 2.* atque ita hoc casu euenit, quod tamen lex *ait prætor, D. de iure delib.* ait esse absurdum & incongruum, vt cui interdicitur alienatio rerum, ei liceat exercere actiones, vt ante dictum est, propterea quod persona filiifamil. non est legitima in iudicio sine voluntate patris. Ita fit vt pater exerceat actiones, & tamen ius alienandi, vel pignerandi non habeat: Nam si quid alienauerit postea filio rem vindicanti nulla obstabit præscriptio longi temporis. præscriptio 30. annorum, quæ a Cassiodoro dicitur *patrona humani generis*, obstabit, vt in *Nou.* 22. quæ tamen numeranda erit a pubertate filii, & ab eo C tempore, quo sui iuris factus erit, vt in *l. 4.* §. *vlt. tit. seq. l. 1.* §. *vlt inf. de ann. except.* Et vltimo etiam addendum est ex *l. 2. huius tit.* mortuo patre filiumfamil. bona materna & materni generis retinere præcipua, vt bona castrensia, nec conferre fratribus, vt in *l. 4. tit. seq. & l. vlt. sup. de coll.* & notandum tamen in hac *l. 2.* vulgo corrupte ita legi, *Præcipua computetur, nec ab illis qui ex parte sunt coheredes vindicentur.* Omnes libri scripti, & Codex Theod. habent *ex patre.* ἀπὸ τοῦ πατρός. Basil. Igitur restituatur hæc lectio, & ita legatur: *ab illis, qui ex patre sunt coheredes*, id est, fratribus: nam extraneo heredi non fit collatio, sed fratri, id est, coheredi, consortique eiusdem patris. Quod ius fuit olim patriæ potestatis vt bona aduentitia, quæ obuenirent filiofamil. per eum confestim pleno iure adquirerentur patri, ab eo D primum excepit Constant. in *l. 1. huius tit.* bona materna, quæ noluit patri adquiri, nisi per vsumfr. tantum, & iis adiecit vt eodem iure essent eademque conditione, Arcadius & Honorius bona materni generis in *l. 2.* sine distinctione, superduxerit filio nouercam pater an non, vt scilicet indistincte eorum bonorum ei vsusfructus debeatur *l. 4. & vlt. huius tit.* At nunc quæro, quid sit dicendum, si posteaquam bona materna, aut materni generis ad filiumfamil. peruenerunt, is filius a patre emancipatus sit: Nam emancipatione filii vsusfructus, quem in eis bonis iure potestatis habuit pater proculdubio extinguitur finita potestate, & finitur emolumentum potestatis omne. Denique vsusfructus finitur quem in eis bonis pater habuit potestatis iure. Et hoc casu placebat pro præmio emancipationis, quod sua potestate filium liberauerit, eumque fecerit patremfamil. E patrem posse retinere eorum bonorum trientem pleno iure, vt *l. 1. & 2. & l. penult. C. Theod. eod. tit.* Et est de eo præmio emancipationis aliquid etiam in *l. 3. huius tit.* & in *l. 2. in fine tit. seq.* hodie autem ille triens, illudue præmium emancipationis sublatum est Constitut. Iustiniani, id est, *l. 6.* §. *cum autem, tit. seq.* §. *hoc quoque, Instit. per quas pers. nob. adq.* Et pro præmio emancipationis hoc tantum datur patri emancipatorum, vt in eis bonis habeat semissem vsusfructus, nihil præterea, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod est beneficium bonorum quærendorum vt ait *l. 1. D. si a parente quis manu.* At rursus quæro, quid sit dicendum, si bona materna, aut materni generis obueniant filio iam emancipato: Nam per filium emancipatum nihil patri adquiri potest, sed tamen etiam ad remunerandam emancipationem leges in bonis quæsitis post emancipationem a matre, vel a materno genere concedunt patri virilem portionem vsusfructus, siue vnus, siue plures fuerint filii emancipati: virilem igitur partem habet vsusfructus, non quasi adquisitam, cum per liberum hominem nobis non possit adquiri, sed quasi lege concessam. Et hæc est sententia *l. 3. hoc tit.* quæ ostendit idem procedere in omnibus liberis cuiuscumque gradus, vel sexus sint, nedum in filiis, & filiabus. Et hæc sufficiant de bonis maternis & materni generis.



AD TITVLVM LXI.

De bonis quæ liberis, &c.

BOnis maternis & materni generis in hoc tit. adiunguntur *l. 1. 3. & 4.* bona quæ filiusfamil. vel filiafamil. adquirunt ex causa matrimonii, puta ex causa dotis, quam maritus lucratur, vel ex causa donationis propter nuptias, quam vxor lucratur soluto matrimonio, vel ex hereditate, aut legato, aut fideicommiss. mariti vel vxoris, vt hæc etiam bona eodem iure sint, & eadem conditione, qua in superiore tit. dictum est, esse bona materna & materni generis. Ab iis bonis quæ ex matrimonio filiifamilias adquirunt, recte *l. 2. hoc tit.* separat dotem, quam pater de suo dedit filiæ nomine, & donationem propter nuptias, quæ velut dos est viri, quam pater dedit filii nomine: Nam hæc soluto matrimonio si viuat pater, ad patrem redit pleno iure, vel ex conuentione, vel auctoritate legum, vt ait *l. vlt. sup. commun. vtriusq. iudicij*: quia ea bona sunt profectitia, non aduentitia: & ideo merito separantur ab aduentitiis in *l. 2.* Mortuo autem patre intestato ad quem redierat dos, vel donatio propter nupt. profectitia plenissimo iure & mortuo eo filiis superstitibus, vt cætera bona patris, ita ea dos & donatio propter nupt. in commune redigitur. Ex testamento autem, si collatio bonorum fuerit prohibita a patre, quod hodie omnino exigitur ex Nouella 18. alioquin non minus ex testamento collatio bonorum fit inter fratres, quam ab intestato iure nouissimo, non iure antiquo, quo collationi locus erat inter liberos ab intestato tantum, non ex testamento, *l. 1. sup. de collat. & d. l. vlt. sup. communia vtriusque iud. l. si filius, D. si quis omiss. caus. testam.* Dico ergo ex testamento si collatio bonorum fuerit prohibita a patre nominatim, adscriptis extraneis heredibus, filios & filias dotes suas præcipuas habere, quæ redierant ad patrem. Testamento autem facto inter liberos nullo adiecto extraneo non retinere dotes suas præcipuas, nisi eatenus quatenus ex bonis suis pater aliis filiis dedit ex eadem causa, vel militiæ adipiscendæ causa, id est, officij Palatini. Et hæc est sententia *d. l. vlt.* Porro bonis quæ filiifamil. adquirunt ex matrimonio *l. 5. huius tit.* adiungit etiam ea bona, quæ adquirunt filiifamil. ex sponsalibus, puta, munera sponsalitia, quæ & sponsalia dicuntur, vt etiam in eis bonis pater tantum habeat vsumfr. non dominium proprietatis plenius accepta *l. 1. huius tit.* & mariti vxorisque nomine, quod est in ea *l. 1.* porrecto ad sponsum & sponsam, vt *l. 3.* refert, qui locus est singularis, Iulianum IC. in interpretanda *l. Iul. de fundo dotal.* vt opinor, qua tractauit de eo capite l. Iuliæ quod erat in l. scriptum de marito, Ne maritus prædium dotale alienaret, vel obligaret, eum porrexisse etiam ad sponsum, vt & Caius ex Iuliano vt opinor, facit in

in *l. 4. D. de fund. dot.* Et ad extremum Iustin. generaliter constituit, vt nullorum bonorum aduentitiorum dominium adquiratur patri per filium aut filiamf. sed vt vsufr. tantum eorum contentus esset *l. 6. hoc tit.* quo iure vtimur. Et obserua quibus gradibus res lente processerit. Primum Constantinus noluit bonorum maternorū dominium adquiri patri, sed vsumfructum tantum quandiu viueret in *l. 1. tit. sup.* deinde iis etiam adiecit Arcadius bona materni generis in *l. 2. eod. tit.* Tum iis adiecit Theod. lucra nuptialia in *l. 1. hoc tit.* post iis adiecit Leo lucra sponsalitia in *l. 5.* atque ita paulatim eo ventum est, vt eodem iure censerentur esse omnia bona aduentitia in *l. 6.* quo certe modo ius vetus cui populus insueuit & quo vix fieri potest, vt desinat vti repente, dissuatur melius quam discindatur, vt alio exemplo memini me demonstrasse in *tit. de leg. hered. sup.* In castrensibus autem vel quasi castrensi. bonis pater nihil omnino iuris habet, nec proprietatem nec vsumfr. vlla ex parte. Ac ne præmium quidem vllum emancipationis, de quo ante dictum est, ex castrensibus bonis, vel quasi castrensibus ferre potest *l. 6. §. cum autem, hoc tit.* Et iis bonis *l. penult.* adnumerat liberalitates principum collatas in filiosfamil. vt sint filiis quasi in castrensi peculio. Idem etiam sequimur in bonis aduentitiis, quæ scilicet a matre, vel auia, vel alio parente filiofamil. data vel relicta sunt ea lege ne vsusfr. adquiratur patri, sed vt is filius sit & proprietarius & fructuarius, id est, plenus dominus in Nouella 117. quæ inquam, ita sub ea lege data vel relicta sunt filiofam. a matre, vel aliis parentibus post legitimam portionem, μετὰ τὸ νόμιμον μέρος, vel, μετὰ τὸ νόμιμον τετιμημένον, quoniam legitimæ portioni debitæ filiis, vel liberis a matre, vel alio parente nulla lex imponi potest. Sed cæteris tantum bonis extra portionem legitimam, & inter cæteras res hæc nimirum vt vsusfructus non pertineat ad patrem. Addo, idem etiam esse in bonis aduentitiis quæ lex culpa viri aut mulieris diuortio facto addicit liberis: Nam in eis bonis nec vsumfr. habiturus est pater ex Nouella 134. & conuenit quidem hæc exceptio si culpa vxoris diuortium factum sit. Sed si diuortium factum sit culpa viri, bona quæ viro auferuntur & dantur liberis, cum dicuntur ad eos pertinere pleno iure hæc exceptio non pertinet ad bona aduentitia, de quibus tractamus, sed ad bona profectitia. Non est omittendum etiam in bonis aduentitiis vsumfr. habere patrem secundum quod generaliter constituit Iustinia. si velit: nam si nolit, filiusfam. erit plenus dominus bonorum aduentitiorum. Et idem etiam erit si recusante patre filiusfamil. delata bona aduentitia adeat, delatam hereditatem aduentitiam adeat: nam & hoc casu in eis bonis quibus quærendis non est ad sensus pater, nihil iuris habiturus est, *l. vlt. h. tit.* Idemque euenit, vt eadem lex ostendit in fine, si seruus sit relictus filiofam. vt eum manumittat confestim post mortem testatoris & aditam hereditatem: Nam quis potest momento illo temporis in eo seruo vsusfr. competere patri? Etiam ab ea generali definitione Iustinia. est excipiendus vnus casus, qui proponitur in *Nouella* 118. Sed priusquam ille casus explicetur, explicanda est grauis quæstio, cuius definitionem differam in diem crastinum. Quæstio hæc est, mortuo filiofam. ad quem pertineant bona aduentitia, & an in eis heredem habere possit. & constat testamentarium heredem in eis habere non posse, quia filiusfam. non habet ius testamenti faciendi, nisi de castrensibus, aut quasi castrensibus bonis ex priuilegio militiæ, vel quasi militiæ, non etiam de aduentitiis, quæ nec alienare potest nec pignerare sine voluntate patris *l. 2. inf. de castr. pecul. mil. lib. 12.* Testamentum autem facere de eis nec ex voluntate patris potest, *l. 6. D. qui test. fac. poss.* quia testamenti factio iuris publici est, non arbitrii priuati hominis, id est, ius publicum dat testamenti factionem non pater, aut quisquam alius priuatus homo. Denique ne permissu quidem

A dem patris de aduentitiis filiusfam. testamentum facere potest quamdiu viuit pater, qui eorum bonorum vsumfruct. habet, *l. vlt. § filiis h. tit.* imo & si quorundam bonorum aduentitiorum vsusf. non pertineant ad patrem, vt quibusdam casibus heri ostendi contingere, sed pleno iure ea bona pertineat ad filiumfamil. viuo patre de eis testamentum facere non potest, *l. Imperator, D. ad SC. Treb. l. pen. sup. qui test. fac. poss.* quia l. 12. tab. quæ ius testamenti faciendi dedit de patrefamil. loquitur, non de filiof. his verbis. *Pater fam. vti legassit*, id est, *vti testatus, ita ius esto.* Et eadem ratione, quia etiam in causa intestati eadem lex de patrefamil. loquitur, non de filiofam. vt docui initio tit. sup. & legitimum heredem ab intestato filiusfam. non habet, sed omnia eius bona pater qui superuixit occupat iure peculii, id est, vt rem

B suam a se filio concessam in peculium, non iure hereditatis, etiam castrensia, & quasi castrensia bona si filiusf. intestatus mortuus fuerit. Sed huic iuri nonnihil derogarunt nouissimæ constitutiones: nam ex nouissimis constitutionibus filiusfamil. in bonis aduentitiis habet heredes legitimos liberos suos, si quos reliquerit. Igitur si filiusf. liberos reliquerit, bona eius ad eos transeunt iure hereditario potius, quam ad patrem iure peculii, etiamsi in eius potestate sint, id est, in potestate aui paterni *l. 3. h. tit.* non quidem bona profectitia, quæ omnino redeunt ad patrem mortuo filiofam. id est, ad eum a quo sunt profecta, sed bona aduentitia, reseruato vsufr. auo paterno, exceptis casibus heri expositis, quibus bonorum aduentitiorum ne vsusfr. quidem parenti adquiritur. Et vt quidam opinantur, filiusfamil. etiam in ca-

C strensibus, & quasi castrensibus bonis, de quibus testatus non est, habet legitimos heredes liberos suos ex Nouel. 118. potius quam patrem successorem iure peculii. Post liberos autem filiifamil. vocantur in bona aduentitia fratres eius ex vtroque parente coniuncti vna cum matre, si superstit, reseruato toto vsufr. patri. Et post hos vocantur fratres ex vno parente coniuncti æque reseruato vsusfr. patri, vt in *l. 4. & l. 6. §. sub hac, & §. pen. hoc tit. l. vlt. sup. communia de success. l. vlt. §. vlt. sup. ad SC. Tertul. l. de emancipatis, sup. de leg. hered.* & reseruatur vtique semper vsusfr. parenti in cuius potestate defunctus fuit, siue is parens domum secundis nuptiis auxerit, siue non, vt *d. l. de emancip. & l. vlt. sup. tit. prox.* abrogata *l. 3. & vlt. C. Theod. eod. tit.* Post hos autem omnes, id est, post liberos, & post fratres vocatur pater defuncti

D filiifam. in ea bona, non etiam auus paternus, licet defunctus in eius potestate fuerit, solo vsufr. reseruato auo paterno vt *l. 3. h. tit.* Et postremo post patrem vocatur auus in cuius potestate est. Et hic quidem ordo obtinuit ante Nouellam Iustiniani 118. quæ hunc ordinem confudit & perturbauit: namque ex ea si filiusfam. defunctus sit nullis relictis liberis, pater, & mater, & fratres eius si hi omnes supersint simul iure hereditario vocantur in bona eius aduentitia pro virilibus portionibus pleno iure, nullo reseruato vsufr. parenti. Atque ita euenit vt si fratres superstites sint in potestate, patris virilis portionis eorum vsusfr. non pertineat ad patrem. Qui est alius casus quem in hanc recitationem heri reseruaueram, quo bonorum aduentitiorum, puta, fraterno-

E rum vsusfr. non pertinet ad patrem, sed plenum dominium pertinet ad filiumfamil. Et ita apparet ex iis quæ diximus, fieri vt in bonis aduentitiis filiusfamil. habeat legitimum heredem, qui in eis testamentarium heredem habere non potest, vt e contrario didicimus, in castrensibus, vel quasi castrensibus eum habere posse testamentarium heredem, non etiam legitimum. Nunc sequitur vt exponamus partem illam huius Rubricæ, *Et de eorum administratione*, id est, de administratione bonorum, quæ acquiruntur liberis in potestate constitutis, cui scilicet ea competat, & in quibus consistat. Et certum quidem est administrationem bonorum aduentitiorum pertinere ad parentem in cuius sunt potestate liberi,

licet proprietas sit liberorum. Administrationis partes A hæ sunt, exercere actiones, id est, dictare & pati consentiente filiofamil. nisi absit, vel infans sit, vt in *l. vlt. §. vbi autem in vnum h. tit.* exemplo tutorum *l. 1. §. sufficit D. de adm. tut.* Item impendere laborem & sumptum in lites, quæ ex causa eorum bonorum mouentur ex fructibus, quorum ipse pater dominus est, vt in *l. 1. sup. tit. prox.* & *d. §. vbi autem in vnum.* Item mancipia quæ in eis bonis sunt alere & vestire, debitores exigere, creditores soluere, & nomine filii vendere res mobiles & immobiles si opus sit, legatorum a filio relictorum, aut fideicommissorum soluendorum gratia, vel æris alieni soluendi gratia, maxime vsurarii, quoniam nihil est quod citius exedat bona, quam cursus vsurarum. Nomine, inquam, filii vendere, vt ait *l. vlt. §. sin autem æs alienum, & §. sin autem non habeat, & §. sed pater quidem, h. t.* quia suo no- B mine pater nihil alienare, vendere, aut obligare potest: & recte suo nomine, *l. 6. §. ne autem h. tit.* nam filii nomine alienare, & obligare potest ex iusta causa, puta vrgentibus creditoribus, aut legatariis. Item pars administrationis est vendere res onerosas hereditati aduentitiæ filiofamil. delatæ, quas expedit vendere potius quam retinere, quæ detrimento potius sunt, quam vsui, & pretium redactum ex earum rerum venditione insumere in res, & causas hereditarias, in rem filii, non in rem suam, *l. vlt. §. ne autem licentia parentibus, h. tit.* Et generaliter prima pars administrationis est tueri omnia diligenter in *l. 1 sup. tit. prox.* Nam vt in procuratore, in tutore, curatore, gestore, id est, procuratore voluntario, ita in omni administratore, etiamsi is sit pater eius ad quem negotia pertinent, exigitur asperitas, diligentia, C & grauitas summa: & inde Martialis eleganter. *Sane certus, & asper homo, procuratorem qui vultu præferat ipso.* Quod de procuratore ille, idem de quolibet administratore dici potest, vt ab eo exigatur custodia, cura, diligentia summa. Sed non tamen in omnibus eodem iure sunt omnes administratores, vt ecce pro officio administrationis tutoris & curatoris bona tacito iure pignerata sunt iis quorum res est, *l. pro officio sup. de administ. tut. l. vlt. sup. de leg. tut. l. vn. sup. rem al. gerent. l. vn. §. & vt plenius sup. de rei vxor. act.* At nomine administrationis bonorum aduentitiorum, quam habet pater in bonis eius, filius non habet tacitam hypothecam, tacitum pignus. Item ab aliis administratoribus finita administratione rationes exiguntur: a patre non exiguntur, id est, non exigit filius a patre iure iudicioque, vt ei reddat ratio- D nem administrationis suæ: hoc enim esset inuerecundum. Item alii administratores incipientes administrationem satisdant, *rem saluam fore:* pater non satisdat, reuerentia patris & sanctitas pro satisdatione est, *l. 6. §. non autem, l. vlt. §. sin autem non habeat hoc tit.* neque pugnat *§. vlt. l. 6.* qui tamen pugnare videtur, & tacitæ hypothecæ subiicere bona patris pro officio administrationis, nisi dicamus statim quod est verissimum illam *l. 6. §. vlt.* non loqui de omnibus bonis aduentitiis, quorum proprietas pertinet ad filiumfamil. vsusfru. ad patrem, sed specialiter tantum de bonis, quæ pater lucratus est ex matre filiifamil. quæ quidem bona, si pater secundis nuptiis occupauerit domum, debet seruare filiis priorum nuptiarum: & similiter loquitur ille §. *vlt.* de bonis, quæ a matre, vel materno genere peruenerunt ad filium, E quæ etiam pater fructuarius si secundis nuptiis occupauerit domum omnino debet conseruare filio suo famil. Et eo nomine bona patris filio sunt tacito iure pignerata vt in *l. si quis prioris §. vlt. sup. de secund. nupt.* Igitur si quis obiiciat illum §. *vlt.* §. *non autem eiusdem l. 6.* Respond. breuiter eum §. *vlt.* loqui specialiter tantum de bonis profectis a matre, vel stirpe materna, & de patre qui secundis nuptiis occupauit domum. Ratio secundarum nuptiarum eius patris bona subiicit tacitæ hypothecæ nomine administrationis: non omnium bonorum aduentitiorum, sed maternorum tantum, aut materni generis,

etiam cum eo, quod diximus patrem reddendis rationibus non esse obnoxium, non pugnat *l. vlt. §. sin autem æs alienum hoc tit.* dum ait patrem qui maturius non exoluit æs alienum vsurarium, debere vsuras, quæ post cesserunt præstare ex fructibus, vel de suo. Nam hoc non est exigere rationem administrationis a patre, sed hoc est lege finire hanc administrationis partem, siue functionem, sicut in §. *non autem licentia parentibus, eiusdem leg. vlt.* quod ait patrem pretium redactum ex venditione rerum inutilium, quæ oneri erant potius, quam fructui, debere insumere in res & causas hereditarias, hoc etiam est explicare partem officij administrationis, quæ patri incumbit, non dare facultatem filio agendi cum patre de rationibus reddundis. Postremo non est omittendum ex *l. vlt. huius tit.* quod quandoque eueniat vt delatam hereditatem filiofamil. aduentitiam, vel etiam castrensem, vt si a commilitone heres instituatur, vel filius recuset adire vel pater: nec bene inter eos ea de re conueniat: & tum ita statuit *d. l. vlt.* vt recusante filiofamil. delatam heredit. aduentitiam, vel etiam castrensem, vt ait in §. *similique modo,* ipse pater possit adire suo nomine, seque implicare negotiis hereditariis, nihil iuris in ea hereditate habente filio, nihil etiam sentiente ex ea oneris vel incommodi, sed omni commodo & incommodo transfuso in patrem, qui suo nomine adiuit recusante filiofamil. quo genere fit, vt qui non est heres scriptus adeat hereditatem veluti scriptus, quod ipse & is qui scriptus est pro vno homine habeatur: nam vinculum potestatis efficit vt pater & filius vnus homo esse censeatur. Et quod dicitur de hereditate idem obtinet in quolibet alio lucro aduentitio, siue veniat ex contractu siue ex vltimo iudicio. Quod si pater recuset adire hereditatem delatam filio, aut filio si recuset consentire adeunti, filius suo nomine adire potest iniussu patris in cuius potestate est, quod est contra regulam iuris, ne filiusfamil. adeat iniussu patris. Sed is casus facile desciscit ab ea regula, quia nec si recusante patre filius adeat suo nomine, ea aditio patrem æri alieno obligat, sed omne commodum & incommodum hereditatis respicit ad filium, non ad patrem, qui etiam in ea hereditate quam recusauit ne vsumfr. quidem habiturus est. Et si forte filius sit minor 25. annis, id est, nondum capax administrationis rerum suarum, dabitur ei; vel potius hereditati curator, quoniam filiofamil. vix datur curator, sed bonis eius datur: Et si velit agere filius suo nomine, vel excipere actiones, quia etiam filiifamil. persona in iudicio non est legitima sine voluntate patris, pater officio iudicis licet non sponte patris ea bona adierit, cogetur ei litiganti consensum accommodare. Et hæc ita si filiusfamil. infans non sit: Nam si sit infans, pater poterit nomine eius adire hereditatem quæ ei delata est, vt in *l. si infanti, sup. de iure delib.* adibit nomine filii. sed quod mirum est, nihilominus obligatur æri alieno hereditario, & omnibus molestiis hereditariis, *l. vlt. §. vbi autem,* quod valde nouum est, vt qui adiit alieno nomine obligetur hereditati, quia scilicet non tam alieno nomine adiuit, quam suo, sed postea filiusfamil. poterit mutare factum patris, & improbare petita restitutione in integrum aduersus aditionem patris, vel etiam si dum erat infans pater repudiauerit eam hereditatem, poterit filius restitui in integrum aduersus repudiationem patris. Sed valde notandum est, vt etiam obseruemus quantum leges deferant sacro nomini patris, filio semel tantum dari restitutionem in integrum aduersus factum patris, aduersus gestum patris, vt si fuerit restitutus aduersus aditionem patris non poterit postea restitui, vt ipse adeat, quia semel improbauit aditionem patris, & e contrario.

AD TITVLVM LXII.

De hered. decurionum, &c.

Redit ad hereditates patrumfamilias intestatorum, vt doceat deficientibus legitimis, aut honorariis successoribus in hereditatem patrisfamil. intestati non continuo venire fiscū quasi in bona vacantia ex *l. Iulia cad.* sed fisco præferri quandoq; ex constitutionib. personas certas vel corpora certa. Ac primum moriente intestato decurione, id est, senatore municipali sine liberis aut parentibus, sine agnatis aut cognatis, sine vxore, Curia sua, vel quod idem est, is ordo ciuitatis suæ in quo defunctus erat ei succedit excluso fisco, *l. 4. hoc tit. l. vn. C. Theod. de bonis decur.* Item nauiculario mortuo nullo relicto herede corpus nauiculariorum ex quo ipse erat, ei succedit remoto fisco vt in *l. 1. huius tit.* quæ scripta est ad præfectum annonæ, merito, quoniam sub eius cura & dispositione erat corpus nauiculariorum. In vrbe hi sunt qui annonæ vrbis seruiunt inuehendæ, quorum est certum corpus, certaque conditio, quę obstringit etiam eorum successores, & bona, & pro isto munere quod Reipub. impendunt, multa priuilegia corpus nauiculariorum habet quæ proponuntur in *tit. de nauiculariis inf. lib.* XI. & inter cætera, vt vno ex eis mortuo nullo herede relicto hereditas eius non veniat ad fiscum, sed ad corpus nauiculariorum. quod idem etiam constituit Valentinian. *in Nouella de nauiculariis amnicis.* item ex *l. 2. h. tit.* Si quis eorum qui in legione, aut in vexillatione Comitatensi vel in cuneo vt ait l. militans vita decessit sine vllis heredibus, ei fisco excluso succedit legio, aut vexillatio, aut cuneus, in quo militabat: quod etiam est proditum in DD. vno loco singulari in *l. si quis filio, §. eius qui, in fine, de ini. rupt.* vt bona militis defuncti nullo herede relicto legioni vindicentur. Et inde librarii caducorum in castris, *l. vlt. D. de iure immunit.* qui scilicet conficiunt rationes, & seruant eorum quæ morte militum in legionem cadunt aut in vexillationem. Videtur tamen obstare huic sententiæ *l. 2. D. de veteran. & milit. success.* quæ post quintum gradum cognatorum in bona militis vocat fiscum non legionem. Sed quod nos dicimus legionem succedere, obtinet tantum in milite sua morte functo, de quo non est sumptum supplicium: illa l. 2. est accipienda de milite capite damnato, quod suadet vicinitas l. 1. quæ nominatim est scripta de milite capite damnato, atq; etiam inscriptio l. 2. nam lib. 16. Respons. ex quo ducta est illa l. 2. Papinia. scripsit tantum de reis capitalium criminum. Ergo licet illa l. 2. nominatim non faciat mentionem damnationis militis capite damnati, tamen duplici illo argumento, & vero reipsa moueor, vt adfirmem esse accipiendam de milite capite damnato. vnde ita constituo: Militi capite damnato ab intestato in bonis castrensibus succedunt cognati vsque ad quintum duntaxat gradum, & post eos fiscus, d. l. 2. Militi patrifamil. autem non damnato ab intestato in omnibus bonis succedunt cognati vsque ad 6. vel 7. gradum, & post eos legio, aut vexillatio, aut cuneus, isue numerus in quo militauit fisco remoto. Et ita recte etiam Græci interpretes distingunt illo loco 45. Basil. Ne autem ignoremus quid distet legio a vexillatione: vexillatio est equitum: Militant enim sub vexillis, id est, flammeolis, vt Vegetius ostendit initio lib. 2. Legio autem & Cuneus est peditum, sed tamen habuit etiam legio equites, qui legionarii dicebantur, quod essent connexialis, legionum. Denique alii fuerunt equites vexillarii, alii legionarii: Et hæc differentia etiam seruatur in *l. veteranus, inf. quando prouocare non est neo. l. vlt. de iis qui non impl. stip. lib.* 10. *l. 22. C. Theod. de erogat. milit. ann.* Et hoc loco & aliis quibusdam comi-

A tatenses legiones, aut vexillationes dicuntur quæ sequuntur sacrum comitatum, qui sic definitur, *vbi est princeps, ibi est sacer comitatus, vbi princeps agit*, vt in *l. milites §. missionum, D. de re mil. con. l. 2. §. ignominia, ff. de iis qui not. inf.* vna lex dicit, militem ignominia missum non Romę neque in sacro comitatu morari posse: Altera dicit, eum neque Romæ, neque alibi vbi imperator est morari posse: Coniunctio vtriusque docet, sacrum comitatum ibi esse vbi princeps est, vt & recte in *l. 10. C. Theod. de decurio.* quod l. ait decurionem esse destinandum ad Comitatum, id Anianus interpretatur, transmittendum eum esse vbi rerum dominus est, id est, princeps. Et hoc item inuenio Herodianum lib. 1. scribere de Roma, *Ibi esse Romam vbi est Imperator*, ἐκεῖσε ἡ Ῥώμη, ὅπου ποτ᾽ ἂν βασιλεὺς ᾖ. Addatur etiam ex l. 3. huius

B tit. Cohortali mortuo nullo herede relicto cohortales eiusdem prouinciæ succedere excluso fisco. Et cohortales breuiter sunt apparitores, siue officiales præsidis prouinciæ, qui erant perpetui in prouinciis, vt ait *l. presidis, D. de reb. cred.* Et erant gregarii milites, atque adeo viliores: qua de causa a græcis in hac l. vocantur εὐτελεῖς, id est, viliores, gregarii, vulgares: nam ita Græci exprimunt sententiam huius l. 3. ἐὰν εὐτελὴς τελευτήσῃ ἀδιάθετος, καὶ μὴ ἔχων συγγενεῖς, ἐξ ἀδιαθέτου οἱ τῶν ἄλλων εὐτελῶν κληρονομοῦσι. Quæ sententia extat etiam 5. Epitom. Harmenop. & male interpretantur alii, *si vilis, si tenuis, si abiectus homo moriatur intestatus, viles ei succedunt.* Est inepta sententia: sic debuit verti ab interprete Harmenop. & Basilicorum: *Si cohortalis moriatur intestatus nullis relictis cognatis, ab intestato ei cohortales succedunt*, eiusdem

C scilicet prouinciæ. Et adnotat in hanc l. 3. Patricius græcus interpres, Cohortales, siue Cohortalinos, quod idē est in *l. 3 inf. de cohortal. lib. 12.* esse beneficiarios, quib. mandantur onera mansionum equorum publicorū. definit cohortales a parte vna tantum muneris eorum: Nam fateor cohortalibus mandari curam & exhibitionem cursus publici, curam veredorum, siue equorum publicorum, vt indicat *l. 4. inf. de curs. publ. & l. 7. Cod. Theod. de cohort.* quæ etiam, quod confirm. sententiam Patricii, cohortales appellat beneficiarios, quod promoueantur beneficio pręsidis: & ait beneficiarii siue officiales rationales si neglexerint beneficiū cursus equorum publicorum, exhibitionem cursus, *s'ils n'ont des cheuaux de poste prests*, vel si neglexerint primipili curam, annonæ militaris curam: pars vna hæc est officii

D cohortalium: sed iniunguntur etiam eis pleraque alia munera prouincialia ex præcepto præsidum, quibus parent. Ac postremo in l. vlt. h. t. ostenditur fabricensi mortuo intestato sine legitimo, aut honorario successore corpus fabricensium succedere excluso fisco. Fabricenses sunt qui in publicis fabricis faciunt arma bellica, *ce sont armeuriers*, qui arma publica vendunt, quæ reponuntur in publicis armamentariis, parent denique fisco, seruiunt fisci vtilitati, siue Reipub. & his solis licebat arma fabricare, vt constat ex *tit. de fabric. inf. lib.* XI. & *ex Nouella de armis.* Et recte in gloss. Cedreni Fabricisij, inquit, id est, Fabricenses, οἱ τῶν ὅπλων δημιουργοί. Fabricenses autem cum sunt creandi vel sufficiendi in locum demortuorum, corpus ipsum fabricensium

E suo periculo eos nominat: Est enim ea nominatio pro fideiussione, adeo vt si quid gesserit fabricensis, quem cęteri nominarunt in fraudem fisci, illi ex sua nominatione fisco obligentur, vt similiter fit in specie *l. 8. inf. de suscept. lib. 10.* Et in *tit. de peric. nominat. lib.* 11. Et hi nominatores creatores appellantur: Nominare & creare idem est, vt in *l. 2. §. si eo tempore D. de administ. rer. ad ciuit. pert.* In Pand. Flo. recte Creator, ante quos perperam legebatur procurator. Et ita etiam in *l. si quos 59. ff. de decur. & l. 2. ff. quo quisque ord. conueni. lib.* 10. Et ita etiam ad *d. l. si quos*, ego primus ostendi in hac l. vlt. pro *creditores*, legendum esse creatores, id est nominatores, vt in Basil. hoc loco ὡς ἂν χειροτονηταί: velut creatores.

veluti ordinatores. Et sit etiam in l. 1. inf. *quemadmodum ciuilia munera ind. lib.* 10. pro, *curiæ*, reposui, *creaturæ*, id est, *nominationis, siue creationis, & conditionis siue conditura*. Et his quidem quæ proponuntur in hoc tit. nos etiam addere oportet præterea clericum, vel Monachum, vel deuotam virginem qui quæue moritur nullo herede relicto: Nam ex constitutionibus ei succedit Ecclesia, vel Monasterium cui dedicatus vel dedicata erat excluso fisco *l. si quis presbyter sup. de Episc. & cler.* Addatur etiam, apparitor præfecti prætorio, qui vno verbo dicitur Præfectianus in libris nostris, qui si moriatur nullo herede relicto testamentario, aut legitimo, aut honorario in eius successione fisco præfertur arca PP. quæ erat publica arca, id est, destinata vsibus publicis. Et hoc ostendit *l. 3. inf. de apparit. præf. præt. lib.* 12. Item si quid princeps vltro donauerit duobus aut pluribus, si eandem rem princeps donauerit duobus, aut pluribus, vno ex eis mortuo nullo herede relicto consortes liberalitatis principis fisco præferuntur *l. vnica inf. si liberalitatis Imp. socius siue her. decess. lib.* 10. his exceptis deficientibus testamentariis legitimis, aut honorariis successoribus post omnes vt didicimus *in tit. de caducis*, fiscus vocatur ex *l. Iulia cad.* Et hic est finis libri sexti Codicis.

IACOBI CVIACII IVRIS-CONSVLTI RECITATIONES SOLENNES, SIVE COMMENTARII,

In septimum librum Codicis Dn. Iustiniani.

AD TITVLVM I.

De vindicta libertate, & apud concilium manumissione.

Anno 1577.

VT cohæreat hic liber cum superiore, & tractatus qui initio eius instituitur de libertatibus, facile intelligemus, si repetamus lectione memoriaue ea, quæ ante nobis tradita sunt. Cœpit codex iste a iure sacro, ac deinde de iure publico nobis proposuit partes iuris ciuilis, variaque officia magistratus, & quo ordine apud eos ageretur, & quorum interuentu & patrocinio. Tum a titulo vigesimo octauo libri tertii de inofficioso testamento, de actionibus tractatum inchoauit, qui quidem omne ius complectitur, & propositis actionib. multis tam in rem quam in personam, quæ vel ex contractu nascuntur, vel ex quasi contractu, puta ex administrat. tutelæ vel curationis, vel ex aditione hereditatis testam. aut legitimæ. Modo parat initio huius libri septimi tractare de præiudicialibus actionibus, in quibus quæstio vertitur de statu hominum, puta, seruus quis sit, an liber: ingenuus, an libertinus: Idcirco de manumissionibus dicere instituit, quibus ex seruis homines liberi fiunt, & ciues Romani, & liberi libertini, non liberi ingenui: hi nascuntur, illi fiunt: & quia manumissio, vel fit inter viuos, vt loquitur *l. 27. §. 1. D. de adm. leg.* vel causa mortis: ab ea incipit in titulo primo, quæ fit inter viuos, secundo dicturus de ea quæ fit causa mortis, id est, testamento, aut directis aut precariis verbis. Ea vero quæ fit inter viuos fit vindicta apud prætorem, vel consulem, vel proconsulem, aut præsidem vt in *l. 2. D. de offic. proconsf.* vel etiam in concilio principis, vt significat *l. vlt. hoc tit. & l. 2. sup. de liber. & eorum liber.* Et vetus inscriptio, siue titulus huiusmodi: *Priscus manumissus ad concilium procuratorio nomine apud Domitianum Imperatorem.* Et addit *l. vlt. hoc tit.* vindicta manumissionem posse apud magistratus municipales fieri: vt puta duumuiros, qui sumuntur ex ordine curiæ ciuitatis: sed addit: *Quibus huiusmodi ius est*: non igitur apud omnes magistratus municipales: sed apud eos tantum magistratus quibus huiusmodi ius est, id est, qui habent legis actionem: nam manumissio est legis actio, siue legitimus actus, quo seruo donatur legitima libertas, id est, ciuitas Romana: Et ita recte Paulus *lib. 2. Sentent. tit. 25. apud magistratus municipales si habeant legis actionem, emancipari ac manumitti potest*: Nam manumissio est legis actio, id est, legitimus & solemnis actus, qui peragitur solemnibus verbis solemnique ritu quodam: & idcirco etiam manumissio non iteratur, vt ait *l. 2. hoc tit.* sicut nec vllus actus legitimus. Aditio hereditatis non iteratur, *l. si solus 89. §. vlt. D. de adquir. heredit.* Optio etiam serui, quæ & inter actus legitimos numeratur in *l. actus, D. de reg. iur.* non potest iterari, vel retractari, *l. 5. D. de legatis 1.* Eademque ratione manumissio non potest fieri per procuratorem, *l. 3. hoc tit.* quia (vt est in regula iuris) nemo alieno nomine lege agere potest. Legis actiones explentur, & expediuntur per nosmetipsos, non per alios: non per procuratores, non per maritos: puta vxor non manumittit per maritum, *d. l. 3.* & omnino nullus actus legitimus fit per procuratorem. Aditio hereditatis non fit per procuratorem, *l. per procuratorem, D. de adquir. hered.* Adoptio etiam, quæ est actus legitimus, non fit per procuratorem, *l. post mortem, ff. de adopt.* Acceptilatio, quæ etiam in *d. l. actus.* legis actionibus adnumeratur, non fit per procuratorem, *l. 13. §. tutor, ff. de acceptilat.* Et ne nos fallat lex 3. *ff. de acceptilat.* dum ait, per procuratorem acceptilationem fieri non posse sine mandato: ex quibus verbis hauriunt hanc sententiam falsissimam, per procuratorem habentem mandatum acceptilationem fieri posse: cum alia sit mens legis tertiæ: puta, per procuratorem non posse fieri acceptilationem, nisi præcedente mandato prius ei permissum sit nouare obligationem, eamque in se transferre: puta hoc modo: *quod illi debes, promittisne mihi dari, aut fieri?* Nouata obligatione recte per eum fiet acceptilatio, quia suo nomine fiet, non alieno, *vt d. l. 13. §. tutor, & l. 4. inf. de nouat.* Atque ita remedio nouationis per procurationem fit acceptilatio. Et sic etiam aditio hereditatis recte fiet per procuratorem remedio procuratori cessæ in iure hereditatis. Et ita quoque remedio mancipationis, vel traditionis recte fiet manumissio per procuratorem. Et ita sunt explicandæ leges quas aduersus legem 3. *hoc tit.* adducit Accursius, *l. cum proponas, sup. de dolo, l. si vero negotium, sol. matr. l. quod autem §. vlt. ff. de donat. int. vir. & vx.* Constat etiam causam manumissionis posse probari per procuratorem propter quam nos volumus seruum manumittere: vel quod fiet educator noster, vel pædagogus, vel alia ex iusta causa, *l. etiam §. absens, ff. de manum. vind.* Itemque per filiumfam. pater recte manumittit seruos suos, id est, filius seruos patris, vel seruos peculiares recte manumittit iussu patris: & res ita plerumque geritur, cum pater est surdus, aut mutus, vt manumissionis vindicta solemnia nesciat expedire *l. 10. ff. manum. vind.* Hoc vero modo ipse pater videtur manumittere, dum filius manumittit iussu patris, vt est nominatim scriptum in *l. si quis hac lege §. 1. ff. qui & a quibus, l. matrimonii, ff. de ri. nupt.* Potestas patris vel domini vnius personæ, vniusve hominis intellectum constituit in patre & filiofamilias: in domino & seruo: vt eleganter ait *l. si Pamphilo, ff. de opt. leg.* Et contra manumissio diuidit personas, id est, ex vna facit duas: vt etiam eleganter ait Theophilus noster in §. *an seruo, Instit. de leg.* Et tamen ea ratione dominus non posset manumittere vindicta per seruum suum alios seruos suos: quia serui persona apud prætorem nulla est, *l. 1. ff. de iure delib.* serui persona legitima non est in iure, vel

vel in iudicio: nec si sistat se seruus voluntate domini. A At filiusfamilias persona legitima est adhibita voluntate patris, *l. 6. §. necessitate, sup. de bonis quæ liber. adqu.* Et ita quæ per filiumf. iussu patris fit manumissio, per ipsum patrem facta intelligitur: sicut donatio, quæ fit a filiofam. voluntate patris aut iussu, a patre facta intelligitur, *l. 9. §. pen. D. de donat.* Ad hoc notandum, prætorem apud quem fit manumissio vindicta necesse non habere cogere concilium suum ob eam rem: imo sine concilio apud eum manumitti posse: modo is qui manumittit sit maior viginti annorum, & is qui manumittitur maior 30 annorum ex lege Ælia Sentia, vt Vlpianus docet *libro reg. tit. 1.* & est etiam relatum in Institutionibus nostris: nam minor 20. annis ex lege Ælia Sentia non potest vindicta manumittere nisi causa probata apud concilium prætoris: Itemque is qui minor est 30. B annorum non potest manumitti vindicta, nisi causa probata apud concilium prætoris, aut præsidis: Imo & minor 20. annis in testam. suo aut minor 30. annorum in testamento domini sui frustra manumittitur, vt perueniat ad iustam libertatem. id est, ciuitatem Romanam. ideoque in libris nostris inuenies libertatibus & manumissionibus testamentariis sæpe adscribi hanc conditionem: *Liber esto cum eris annorum triginta in l. ex parte §. Sticho ff. fam. ercisc. l. Aristo, de manum. vind. l. si quis §. vlt. de statulib.* Cur apponitur illa conditio, *Cum erit annorum* 30. quia non poterat peruenire ad ciuitatem Romanam ante eam ætatem, vt ostendi supra; & in concilium quidem præsidis (quod titulus exigit vt exponamus propter illa verba, *Et apud concilium*) apud quem in prouinciis fit manumissio, vt Vlpianus docet supradicto loco, & Theophilus noster in §. *eadem, Inst. quib. ex caus. man. non licet*, adhibentur 20. recuperatores ciues Romani, viginti iudices. In concilium autem C prætoris, in vrbe adhibentur quinque Senatores, & quinque equites Romani: in medio eorum sedet prætor: Sexto igitur loco, habens ab vtroque latere quinque. Et inde explicandus est hic locus M. Tullij pro Cluentio: *Quid est Q. Naso, cur tu in hoc sexto loco sedeas?* puta vt prætor ad concilium. Medii loci fuit semper honos præcipuus etiam in conuiuiis, vt est apud Virgilium, *Aurea composuit sponda, mediamque locauit.* Et Pomponius Mela *lib. 2. Binisque poculis perpotatis interlocantur, is honor præcipuus est.* Et in incessu quoque medius locus honoratior fuit: vt apud Iosephū legimus Herodem in senatu creatum regem Iudææ, exisse e Senatu D incedentem medium inter Antonium & Pompeium. Et Spartianus refert Hadrianum Imperatorem cum vidisset seruum suum ambulantem inter duos Senatores, misisse qui ei seruo colaphū duceret. Et ita etiam Capitolinus in Vero. *Ælius* (inquit) *cum resedisset inter Verum & Marcum.* Et hoc euidenter (ne in eo morer,) nobis expediuit Ouidus in Fastis: *Et medius iuuenum, non indignantibus ipsis Ibat, & interior si comes vnus erat: au bas de la main, non pas au haut.* Verum pergamus. Si causa fuerit probata apud concilium, & ita minor 20. annorum manumiserit seruum suum vindicta, aut maior manumiserit minorem 30. annorum, ea manumissio rata est, nec reuocari vllo modo potest, etiamsi postea appareat fuisse falsam demonstrationem vt ait *l. 1. hoc tit.* id est falsam causam, quæ extorsit manumissionem. Li- E bertas quæ semel competiit, ægre reuocatur, quod maxime notandum est ex l. 1. quæ est rescriptum D. Pii, quod in eam rem etiam citatur *l. 9. D. eod.* Exposui leges huius tituli. Sed die proximo his quæ diximus de manumissione vindicta addemus nonnulla. Lex vltima ait, manumissionem vindicta fieri apud cōcilium principis, fieri etiam apud consules: quod solum videntur nouissima ætate consules retinuisse .i. iurisdictionē voluntariam, quæ consistit in auctoritate, aut consilio præbendo manumittere, vel emancipare volentibus, vel adoptare: hæc pars iurisdictionis appellatur voluntaria, quia ius dicitur statuiturque inter volentes. Iurisdictio autem quæ dicitur contentiosa exercetur inter inuitos: puta inuito aduersario perducto in ius vel in iudicium. Et hæc differentia iurisdictionis voluntariæ & contentiosæ ponitur in *l. 2. D. de offic. procons.* In titulo autem de officio consulis, hoc tantum pertinere ostenditur ad officium consulis, cuius tum scilicet valde deminuta erat potestas, omne imperium occupante principe, vt consilium præbeat manumittere volenti: quando consilio est opus, & alias vt auctor sit manum. volenti. Nec inter viuos n. manum. fit sine magistratu, *d. l. vn. D. de off. consul. & l. laudabilem §. pen. sup. de aduoc. diuers. iudic.* Cassiodorus initio *lib. 6. de consule. in augmentum* (inquit) *gloriæ publicæ* (consul) *soluebat famulos iugo seruili, qui libertatem tantæ dederat ciuitati.* Nam (vt scitis) Consules reges expulerunt Brutus & Valerius ciuitati reddita libertate pristina, ac deinceps hoc retinuerunt, vt per eos serui liberi fierent volentibus postulantibusque dominis: Et ita etiam Ammianus Marcellinus *lib. 22. Dein* (inquit) *Mamertino manumittendis ex more inductis per admissionem proximum ipse lege agi dixerat, vt solebat*: id est, iusserat lictorem suum lege agere: qui locus demonstrat manumissionem vt dicebam nudius quartus, esse legis actionem, esse actum legitimum, ideoque nec iterari posse, nec peragi per procuratorem: idemque demonstrat *l. vlt. inf. de iis qui a non domin. manumitt.* quæ etiam valde pertinet *ad l. vlt. h. tit.* quia vnam constituit differentiam inter eam manumiss. quæ fit apud consulem, vel alium magist. & eā quæ fit apud principē: primū quidē siue quis apud magist. siue apud principem manum. seruum alienū, ipso iure nulla est manumissio. Nec idē de manumissione dicimus, quod de alienatione. Alienatio rei alienæ valet, & parit obligationem inter ipsos contrahentes sine præiudicio veri domini, *l. res aliena, ff. de contrah. empt.* Manumissio serui alieni ipso iure non valet: & is quidem qui seruum alienum manumisit apud magistratum tanquam seruum suum, nulli pœnæ subiicitur: qui tamen manumisit seruum alienum tanquam suum apud principem damnatur in quintuplum: puta, vt præter seruum quem frustra manumisit, vero domino seruī præstet duos seruos eiusdem precii, sexus, ætatis, artis, & tres seruos fisco: quia graue est fallere conscientiam principis, *se mocquer de son Prince*: grauius certe quam fallere conscientiam magistratus. Vnum plectitur pœna quintupli, si lege actum sit apud principem, vt ait: alterum impunitum manet. Et his quæ dixi nudius quartus de prætore qui in consilio quod præbet manumittere volentibus sedet sexto loco: & de medii loci dignitate, addam quod hodie fit in consistorio Imperatoris, conuentuque & concilio publico, vt ei a dextra adsideant Togati: a læua viri militares. Addam inuenire me etiam apud Flauium Vopiscum in Aureliano, Valerium Augustum consedisse apud Byzantium præbentem consilium adsidentibus a parte dextra præside Orientis, Præfecto Prætorio, & Consule ordinario, qui erant togati, qui est habitus ciuilis, non militaris: a læua autem parte, adsidentibus duce Scythici limitis habitu militari, & Duce Orientalis limitis: & duce Rhetici limitis: & duce Illyriciani & Thracii limitis: a dextra tres, a sinistra quatuor: vt fit etiam hodie in consistorio Imperatoris: Eunapius in Ædesio de philosopho quodā, quē Imperator Constantinus in concilio ob excellentiam ingenii eius habuit sibi adsidentem a parte dextera sic ait: ὁ βασιλεὺς δημοσίᾳ σύνεδρον εἶχεν εἰς τὴν δεξιὰν καθέζεσθαι τόπον, eum etiam (inquit) *publice assessorem habuit adsidentem a parte dextera.* Et hunc ordinem nosse locorumque dignitatem sane & Iurisconsulti proprium: vt in Chronicis Marcellini Comitis, Iacobus medicus quidam ait, se didicisse a veteribus Iurisconsultis, licere iuxta thorum Imperialem in regia sella considere medico inuisenti ægrotum Imperatorem, quod is locus sit honora-

rior, nec temere vsurpandus a quoquam. Et ita Xenophon ἀναβάσεως 7. *ei* (inquit) *obtigit honoris causa, vt in proximiori sella principis adsideret.* Spartianus in Hadriano, *Seuerinum mori coegit quasi affectatorem Imperii, quod in sedili regio iuxta lectum posito sedisset.* Et idem in Seuero: *Sedit & in sella Imperatoria temere a ministro posita, ignarus quod non liceret.* Verum ad alia pergamus. Quod ad *Vindictæ* nomen attinet, de quo nondum diximus, a Vindice Vitelliorum seruo id ducunt: qui ob indicium coniurationis in Rempublicam fuit libertate & ciuitate donatus: Vindex scilicet primus etsi libertinus, factus est etiam ciuis Romanus: & ab eo qui manumitti dicuntur vindicta etiam omnes fiunt ciues Romani. Et hac de re est *l. 2. §. initium, D. de orig. iur.* Et inde illud etiam Claudiani *in 4. de consulatu Honorij. Deductum Vindice morem lex celebrat*, id est, lege agitur in seruis vindicta manumittendis: & ab eo etiam Vindice quidam tractum putant vindiciæ, aut Vindiciarum nomen: vt Liuius *ait lib. 2.* scribens de eodem Vindice. Quidam & vindiciæ nomen (sic legi in veteribus non *vindictæ*) ab illo tractum putant. Vindicias aut vindiciam dicimus addictionem, & apprehensionem possessionis, *la recreance.* Vindictam autem dicimus virgulam siue festucam, vt alij loquuntur, alij κάρφος, quam dominus apud prætorem, vel lictor pro domino, imponit capiti serui manumittendi: & ob id hæc libertas inter viuos imponi dicitur: testamentaria autem relinqui *l. vnica §. pen. inf. de comm. seru. manum.* Et inde in *l. apud eum D. de manumiß. ex lege Augusti*, id est, vt interpretor ex lege, quæ de imperio Augusti lata est, qua plurimis legibus solutus est, ex Augusto priuilegio, vt loquitur lex *vn. J. de caduc. tollend.* in fine, principem seruos manumittere, & ciues Romanos facere nuda voluntate; & si eis vindictam non imponat, quod erat ex solemnibus: etiamsi non feriat caput serui virgula illa, qua etiam serui feriri dicebantur: vt in declamatione *Quinctiliani 342. vindicta ferires* (inquit) *& mancipium circumuerteres*: & Circumuertere vocat, quod circumducere *l. vlt. D. de emancipat. liber.* & alii στρέφειν aut περιστρέφειν, *vt Arrianus 2. in Epictetum*, ἔστρεψε τὸν αὐτοῦ δοῦλον ἐπὶ στρατηγοῦ, id est, *circumduxit seruum suum apud magistratum.* Et Appianus *in fine quarti*, περιστρέψας τὸν δοῦλον ὡς Ῥωμαίοις ἔθος ἐλευθεροῦν, id est, *circumducens seruum, vt mos est Romanis peragere manumißionem.* Alii dicunt *circumagere*, vt Seneca 1. *Epistolarum. Qui se Philosophiæ subiecit, & tradidit, statim circumagitur*, id est, liber fit statim. Mitto alios locos notissimos. Ea vertigo, siue circumductio significabat, seruo abire licere quo vellet: quod & quandoque exprimi solebat, vt apud Plautum *in Menæchmis, Mea hercle causa liber esto, & abito quo voles.* quamobrem recte dicitur in *l. pen. sup. de operis libertor.* libertinum vbi velit morandi facultatem habere. Et ita libertinus apud eundem Arrianum, πορεύομαι ὅπου θέλω, ἔρχομαι ὅπου θέλω, καὶ ὅθεν θέλω. Et inde non imperite a Grammaticis ἐλεύθερον (sic vocant Græci liberum hominem) dici quasi ἐλευθόντα ὅπου ἐρᾷ, *qui va là où il luy plaist.* Porro quod significat lectorem adhiberi in manumissione apud prætorem, aut Consulem, hodie ex more nouissimo non est in vsu: nam *lex ego D. eod.* significat, recte peragi manumissionem vindicta etiam absente lictore, *& l. non est, eod.* eam non fieri pro tribunali, nisi scilicet cum causæ cognitione opus est, causæ probatione, sed posse fieri de plano, vt in transitu: aut etiam fit per lictorem tacente domino, hodie omissis verbis solemnibus, vt ait lex *manumißio D. eod.* verbis (inquam) solemnibus, quibus & lictor vtebatur, vt Boëtius scripsit in Topica Ciceronis. & quibus dominus ipse vtebatur, vt apud Festum, *hunc hominem liberum esse volo.* Hodie etiam tacente domino peragi manumissio potest, præsentia domini tantum desideratur. Item sublatæ sunt illæ circumductiones, vt indicat *d. l. vlt. inf. de emancipat. lib.* Non

A solet etiam ex *d. l. vlt.* aut necesse non est, quod olim erat in vsu, dominum, aut lictorem vice domini manumisso illidere alapam (quod erat proprie manumittere) ore perciso, atque batuito: quod Latini appellarunt proprio vocabulo Pitanem, *vn soufflet* & ipse Cicero, vt veteres glossæ testantur veteres dixisse, *Salapittam* pro, alapam, quo verbo vsus est Arnob. *Salpicrum sonitu*, quo se Comœdi inuicem verberabant. Hodie *l. vlt.* illæ alaparum siue ῥαπισμάτων contumeliæ sublatæ sunt: quod etiam ostendit *Nou* 81. Item non est in vsu hodie vectigal, quod pro seruo manumisso fisco dependendum erat: nam serui manumissi vindicta erat pendenda fisco vicesima ex lege Manlia & Senatusconsulto. *Liuius l. 7. Legem* (inquit) *tulit de vicesima eorũ qui manumitterentur.* Et sequitur postea: *Patres quod*

B *ea lege haud paruum vectigal inopi ærario additum esset, auctores fuerunt.* Id etiam significat Arrianus supradicto loco: ἔστρεψε δοῦλον, καὶ εἰκοστὴν ὑπὲρ αὐτοῦ διδόναι ὀφείλει: quod ego memini me iampridem monuisse in 5. *Obserseruation. cap. 13.* Ex his intelligimus cur in *l. actus, de reg. iur.* inter actus legitimos, id est, perquam solemnes, qui & legis actiones dicuntur, non ponit manumissiones: quia vt apparet ex superioribus manumissio hodie expeditur sine vlla solemnitate. Denique manumissio vindicta non est legis actio. Alii quam IC. his de rebus quæ nostræ artis sunt propriæ, scribere non timent. Nauim agere, ignari nauis non est. Inter quos Sigonius quem tamen honoris & laudis causa nominamus. Sed quis non peccet in arte non sua? Is non IC. dum de iure libros scribit, & in eis etiam multa peccat,

C dum ea quæ pertinent ad manumissionem, vindicta attingit. Primum quod statuat generaliter in eis manunumissionibus causæ cognitionem exigi, quod nudius quartus didicimus non esse verum, nisi is qui manumittit sit minor quam 20. annorum, vel is qui manumittitur, minor quam 30. annorum natu. Alioquin manumissio fit sine consilio, sine causæ probatione, cognitioneue, alioqui non possent fieri de plano. Nam quæcunque causæ cognitionem desiderant, non possunt expediri nisi pro tribun. *l. vbicumque 105. de reg. iur.* Deinde etiam peccat in eo, quod scribit inter solemnia verba manumissionis vindicta fuisse hæc verba prætoris: *Se-*

D *cundum tuam causam sicuti dixi ecce tibi vindicta*: quæ formula non resipit vllo modo antiquum morem concipiendarum formularum: imo vero nullum sensum exprimit: & singulariæ litteræ Valerii Probi, vnde hunc errorem hausit, ita restituendæ & interpretandæ sunt. *Secundum seruitutis causam eius serui dico tibi vindicias*, id est, do tibi ius abducendi eius serui quasi tui: quæ erat formula sententiæ prætoris in lite vindiciarum, id est, in lite de possessione non in solemnibus manumissionis vindicta. Deinde etiam plane falsum est, quod de manumissione quæ fiebat olim censu, puta seruo nomen suum deferente in censum voluntate domini, ac si esset ciuis Romanus. quoniam soli ciues Romani censebantur: cum (inquam) de hoc genere manumissionis ita scribit Vlpianum IC. scripsisse, Serui qui in peculio 100. haberent, aut quibus eas facultates dominus imperti-

E ret, si eos dominus a Censoribus in censum ciuium adscribi iussisset, libertatem consequebantur, ciuitatem assequebantur: Hoc vero si quæsieris vbi Vlpianus scripserit frustra fueris diligens. φεῦ ἀναιδείας. Postremo etiam abutitur falso nomine Martiani Iurisconsulti etiam notato loco in *l. 2. D. de offic. proconſ.* Ac si ita scripsisset Martianus, *Apud legatum proconsulis manumittere non possumus, quia apud eum non est legis actio.* Non vtitur hac ratione Martianus cuius ætate iam manumissio desierat esse legis actio, sed vtitur hac ratione *quia non habent iurisdictionem talem*, id est, iurisdictionem voluntariam. Et hæc sufficiant ad hunc titulum. Die crastina explicabimus titulum sequentem.

AD



AD TITVLVM II.

De testamentaria manumissione.

SErui testamento manumittuntur aut iure dire-cto, aut fideicommissi: Et vt manumissi iure di-recto liberi fiant, & ciues Romani, lex XII. Tabularum facit, vt nominatim scribit Vlpianus *lib. regul. tit.* 1. quæ quidem lex confirmat non tantum testamentarias hereditates, aut tutelas, aut legata, sed & libertates directas, *l. verbis, l. lege obuenire, de verb. significat.* fideicommissarias libertates lex XII. non nouit, sed eas prætor tuetur, is qui proprie de fideicommissis quibuscunque cognoscit, qui ab ea re prætor fideicommissarius dicitur. Hic autem titulus est de directa manumissione, siue libertate, quæ testamento relinquitur, quæ etiam codicillis relinqui non potest, nisi testamento confirmatis, quia confirmati habentur pro parte testamenti. Et hæc est alia differentia inter libertatem directam & fideicommissariam: nam fideicommissaria & ab intestato relinqui potest & codicillis testamento non confirmatis, & quolibet scripto, vel etiam sine scripto, *l. vlt. hoc tit. l. libertates D. eod.* Hinc oritur quæstio *l.* 1. *hoc tit.* quia minor 20. annis licet de re sua pecuniaue sua testamentum facere possit, non potest tamen ex lege Ælia Sentia in testamento seruo suo dare libertatem, non alia ratione, quam quod libertas sit res inæstimabilis, impretiabilis, res sine pretio pretiosa, quæ non sit temere relinquenda a quolibet, nec cuilibet, nec nisi firmiore grauioreque iudicio, quam quo est is qui peruenit ad pubertatem: a qua ætate incipit habere testamenti factionem, sed non ius manumittendi serui ante impletum annum 20. ex lege Ælia Sentia. Si igitur minor 20. annis testamentum fecerit, & in eo codicillos confirmauerit, quos postea faceret, hoc modo: *Si quos codicillos fecero ratos esse volo:* Ac deinde maior factus codicillos fecerit, & in iis seruo aut seruis libertatem dederit: an libertas valeat? quod non videbatur: quia ex regula iuris, quæ in codicillis scribuntur perinde habentur, ac si in testamento scripta essent, *l.* 2. *D. de iu. codicill.* Atqui tempore testamenti minor fuit 20. annorum. Ergo non valet libertas, quam postea dedit maior factus in codicillis, quod videatur eam dedisse cum erat minor, id est, testamenti faciendi tempore. Sed fauore libertatis hic casus ab ea regula excipitur: vt (quemadmodum ait *l.* 1.) consideretur potius potestas iudicii, quo scilicet fuit præditus maior 20. annis eo tempore, quo in codicillis libertatem dedit: vt consideretur inquam stabilitas iudicii (vt loquitur hac in re Iustinianus *in fine tituli, qui & a quibus manum. in Instit.*) potius, quam potestas iuris, id est, fictio iuris, & regula iuris, quæ fingit scripta in codicillis post testam. factis, qui testamento confirmati erant, videri scripta tempore faciendi testamenti. Atque ita in causa libertatis valet potius potestas firmitasque iudicii, quæ viget in maiore 20. annis, dum in codicillis dat libertatem, quam potestas siue fictio iuris. & ita ille locus *l.* 1. *est explicandus.* Nec omittendum, in quibusdam codicibus initio legis addi duo vel tria verba, quæ non sunt contemnenda, maxime quia rem perspicuiorem reddunt: nam sic legitur, *si codicillos qui minor testamentum fecerat maior XX. &c.* Sic etiam in simili casu in *l.* 4. *ff. de iu. codicill.* si is qui testamenti tempore non erat soluendo, codicillorum vero tempore erat soluendo, fuerit auctus facultatibus, libertas codicillis data, quo tempore erat soluendo & par soluendo æri alieno, valet: licet ex lege Ælia Sentia non valeret si testam. data intelligeretur, cuius tempore inops fuit & egenus: Sed plus valet veritas, quam fictio iuris, cum quæritur de obtinenda libertate. Et quidem huic capiti legis Æliæ

A Sentiæ etiam hodie manet, de quo est *l.* 5. *hoc tit.* At illud caput eiusdem legis ne minor 20. annis testamento seruum suum manumittat, aut ne valeat libertas testamento data a minore 20. annis, hodie sublatum est a Iustiniano *Nouel.* 119. *cap.* 2. Et olim in ea parte etiam erat differentia inter directam & fideicommissariam libertatem: Nam directa libertas, quam testamento dedisset minor 20. annis ipso iure nulla erat: fideicom. sustinebatur, si modo habuisset iustam causam manumittendi serui, quam si eum manumisisset inter viuos, facile approbasset concilio: & ita accipienda *l.* 5. *tit.* 4. *inf. & l.* 4. *sup. de testam. mil. l.* 4. §. *item si minor, D. de fideicom. libertat.* Atque ita habuimus iam tres differentias inter directam & fideicommiss. libertatem, quæ testam. relinquitur vel codicillis. Addamus alias: Directa libertas non potest dari nisi iis qui

B proprii testatoris fuerunt tempore faciendi testamenti, & tempore mortis: inutiliter datur seruis heredis aut seruis alienis, *l.* 9. *hoc tit.* At constat fideicom. libertatem etiam seruo alieno dari posse, vt scilicet heres rogatus eum manumittere, eum redimat, si possit a domino iusto pretio, & redemptum manumittat, *l. deberi, tit.* 4. *inf.* Item vt ostendit *l.* 10. *hoc tit.* directo manumissus statim ab adita hereditate liber fit, si modo sit pure manumissus, & si in testamento alterius cuiusdam domini, in cuius olim potestate fuit non fuit, prohibitus manumitti, vt in *l.* 7. *hoc tit. l. seruus ea lege D. de manumiss.* vel etiam si eius libertati nulla lex obstet, vt lex Ælia Sentia, vel lex Fabia de plagio, nulla constitutio, nullum Senatusconsultum; vt in *l. si non lex D. de hered.*

C *instit.* Et hoc est quod ait *l.* 10. si nulla iuris impediat constitutio: & similiter Vlpianus *in regulis tit.* 1. nullo iure impediente: *Ciues Romani* (inquit) *sunt liberi qui legitime vindicta, aut censu, aut testamento nullo iure impediente manumissi sunt.* Hi si pure manumissi sint, statim ab adita hereditate eripiuntur in libertatem ipso iure: non tamen ante aditam hereditatem: etiamsi si forte ante aditam hereditatem sumpserint pileum libertatis: Et ita est accipiendum quod ait *l.* 10. non sola pilei impositione eos fieri liberos; quod fit plerumque ante aditionem hereditatis: vt pileati prosequantur funus defuncti domini, qui eius testamento directam libertatem acceperunt. sed expectari debere etiam aditionem hereditatis: ante quam tamen (vt dixi) funeris ordinandi gratia simul atque defuncti, sumebant pileum attonso

D capite strictim, vel per pectinem: vt inuenio apud Plutarchum libro *de fortuna Alexandri*: Nicomedem regem se appellasse libertum populi Romani attonso capite sumptoque pileo, τὴν κεφαλὴν ξυράμενος καὶ πῖλον ἐπιθέμενος τῶν Ῥωμαίων εἶπε ἐλεύθερον. Et didici ex interpretibus Græcis *ad l. vnic.* §. *sed & qui dominus*, ꝑ. *de Lat. libert. toll.* vbi agitur etiam de pileatis seruis, fuisse pileum ex lana alba, cum eum vocent ἔριον λευκὸν. & Leo & Constantinus Imperatores in nouellis πάνιον, *veut dire vne chose blanche*, οἰκέτης ἐν τῇ κεφαλῇ φορέσας πάνιον, *seruus ferens album in capite*, scilicet pileum, sequitur funus defuncti. Et ita Liuius lib. 27. *pileati autem lana alba velatis capitibus Volones epulati sunt:* &c. fuisse etiam teretem, *en escuelle*, didici ex *Lactantio, de opificio Dei,*

E *In figuram* (inquit) *pilei teres factus.* At vt ante dixi, directo manumissus non a sumptione pilei fit statim liber, sed ab adita demum hereditate; & vt ait eadem lex, libertus Orcinus, quo verbo passim vtuntur nostri auctores, id est, nullius viuentis libertus, vt ait *l.* 4. *de bonis damnatorum:* sed libertus defuncti, libertus Orci, Acherontis, Plutonis, Charonis, vt a Theophilo vocatur libertus Charonianus, & libertus familiæ defuncti, nullius certæ personæ libertus, *l. si socius, ff. de manum. testam. l.* 3. §. *si plane, D. de legitim. tutor.* Quomodo etiam heredes omnes possunt appellari Orcini heredes, quia defuncti sunt heredes: Viuentis enim nulla est hereditas, *l.* 1. *ff. de hered. vendit.* Et ita Apuleius in

Apologia: *Non diu est* (inquit) *cum te crebræ mortes propinquorum immeritis hereditatibus fulserunt. Vnde & tibi potius quam ob istam tetriorem faciem Charon nomen est*. Is autem qui manumittitur per speciem fideicom. non est Orcinus libertus, sed viuentis: puta eius qui rogatu defuncti eum manumisit, *l. hi quibus tit. 4. inf.* Et quia de pure manumisso diximus, etiam adnotandum, pure manumissum videri, & libertum esse Orcinum eum, qui manumissus est in testamento, dispensatorem scilicet, vel actorem rerum domini, quem dominus posuerat super rationes suas sub conditione rationum reddendarum: quod mirum videri non debet: Nam & *l. aliquando, de condit. & demonstrat.* docet, legatum conditionale aliquando purum videri. Ita manumissus sub conditione rationum reddendarum pure videtur manumissus, si modo reliquator visus non B fuerit, si fuerit pariator, vt loquimur, id est, eius rationes fuerint pares, non impares, paria accepta impensis, vt ostendit *l. 4. h. tit. & l. Iulius, D. de condit. & demonstrat.* Is qui est manumissus sub conditione, vel in diem, vt nec intelligatur pure manumissus, non fit statim liber, sed statuliber, de quo in *l. 13.* cuius conditio, id est, statulibertas, quæ est media inter seruitutem, & libertatem (vt ea lex ostendit, & plurimæ in titulo de statuliberis) nec alienatione, nec vsucapione mutari potest: & is ita demum vocatut statuliber, si fit directo manumissus, non si sit manumissus per fideicom. nam statuliber interim non intelligitur esse heredis: manumissus per fideicommissum, sub conditione, vel in diem interim est heredis pleno iure, *l. 11 D. de legat. 2. l. etiam §. vlt. D. famil. ercisc.* Denique statuliberorum nomen tribuitur tantum directo manumissis sub conditione vel C in diem, non etiam similiter manumissis per fideicommissum: quia statuliberorum nomen est ex 12. tabulis, quæ non nouerunt fideicommissa. Et hæc est alia differentia inter directam, & fideicommissariam libertatem. Et adnotatur etiam alia ad *l. 5.* Libertas data in fraudem creditoris vel patroni ipso iure nulla est, id est, ex lege Ælia Sentia: sed in definitione fraudis distinguimus directam libertatem a fideicommissaria: nam si sit directas libertas, fraudem æstimamus non ex euentu solo, sed ex consilio testatoris, qui directo manumisit, id est, desideramus etiam vt testator habuerit animum fraudandorum creditorum: at si sit fideicommissaria libertas, euentus sufficit, id est, fraus in re ipsa, vt scilicet ob manumissum seruum per fideicommissum non sint in residuo habituri creditores æs suum: Et ratio dif- D ferentiæ est notissima: quia libertates fideicommissariæ non debent præstari, nisi deducto ære alieno: quod si deducatur integrum seruis non cõputatis qui sunt manumissi per fideicommissum, tum præstabitur eis fideicommissaria libertas: sin minus, replebunt æs alienum nec liberabuntur per fideicommissum. Et hoc ostenditur in *l. 1. & l. vlt. inf. qui manum. non poss. & l. 1. §. 1. D. si quis in fraud. patr. & l. 4. §. si quis igitur, D. de fideicom. libert.* Adhuc restant alia quædam in hunc titulum, quæ tamen absoluemus die crastina. His quæ heri diximus addamus: Vt valeat libertas testamento data verbis directis multa requiri, ac primum quidem, vt testamentum sit iure perfectum: alioquin neque iure directo, neque iure fideicommissi libertas valet: nisi testa- E mẽto sit inserta clausula codicillaris, *l. 11. h. t.* hoc obtinet etiam in fideicommissaria libertate, & in quolibet fideicommisso *l. ex legato, sup. de fideicomm.* & in legatis omnibus, *l. 2. sup. si aduersus solut.* quæ, vt paritas inscriptionis & subscriptionis suadet, cum hac *l. 11.* ita coniungenda est, vt nec testamento quod iure non subsistit data libertas valeat, nec legatum: et si forte ex testamento iniusto & imperfecto soluatur legatum, vt possit repeti condictione indebiti, & si ab herede minore 25. annis per ignorantiam solutũ sit, beneficio restitutionis in integrum: quia minori 25. annis ius ignorare permittitur, *l. pen. in pr. D. de iur. & facti ignor. l. 5. de lege Corn. de fals. l. 6. sup. de iis quibus vt indig.* Non autem est satis si testamentum in quo data est libertas, sit iure perfectum: sed oportet etiam, vt postea irritum non fiat, aut viuo aut mortuo testatore: vt puta, si post mortem testatoris memoria eius damnata sit, si nomen eius posteris interdictum sit: Nam hoc genere testamentum eius irritum fit, *l. 2. hoc tit. l. 6. §. sed ne eorum, D. de ini. rupt. testam.* veluti ex causa perduellionis, ex qua in historiis legimus innumeros post mortem fuisse damnatos. Et quod alibi non legitur, Bartolus noster in *l. 1. D. de requir. reis*, refert Dantis memoriam siue ille fuerit Poeta, siue philosophus, vterque fuit Florentinus, Dantis illius Alligerij (*il s'appelloit ainsi*) memoriam fuisse damnatam a pontifice, quod scripsisset, Imperium non pendere ex auctoritate Romanæ Ecclesiæ *in libro de monarchia*, quem se vidisse Bartolus scribit: & ita non dudum est formis expressus ab Opporino cum aliis libellis Alciati, & Radulphi, & Iordanis eiusdẽ argumenti. Quod dixi de irrito testamento, vt in eo data libertas nullo iure valeat, idem etiam est si destitutum sit testamentum, id est, si ex eo adita hereditas vel adquisita alio modo non sit, *l. 3. hoc tit. 4. inf.* At quæ libertas semel competit adita hereditate vel suo herede existente, statim ipso iure a morte testatoris, quæ libertas etiam competiit, statim non reuocatur: etsi postea heres per restitutionem in integrum abstinuerit hereditate, *l. 3. hoc tit. l. sciendum, D. eod. l. 4. §. quid ergo, D. de fideicommiss. libertat.* Idemque est etiamsi ei qui petiit sibi bona addici libertatum conseruandarum causa, qua de re inferius dicemus, & sic hereditatem adiuit, postea bona abstrahantur ab eo, qui meliorem & ampliorem conditionem offerat creditoribus & manumissis, *l. vlt. §. vlt. inf. hoc tit.* Vbi legendum est, *abstrahantur*, non *distrahantur.* Idemque est etiamsi heredi qui semel adiuit testamento, postea heres legitimus euincat hereditatem perlusorio iudicio, id est, dum heres scriptus cum eo colludit, & se vinci patitur, iniustumque testamentum pronunciari in fraudem manumissorum: nam hæc fraus non est fraudi manumissis siue libertatibus, quæ semel ab adita hereditate competiere, quia lusorium illud iudicium est: quod *l. 12. hoc tit.* ait esse ex constitutione Antonini Pii, vt mirer cur glossa id referat ad edictum si quis omissa causa testamẽti, quæ ad hanc speciem nullo modo accommodari potest, nec recordetur legis, *a sententia, & l. si perlusorio, ff. de appellat.* in quibus fit mentio eiusdem constitutionis D. Pii: nihil igitur est quod difficilius reuocetur, quam libertas, quod apparet etiam ex multis aliis partibus iuris, vt *l. si ex causa §. vlt. ff. de minorib. l. vlt. sup. si aduers. libert. l. 4. sup. de inoffic. testam. l. 1. tit. 1.* huius libri,] qua de causa & olim libertas data testamento, ab ipso testatore adimi non potuit, vt indicat *l. 10. §. vlt ff. de manum. testam. & l. si seruus, ff. de fideicommiss. libertat.* & hodie etiam vindicta datam libertatem constat a domino adimi non posse, nisi ex causa ingratitudinis, qua ex causa & donatio quælibet reuocatur. Ad hæc notandum est, quod si ideo non adeatur hereditas, neque ex testamento, neque ab intestato, quod nimis laboret ære alieno, libertatum relictarum conseruandarum gratia, simul atque famę defuncti, quæ laboraret, si bona eius nomine distraherentur a creditoribus quod erat turpe & ignominiosum, licet seruo testamento manumisso satisdationem offerre creditoribus hereditariis pecuniæ debitæ, vel partis prout inter eum & creditores conuenerit, & polliceri manumissis libertates: atque ita eum hereditatem excluso fisco obtinere simul, atque libertatem sibi adscriptam ex constitutione D. Marci: de qua in *l. 6. & vlt. hoc tit.* Idem etiam licet offerre cuilibet extraneo homini libero, & sic eam hereditatem adire quæ vacat. Imo idem quoque licet seruo non manumisso in testamento: qui si admittatur, si audiatur & ei addicantur bona, quæ vacant, erit heres aut

aut tanquam heres, & liber, qui cæteris conseruat hoc A modo amplectendo bona, relictas libertates: nec n. potest esse heres domini sui sine libertate: Igitur fit liber qui conseruat libertatem cæteris, licet ipse non sit scriptus liber. Et hi omnes admittuntur ex Sententia Vlpiani, etiamsi res non sit integra, i. etiamsi bona distracta sint a creditoribus. Sed admittuntur intra annum tantum post venditionem bonorum ex Vlpiani sententia, vt dixi: & contra constitutionem Seueri, vt ait *l. vlt. h. tit.* & in eo quod refert ex Vlpiano & Seuero, est singularis, *il ne se trouue point autre part*, Diuus Seuerus non nisi re integra, i. ante venditionem bonorum admisit eam petitionem, & oblationem & addictionem bonorum vacantium. Nec deerant argumenta pro Seuero *ex l. quod si minor §. Scæuola, ff. de minor l. vlt. sup. de repud. hered.* At ex hac lege vltima, intra annum post venditionem bonorum vt licet beneficio constitutionis D. Marci. Ideoque vt l. vlt. ait, interim intra annum emptores bonorum nihil noui patiantur, quæ verba nullo modo intellexit gloss. i. intra annum potest venditio rescindi: Nondum igitur sunt possessores firmo & perpetuo iure: quamobrẽ nihil ab eis interim exigitur: & hoc est quod ait, interim eos nihil noui pati. Hoc est perspicuum. Et hic vnus locus tantum erat obscurus *l. vlt. h. t.* In his vero quæ ex ea lege resultant, noua & inopinata hæc sunt, quantum potes intelligere ex supradictis, vt ex testam. hereditatem adire possit, qui testamento heres scriptus non est, vt ei competat velut ex testamento libertas, cui testamento non est data libertas: vt ii serui manumissi testamento, quibus non placet sibi conseruari libertatem remedio constitutionis D. Marci, inuiti liberi non fiant & ciues Romani in *l. vlt. §. sin vero quidam*: alias enim C ciuitas Romana datur inuito, ne quis dedecoret dignitatem tantæ ciuitatis, dum oblatam eam spernit, quam alii magno redimunt, & impetrant ægre, vt Hermias scribit *Ecclesiastica historia lib. 1. cap. 9.* πολλῷ δυχέρειαν εἶναι εἰς τὴν πολιτείαν Ρωμαίων. *magno sudore parari iustam libertatem*, quam, inquit, vocant πολιτείαν Romanorum, id est, ciuitatem Romanorum: & eleganter Leo Imperator *in Nouella* 102. aliud beneficium esse si quis cogatur accipere beneficium, id est, duplex beneficium φιλάνθρωπι καὶ εὐεργεσίας: atque ita inuito libertas datur & ciuitas: non tamen in causa *l. vlt.* Et quidam sunt adeo prono & infælici ingenio vt liberi esse nolint. Seruus apud Plautum in *Querulo. Nobis*, inquit, *quotidie sunt nuptiæ, natales, debacchationes, ancillarum feriæ, propter hoc quidam nec manumitti volunt.* Et vt hæc hora finem D afferat huic quæstioni de testamentaria manumissione,

AD TITVLVM III.

De lege Fusia Caninia tollenda.

NOtandum & titulum tertium de lege Fusia Caninia sublata pertinere ad libertates testamento datas iure directo, quibus lex Fusia Caninia certum modum imposuit: puta ne quis in suo testamento vniuersam suam familiam manumitteret, qui tamen vindicta vniuersam manumittere potest. Et ratio diffetentiæ est euidens, quia quo li- E beraliores sunt qui moriuntur, quam viuunt, eo magis cohibendi sunt & coercendi, ne rem suam omnem perdant, & heredibus parum aut nihil relinquant præter nudum nomen. Et eadem ratione cur Senatusconsultum Velleianum succurrit mulieri se obliganti pro alio non alii donanti? quia, vt ait *l. 4. ff. ad Senatusconf. Vellei.* facilius mulier se obligat quam donat: igitur cohibenda fuit intercessio mulieris, non certe donatio. Cur etiam lex Iulia prohibuit hypothecam prædii dotalis, non etiam venditionem, vt est in §. 1. *Inst. quib. alienare licet, vel non*, quoniam vnusquisque facilius hypothecæ

opponit res suas quam vendit & abalienat. Cur etiam in *l. vlt. inf. de præd. curial.* decurio prædia sua prohibetur vendere, non etiam donare? nimirum quia facilius quis res suas vendit, quam donat: vnum indiget fræno, non alterum. Cur etiam ex *Nou.* 134. si mulier se obligauerit pro marito, ipso iure non teneatur, si pro alio, ipso iure tenetur? nimirum, quia mulier facilius se obligat pro marito, quam pro extraneo. Cur, vt est in more Parisiensium, potest Parisiensis inter viuos omnia sua bona alienare, & testamento relinquere non nisi certam partem? quoniam facilius relinquimus morientes, quam alienamus viuentes. Ex his intelligimus satis, qua ratione hanc differentiam lex Fusia Caninia imposuerit inter manumissionem inter viuos & testamentariam. Et notandum, quod hic titulus tertius præponatur titulo quarto de fideicommissariis libertatibus: & proxime iungatur titulo secundo, qui est de directis libertatibus, ex eo apparere, quod alii non obseruant, legem Fusiam Caniniam non pertinuisse ad fideicommissarias libertates testam. relictas: quia scilicet eæ non auferunt heredibus totum seruum: quoniam quidem eis conseruantur commoda iuris patronatus, quæ sunt amplissima: directis igitur libertatibus tantum lex Caninia certum numerum præscripsit, quem intellexit proculdubio *l. pen. C. Theod. de Iudæis*: illo loco, *libertatibus obtinentibus si intra legitimum numerum fuerint*, id est, intra numerum legis Caniniæ: Et quis ille numerus fuerit quiue modus luculenter exposuit Vlpianus *in regulis*: & Gaius *in Instit.* & Paulus *in Sententiis.* vt qui habeat duos, tres, quatuor, vel quinque, duos tantum testamento verbis directis manumittere possit: & qui sex, aut septem, tres duntaxat, & cætera, quæ illi enarrant prolixe. Verum ad extremum lex Caninia cauet, etiamsi quis habeat ingentem numerum seruorum, vt ne testamento supra centum manumittat & inde Vopiscus in Tacito: *Seruos mannumisit, intra centum tamen, ne Caniniam transire videretur.* Et de eadem lege fit & mentio in *Querulo* Plauti his verbis, *Ad legem Porciam, Caniniam, Furiam, Fusiam consulibus Torquato & Taurea*: quod si quis seruos suos manumiserit supra numerum legis Caniniæ, ii qui priores nominati erunt, & manumissi, peruenient ad libertatem vsque ad legitimum numerum: reliqui manebunt serui: quod etiam seruatur in lege Ælia Sentia, quæ vult, vt is qui non est soluendo, possit vnum tantum seruum heredem necessarium facere, & liberũ, vt bona veneant eius nomine potius, quam defuncti: etsi plures manumiserit in fraudem creditorum, vt is tantum qui prior nominatus fuerit, liber & heres sit, in *l. qui soluendo 2. & l. si non lex §. 1. ff. de hered. instit.* Sed tamen in lege Fusia Caninia, vel in lege Ælia Sentia, si plures serui liberi esse iubeantur vltra legitimum numerum in orbe tereti, *en vn cercle*, ita vt non appareat quis sit primus, quis imus, vt si in orbe tereti ita scribas, *Stichus, Pamphilus, Dauus, Eros, & in area orbis, liberi sunto.* Quid fiet? Nam vt recte dixit Plato in Timæo, in Sphæra non est inuenire τόπον ἄνω ἢ κάτω. id est, *non est in sphæra locus superior, nec inferior.* Et hoc casu propter incertum ex vtraque lege placet nulli seruo competere libertatem: & ita Gaius scribit in Institutionibus, *& probat l. qui soluendo & l. sequens, ff. de hered. instit.* Verum in constitutione huius tituli hoc caput legis Caniniæ sustulit Iustinianus, quod tamen habuit summam rationem, vt scilicet nulla esset differentia inter manumissionem vindicta, & manumissionem testamento: vt vtroque genere possit quis vniuersam suam familiam liberare; sed non sustulit totam legem Caniniam: nam hoc adhuc ea lege manet, vt seruis relinquatur libertas nominatim, §. *libertas, Instit. de legat.* qua de causa quid sit nominatim explicabitur *in l. nominatim, ff. de manumiss. testam.*

AD TITVLVM IV.

De fideicommissariis libertatibus.

DIcebam nudius quartus, legem Fusiam Caniniam non pertinere ad fideicommissarias libertates testamento relictas i. non eis libertatib. certum numerum eam legem præscribere, sed directis tantum. At hoc profecto verum non est. Moueor eo quod lex *si legatarius* §. 1. *ff. de fideicom. libertat.* ponit testatorem, qui tres tantum seruos habebat, duos manumisisse per fideic. qui certe fuit modus legis Caniniæ, vt qui tres haberet, duos tantum testam. manumittere posset: denique seruauit testator modum legis Caniniæ etiam in relinquendis fideicom. libertatibus. Moueor quoque *l. si quis eum, ff. de condit. & demonstrat:* quæ est inscripta ad legem Fusiam Caniniam, & loquitur de fideicom. libertate. Verius igitur est, legem Caniniam coarctare non tantum directas, sed & fideicommissarias libertates. Ideoque dicamus titulum de lege Fusia Caninia fuisse positum in confinio tituli superioris, qui est de directis libertatib. & tituli sequentis, qui est de fideicom. quoniam ea lex communis erat vtrique titulo. Et nunc veniamus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus. Non tantum directæ libertates in testamento, vel codicillis relinqui possunt, sed & fideicommissariæ, id est, quæ verbis precariis relinquuntur: dum tamen, vt ait *l. libertates, ff. eod.* ea verba sint vulgaria, id est, vsitata, & quibus voluntas testatoris exprimatur, qualia sunt, *Peto, Rogo, Volo, Mando, Fideicommitto*, §. *vlt. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict.* Verbum autem *Commendo, Commendo tibi illum seruum*, non satis exprimit voluntatem defuncti, non satis exprimit fideicommissum, denique non est verbum precarium, quod necessitatem non imponit, sed arbitrium permittit ei cui seruum commendat: Et preces testatorum sunt permistæ necessitati: vt de precibus tyrannorum (inquit Plato) & Publius Syrus, *Cogit rogando, qui rogat potentior.* & Accursius in *l. 1. ff. quod iussu. Rogatio domini*, inquit, *est præceptum:* At qui commendat, nihil adprecatur, ergo necessitatem non imponit: nec fideicommissum facit *l. 12. h. tit.* Et quod ait *l. 12. § 1. ff. eod. tit.* his verbis, *Illos seruos tibi commendo, ne cui alij seruiant*, fideicommissariam libertatem relictam videri: etiam detracto illo verbo *Commendo*, idem esse si hoc solum dixisset, *ne cui alii seruiant, l. 9. l. 10. l. rogo, l. generaliter §. si petitum, ff. eod. tit.* Nihil ergo potest, nihil efficit, nihil adiicit in eam rem *Commendo* verbum. Porro directæ libertates statim ab adita hereditate, vel si necessarius heres sit, statim a morte testatoris ipso iure competunt velut ex testamento, sine vllo facto, aut voluntate heredis, non tamen sine herede qui adierit vel extiterit: nam ab heredibus relinquuntur: & vt dicimus, *legare ab herede illo vel illo*, ita *manumittere.* Quinctilianus *declamat 388. Hunc* (inquit) *a filio manumisit.* Et post mortem quoque heredis olim inutiliter relinquebantur, vt Vlpianus scribit *libro regularum tit. 1.* fideicommissariæ autem libertates præstantur ab herede, vel legatario, vel fideicommissario, qui rogatus est manumittere seruum defuncti, vel seruum proprium, vel seruum alienum: nec sine illius manumissione, sine illius facto, & voluntate is seruus ad libertatem peruenire potest, *l. 11. h. tit,* nisi latitet is qui rogatus est seruum manumittere, id est nisi fraudandæ, frustrandæ, detrectandæ libertatis gratia non iusta ex causa absit, vel nisi euocatus a magistratu fideicommissariæ libertatis nomine potestatem sui non faciat: quo casu vt ait *d. l. 11.* contra latitantem interposito decreto, id est, si causa cognita prætor aut præses pronunciauerit libertatem seruo deberi, statim fit liber, & libertus Orcinus, licet non fuerit directo manumissus: videlicet si seruus testatoris

A fuerit; quod est ex SC. Rubriano, quod factum est Rubrio consule. Non est igitur libertus eius qui rogatus est, ne is habeat commoda iuris patronatus, qui non manumisit, quiue precibus defuncti non obtemperauit. At si is seruus quem heres rogatus est manumittere, seruus heredis fuerit, heres non amittit libertum, id est, fit libertus heredis, etsi latitauerit heres, vel abfuerit non iusta ex causa, quod est ex SC. Iunciano. Et ita suum quodque SC. reddere oportet ad *l. 5. ff. eod. tit.* Absente autem iusta ex causa eo, qui fideicommissariam libertatem præstare debet, non in fraudem libertatis ex decreto quidem eo absente seruus fit liber, sed absens non perdit ius patronatus, non perdit libertũ, quod est ex SC. Dasumiano, de quo in *eod. t. ff.* Igitur cum quæritur de libertate serui absente domino, qui rogatus est eum manumittere, non distinguimus vtrum absit iusta, B an non iusta ex causa, quia omnimodo libertas seruo seruatur. At cum quæritur cuius fiat libertus, si dominus abfuerit, tum distinguitur: & si abfuerit non iusta ex causa, dicimus eum fieri libertum Orcinum: si iusta ex causa, eum fieri libertum domini. Et male Græci in *l. 29. ff. eod. tit.* pro *libertas*, legunt, *libertus:* quam lectionem etiam infirmat *l. 10. §. 1. ff. eod. tit.* Quod autem diximus de latitante, vel absente non iusta ex causa herede, qui fideicommissariam libertatem debet, id etiam obtinet ex constitutione Iustiniani in eo herede, qui neque latitat, neque abest, si moram fideicommissariæ libertati faciat, vt scilicet ex sententia prætoris vel præsidis seruus eripiatur in libertatem, & fiat libertus Orcinus, non libertus heredis, qui non exequitur volunta- C tem defuncti, qui moras trahit in præstanda fideicommissaria libertate, *l. 15. h. tit.* Moram autem facit heres qui petitam suo tempore libertatem non præstat *l. 4. hoc tit.* Opus est petitione, interpellatione vt mora fiat in personam heredis: videlicet, si libertas fideicommissaria sit relicta maiori 25. annis: nam si minori 25. annis, semper mora ei fit in rem, id est, sine petitione, sine interpellatione ex solo tempore tardæ præstationis *l. cum vero §. apparet ff. eod. l. 3. sup. in quibus causis in integ. restit. non est necess.* Maiori autem non fit mora ex die tardæ præstationis, ex die quo libertas peti potuit, sed ex die, quo petita est interpellato herede *d. §. apparet.* quod notandum: quia quod vulgo dicitur, diem interpellare pro homine, non est verum, nisi in pœnalibus causis, vt docui in *l. traiectitia, de obligat. & action.* scilicet quan- D do dies adiicitur vt quid detur, vel fiat: ita vt qui ad eum diem non fecerit aut dederit, incidat in pœnam certam, quia in causis pœnalibus seuerius agitur cum eo cum quo nobis res est, pœnę adiectio plane demonstrat quod agitur, vt summo iure agatur, denique vt dies solus interpellet satis: imo etiam vt post diem non possit purgare moras oblata pecunia, vel re debita, & se liberare pœna quam commisit: *Ita lex traiectitia, & l. maximam inf. de contrah. stipul. l. 2. sup. de iure emphyteutico*; extra causas pœnales dies non interpellat pro homine: vt demonstrat lex *l. cum filiusfam. §. vlt. ff. de verborum obligat.* quæ ex contrario sensu demonstrat post diem esse necessariam interpellationem, vt reus constituatur in mora. Hic vero nobis explicanda est *l.* E *4. hoc tit.* quam ante adduxi: & explicanda ex iure veteri, quod nostri ignorarunt, atque adeo præclarissimum sensum huius legis. Sciendum est quosdam esse manumissos, qui dicuntur ex voluntate domini in libertate morari, quod quid sit mox intelligemus, & non esse liberos sed ex voluntate domini in libertate morari, vt sunt manumissi inter amicos §. *multis, Inst. de libertinis:* Tales manumissiones frequenter occurrunt in Comœdiis. Et manumissi per Epistolam, *l. qui absenti, de adquir. possess.* & manumissi per mensam, vt Theophilus noster loquitur in titulo de libertinis, & vt Gaius loquitur in Institut. Conuiuii adhibitione, puta si dominus seruum conuiuio excipiat; sicut dicebant homines

mines Deos fieri si adhiberentur conuiuiis Deorum illo loco: *Tu das epulis accumbere diuum.* Et illo: *Nec Deus hunc mensa, Dea nec dignata cubili est.* Qui ita manumittuntur veteri iure non fiunt liberi, sed seruiendi tantum metu dimittuntur, quamdiu domino libuerit: nam mutata voluntate domini, per vim in seruitutem reduci possunt, & cogi vt seruiant, quod tamen Prætor non permittebat, vt Vlpianus scribit in fragmentis quibusdam regularum: & interim quidquid adquirebant, domino a quo ita erant manumissi, tanquam serui adquirebant: solo enim onere seruiendi liberati erant: Sed postea lex Iunia eis dedit propriam libertatem, qui manumissi essent inter amicos, per epistolam, aut per mensam, videlicet vt fierent non ciues Romani, sicut qui manumittuntur vindicta, aut censu, aut testamento, sed fierent Latini, qui & ab ea Iunia dicti sunt, liberti Latini Iuniani: dum autem hoc voluit lex Iunia vt illi fierent Latini, hoc voluit, vt eodem iure essent, quo olim erant Latini Colonarii, deducti in coloniam vt J. *titulo 6.* qui tamen Latini Colonarii, quod pauci aut nulli explicant, tempore latæ legis Iuniæ mutarunt istam conditionem, quia tum omnes erant ciues Romani, mutata Latinitate in ciuitatem Romanam ex lege Iunia, vt Cicero ait pro Balbo lege Iunia, Latinis datam ciuitatem. Et hoc est quod eleganter ait Vlpianus illo loco: Lex Iunia manumissos inter amicos exæquauit Latinis Colonariis, qui tunc erant ciues Romani, & nomen suum in ciuitatem dederant. Non hoc vult Vlpianus, exæquatos esse Latinos Iunianos Colonariis, vt tunc erant ciues Romani, sed vt fuerant olim non ciues Romani, sed Latini Colonarii: Ergo sublata conditione Latinorum Colonorum emersit illi similis conditio Latinorum Iunianorum, qui vt eodem essent iure quo olim erant Latini Colonarii: puta vt certis modis possent peruenire ad ciuitatem Romanam, vt etiam Liuius lib. 41. scribit, Latinos Colonos peruenisse ad ciuitatem Romanam beneficio stirpis liberorum, aut lege, aut migratione, aut censu, aut magistratu, vt est addendum ex Asconio Pædiano *in orationem in Pisonem.* Et ita Vlpianus in *tit. de Latinis* docet, Latinos Iunianos certis modis fieri ciues Romanos. Hoc cognito facilis erit species *l. 4. hoc tit.* Finge: heres rogatus est ancillam manumittere, & qui ita rogatus est, quod summe notandum, semper intelligitur rogatus præstare iustam & legitimam libertatem, id est ciuitatem Romanā, non Latinam libertatē, *l. generaliter §. hostium, ff. eod.* Porro hæres moram fecit in præstanda fideicom. libertate, i. petitam non præstitit, sed ancillam morari siuit in libertate: Puta manum. inter amicos, aut per conuiuiū, aut per epistolā: post moram ancillæ factam edidit partum. Lex ait ex constitutionibus, quæ factæ sunt ad Senatusconsultum Rubrianum partum nasci ingenuum post moram factam ancillę manumittendæ ex fideicommisso: Atq; ita euenit ex vt ancilla ingenuus nascatur, vt ait *l. 1. §. quæri, ff. de suis & legit. hered.* quia ipsa etiamsi passa sit moram, nondum est libera: qui voluntate domini in libertate moratur non est liber. Nec obstat, lex *cum quasi §. vlt. ff. eod.* quæ ait ad iustam libertatem peruenisse seruum qui voluntate heredis in libertate moratur. Iusta & legitima libertas, id est ciuitas Romana, *toujours*: Sed ne fallamur, lex non dicit simpliciter, qui in libertate moratur voluntate heredis, sed qui præstandæ fideicommissariæ libertatis causa voluntate heredis in libertate moratur, id est, cui præstitit fideicommissariam libertatem effectu ipso, dum animo præstandæ eius, eum siuit in libertate morari; hic vtique fit liber & ciuis: alioquin voluntas nuda sinentis seruum morari in libertate non facit eum liberum: sed neque post moram factam prętandæ libertatis legitimę seruus fit liber, secundum ius vetus: nam ex constitutione Iustiniani, id est ex *l. 15. hoc tit.* Post moram factam ancillæ ex sententia præsidis vel prætoris ipso iure ancilla fit libera: vt non mirum sit hodie, si ingenuum pariat, & si ei partus intestatæ succedat, & vicissim illa partui intestato, vt in *l. vlt. sup. de SC. Orfit.* quæ coniungenda est omnino cum *d. l. 15.* vtriusque eadem est inscriptio & subscriptio: & plurimum illustrat *d. l. vlt. hanc l. 15.* Et hoc post moram factam, id est ex die petitæ libertatis fideicommissariæ: nam ex die quo peti potuit libertas, nec tamen petita est (qui dies non inducit moram) qui nascitur partus, seruus nascitur: sed postea matri manumissæ traditur, vt ab ea manumittatur, id est, vt ipsa sit patrona potius, quam heres, qui suo tempore non reddidit libertatem fideicōmiss. *l. si prægnans, & l. cum vero §. apparet, ff. eod.* Et ita est explicanda *l. 4. h. tit.* Reliqua explicabimus die crastino. His quæ heri diximus ad titulum quartum de fideicommissariis libertatibus, hodie addam quæ in eo inuenio esse communia inter directas ac fideicommissarias libertates. Ac primum, vt destituto testamento, id est non adita hereditate, nec eæ, nec illæ competant, nisi testamento adiecta sit clausula codicillaris, quæ huic oneri subiiciat etiam legitimum heredem *l. 1. h. tit.* quæ obtinet etiam rupto, aut iniusto, aut irrito testamento: Verum vt additur in fi. *l. 1.* si heres scriptus pecunia accepta a legitimo herede destituerit repudiaueritque testamentum: hoc casu cogetur seruo præstare libertatem, quod in eo constitutiones induxerunt exemplo eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem; & seruatur etiam in directis libertatibus: & male Accursius in fi. *l. 1.* prius conueniri possessorem hereditatis, id est, legitimum heredem: cum aperte lex dicat, heredem scriptum, qui pecuniam accepit a legitimo repudiandi testamenti gratia, seruo libertatem prętare compelli: Igitur prius conuenitur heres scriptus, ac deinde si soluendo non sit, heres legitimus, qui possidet hereditatem, *l. 10. ff. si quis omiss. cau. testam.* quia ex causa debita fideicommissariæ libertatis seruus in iudicio potest consistere aduersus dominum; dominum in iudicium vocare potest & petere fideicommissariam libertatem ab eo, *l. vix ff. de iudic. l. de libertate, ff. de fideicommiss. libertat. l. mulier, §. non tamen. ff. ad Trebell. l. Titius, ff. de action. emp.* Et quod ait *l. 2. & l. 4. ff. si quis omiss. causa testam.* prius excuti possessorem, id est, legitimum heredem, quod fefellit Accursium, tunc duntaxat locum habet cum heres scriptus a legitimo nullam pecuniam accepit repudiandi testamenti gratia: non cum accepta pecunia a legitimo herede repudiauit testamentum: Nam hoc casu, quo heres legitimus non habet lucratiuam possessionem, prius conuenitur de libertate fideicommissaria vel etiam directa, ne seruum retineat in seruitute, heres scriptus, quam legitimus. Et hoc tantum adnotandum est ad *l. 1.* Est etiam hoc commune tam directis, quam fideicommissariis libertatibus, vt competant, satis esse expluribus heredibus si vel vnus hereditatem adierit, *l. si legato §. vlt. l. testam. ff. de manumissis testamento, l. 8. hoc tit.* Licet ab eis qui repudiauerunt hereditatem, nominatim libertates relictæ sint: nam portiones repudiantium ei qui adiit adcrescunt cum suis oneribus, *l. Titio §. vlt. de legat. 2.* Est autem species *l. 8.* dilatanda & explicanda hoc modo ex *l. Lucius, ff. eod. Vxor & filius mihi heredes sunto: Stichum liberum esse volo, si ita placeat vxori meæ.* Vxor repudiauit hereditatem: Portio eius adcreuit filio coheredi, quem Sticho libertatem præstare oportebit; quod vtique certissimum, si vxor non contradicat: nam taciturnitas vxoris consensum imitatur. quid si contradicat? Hoc vero non faciat me auctore, cum post repudiationem nihil eius intersit Stichum non manumitti: sed si hoc faciat tamen, id est, si dicat sibi displicere libertatem Stichi, sane non audietur: neque enim est indulgendum malitiæ eius, nihil laturæ nisi vt officiat, ex *l. in fundo, ff. de rei vindicat.* est etiam commune vtrisque libertatib. quod proponitur in *l. 4.*

Cod. Tt ij

hoc tit. vt si ex codicillis libertas competierit vel præstita sit, qui postea falsi pronuntiati sint, non ideo reuocetur libertas, quæ contigit semel: sed ex constitutione Hadriani vt manumissus heredi præstet 20. aureos quasi pro pretio sui capitis, *l. cum ex falsis ff. de manum. testam. l. pen. ff. de iure patronat.* vt (inquam) præstet 20. aureos: nam hoc erat commune pretium serui vnius, *l. si fundum sub conditione* §. *si libertus, ff. de leg* 1. *l. Papinianus* §. *vlt. & l. seq. ff. de inoffic. testam. l.* 4. *sup. de seruis fugit.* Et ideo vectigal vicesimæ, quod ex lege Manlia inferebatur ærario pro seruo manumisso olim fuit vnus aureus tantum. Et ponenda ita est species ad *hanc l.* 2. Seruum Titio legaui, & ab eodem seruo reliqui fideicommissariam libertatem: eam legatarius præstitit, quam defunctus reliquerat codicillis, ante motam quæstionem falsorum codicillorum, & ita seruo contigit iusta libertas, quæ etiam ei conseruabitur, licet postea codicilli falsi pronuncientur, adnumeratis heredi 20. aureis. Nec quicquam obstat *l. vlt. sup. de petit. hered.* quam obiicit Accursius. quia libertas quæ semel contigit conseruatur. At in specie *d. l. vlt.* testamento falso pronuntiato in quo erant relictæ libertates, illæ non intelliguntur contigisse seruis, quod nemo eas dederit in ea specie, aut præstiterit: neque enim finguntur obtigisse ipso iure. Quod etiam est in *l.* 10. *hoc tit.* porrigi debet & ad directam libertatem ex *l. si ita scriptum, ff. de manum. testamento.* Species hæc est: Testator ita dixit, *filius heres esto: Stichus cum filius meus peruenerit ad* 25. *annum, liber esto*: vel per fideicommissum hoc modo: *Stichum cum filius meus peruenerit ad* 25. *annum liberum esse volo*: hoc est verbum precarium: Filius decessit impubes heres eius præstituta die, qua si filius viueret, pertingeret 25. annum, Sticho libertatem præstabit. *l.* 10. *hoc tit.* quia non intelligitur data sub conditione. si filius ad eam ætatem peruenerit, sed in diem certum, in diem iustæ ætatis: quæ interpretatio iure singulari recepta est fauore libertatis, vt ait *l.* 23. §. *pen. ff. eod.* namque aliud est in fideicommisso pecuniario: quandoquidem, si quis ita legauerit, *Titio cum peruenerit ad annum* 25. *fundum illum dari volo*: Titio mortuo ante eam ætatem, fideicommissum eius heredi non debetur, nec præstituta die, quia intelligitur fuisse conditionale, *l. si Titio, ff. quando dies leg. ced.* Neque *l.* 10. *hoc tit.* quicquam obstat *l.* 8. *sup. de testam. manum.* quæ dicit conditionalem libertatem esse ita relictam: *Stichus liber esto tempore nuptiarum filii mei*: & ideo mortuo filio ante nuptias contractas Sticho non deberi libertatem, quia defecit conditio. Cur etiam in specie *d. l.* 10. non dicimus libertatem esse conditionalem? Differentia est in perspicuo: quoniam *d. l.* 8. non expressit certã ætatem, cum filius peruenerit ad illam ætatem, vt non possit videri libertas data in diem certum: sed expressit tantum casum nuptiarum, qui conditionalem manumissionem fecit. Porro in hac specie *l.* 10. vt iam dixi, apparet differentiam esse inter inter fideicommissariam libertatem, & fideicommissum pecuniarium. Et addi potest alia differentia ex *l. Paulus respondit, ff. de fideicom. libert.* Si per fideicommissum relinquam rem alienam, valet fideicommissum, si sciero esse alienam, si sciens hoc fecero: sed si ignorauero, id est, si eam reliquero vt meam, non valet fideicommissum: quia forte si scissem eam rem, cumve seruum esse alienum, non legassem: denique serui alieni fideicommissum non valet, quem quis alii reliquit vt suum, nesciens esse seruum alienum: At fideicommissaria libertas etiam ab ignorante data seruo alieno tanquam suo, cum dominum eius se esse opinaretur, omnino valet, quod fauor, id est, studium ampliandæ libertatis extorsit, quod est in *l.* 9. *hoc tit.* quam ego memini me exponere in titulo 26. *lib.* 6. *de necessar. heredibus.* Etiam fauor libertatis id extorsit quod est *l.* 14. *hoc tit.* Et est etiam commune vtrique libertati vt possit relinqui ei qui in vtero ancillæ

A est: hoc scilicet modo: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto.* De eo dubitabant veteres, an postumo alieno data libertas valeret: quia postumo alieno legari non potuit, quod sit incerta persona: at hodie legari potest, & libertas relinqui vt cum sole libertatem aspiciat, vt ait *l.* 14. & ita seruo quoque eius qui in vtero est, id est, futuro seruo eius recte relinquitur fideicommissaria libertas, *l. generaliter* §. *seruo eius, ff. eod. tit.* Et vt definit *d. l.* 14. illa quoque oratione: *Quicunque ex Pamphila genitus erit, liber esto*: si plures geniti sint, omnes manumittendi sunt: nam in ambiguis pro libertate respondere melius est: & fauor libertatis alias plerasque benigniores sententias extorsit contra regulas iuris *l. pœnales* §. *vlt. ad l. Falc. l. generaliter* §. *si quis seruo, ff. de fideicom. libertat.* §. *vlt. Inst. de donation.* Et

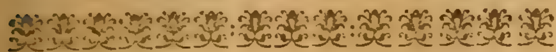
B placet valde quod ait *l.* 3. §. 1. *ff. de alienat. iudic. mut. causa.* prætorem fauere libertatibus: Nam (vt didicimus ex reliquiis regularum Vlpiani) inter cætera prætor manumissum inter amicos (quod heri dicebam) non permittebat seruire, aut reduci in seruitutem a domino, qui illa manumissione non desierat esse dominus: & similiter manumissum a peregrino licet iure non valeret manumissio, nec faceret Latinum, nec ciuem: tamen prætor non permittebat seruire. Et ita eleganter illa lex ait, prætorem fauere libertatibus, cum eis lex non fauet. Et istius fauoris si vis, suppetunt exempla multa, notabis hos locos in quibus excutiendis te potes exercere *l. duobus, de liber. causa. l.* 1. 16. 26. *ff. de manumiss. testam. l.* 4. *ff. de manumiss. vind. l. talem, in pr. de heredib. instit. l. quidam* §. *vlt. ff. ad Senatusconf. Trebell. l. cum ita datur, ff. de condition. & demonstrat.* & quod Paulus 2. *regul. tit.* 24. In quibus locis omnibus

C fit mentio fauoris quem leges impertiuntur libertati, & *l. vlt. sup. de his quibus vt indig.* Puto pertinere etiam ad fauorem libertatis, quod est in *l. pen. hoc tit.* vt si testator ex pluribus seruis vni, quem eligeret heres, reliquerit fideicommissariam libertatem, herede non eligente, aut moriente, nullo electo omnes seruos esse manumittendos: cum fauore libertatis, tum etiam vt plectatur heredis instantia: vbi Instantia, id est, ἐπιμονὴ, μέλλησις, *la demeure,* cunctatio, mora: alias instantia est ἔπειξις. Ac postremo notandum legem vltimam definire id de quo Paulus in *l. itaque, ff. eod.* scripserat, adeundum esse principem vt libertati prospiceretur, quod æquum esset ei prospici in ea specie, necdum prospectum esset. Species hæc est. Rogaui legatarium vt seruum,

D quem ei legaui, manumitteret, & heres latitat, nec seruum præstat legatario, cessat Senatusconsultum Rubrianum: quia is qui rogatus non est latitat, non is qui rogatus est: puta legatarius, qui paratus seruũ manumittere, si eũ haberet. quid fiet? Et placet Iustiniano in *l. vlt.* vt post duos menses quam latitauit heres, seruus ille perinde fiat liber, ac si a legatario manumissus fuisset, vt tamen legatarius habeat saluum ius patronatus, qui in nulla culpa versatur. Idemque est si dum heres detrectat etiam in iudicio seruum præstare legatario, iudex iusserit heredem legatario præstare æstimationem serui, quod tamen stulte iusserit: nam debet omnimodo compellere heredem ad præstandum legatum, si eius restituendi facultatem habeat: nisi adferat iustam cau-

E sam retinendi seruum: puta quod sit pater suus naturalis, aut mater, aut frater: rogat iudicem ne is sibi eripiatur, & vt legatario satisfiat æstimatione litis, vt *l. si domus* §. *qui confitetur, &* §. *seq. de legat.* 1. alias præcise cogitur præstare seruum legatum, cuius copiã habet: Et ita etiã vero verius est, venditorem omnimodo cõpelli tradere rem venditam quã possidet, si eã malit emptor, quam id quod interest, vt in §. *perficiuntur, Inst. de donat.* quę fuit opinio Martini, quã etiam Accurs. æquiorem esse ait *l.* 1. *de action. emp.* & probat omnino eam Paulus *lib.* 1. *Sent. tit.* 13. *Si (inquit) id quod venditũ est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, vt tradat*

tradat aut mancipet, Et ita quoque in specie *l. vlt.* iudex debuit omnimodo cogere heredem ad præstandum seruum legatum: si hoc non fecerit, quomodo prospicietur libertati, puta si damnauerit heredem in æstimationem serui tantum? Et placet hoc casu perinde haberi seruum, atque si ante eam condemnationem a legatario manumissus fuisset: Et vt ait *l. vlt.* etiam legatario sumptuum nomine in eam litem factorum heres præstat quadruplum: illa autem sententia est vitiosa & nulla. Et hic est finis huius tituli.



AD TITVLVM V.

De Dedititia libertate tollenda.

De fideicommissaria libertate etiam egimus in *l. 43. ff. eod. tit*, fideicommissariam libertatem testamento relictam, vel codicillis non deberi ei quem dominus postea vinxit pœnæ causa in ergastulo: Cur ita? nimirum quia ex lege Ælia Sentia ad ciuitatem Romanam peruenire nullo modo potest is, qui a domino vinctus est pœnæ causa, vel qui compunctus est notis, qui dicebatur, *Stigmatias* & *Subuerbustus* apud Plautum, & Tertullianum. Eiusdem conditionis est is, qui propter noxam tortus nocensque inuentus est, vel qui datus est ad ferrum, vel ad bestias, vel coniectus in publicam custodiam: Sed quocumque modo fuerit manumissus neque fit ciuis Romanus, neque Latinus, sed habetur Dedititiorum numero, auctore Vlpiano *lib. regul. tit. 1.* & *Theophil.* in *tit. de libertinis*: quod est (vt dixi) ex lege Ælia Sentia: ideoque Vlpianus scribens ad legem Æliam Sentiam in *l. verum, ff. de verb. significat.* definit, quis vinctus dicatur: quæ lex nisi secundum inscriptionem coangustetur ad legem Æliam Sentiam, & caput de Dedititiis, omnino pugnabit cum ea *l. succurritur. ff. ex quib. caus. maior.* Fuit autem lex Ælia Sentia lata Augusti temporibus, & auctore eodem Augusto si non etiã latore, sicut lex Fusia Caninia, cũ & Suetonius in Augusto scribat, Augustum manumittendi modum numerumque terminasse, quod fecit per legem Caniniam, & cauisse etiam, quod pertinet ad legem Aeliam Sentiam, ne vinctus vnquam tortusue quis vllo libertatis genere ciuitatem Romanam adipisceretur: & illi qui in ea sunt causa ex lege Aelia Sentia dicuntur esse Dedititiorum numero, quod eodem numero sint, eodem iure, conditione eadem, qua sunt peregrini, qui se & sua victi a Romanis dediderunt in ditionem & potestatem populi Romani, qui parum absunt a seruis, & infami nomine Dedititii dicebantur. Erat enim ignominiosum nomen, quia & se dedere ignominiosum est abiectis armis. Certe Dedititii deteriore conditione erant, quam Latini: nam Latini Colonarii, & Latini Iuniani, habebant commercium, id est, inter eos poterat fieri mancipatio rerum non minus, quam inter ciues Romanos, non etiam inter Dedititios vel cum Dedititiis, vt idem Vlpianus scribit *in Regulis tit. 19.* Item cum Dedititiis non erat testamenti factio: cum Latinis erat testamenti factio, si modo intra diem cretionis siue aditionis delatæ hereditatis, ius Quiritium, id est, ciuitatem Romanam adipiscerentur, vt idem Vlpianus docet: & poterant Latini variis modis adipisci ciuitatem Romanam, vt idem docet *tit. de Latinis*, quam Dedititii numquã, & nullo modo adipisci poterant. Ac primum quidem Latini fiunt ciues Romani, & ius Quiritium consequuntur, beneficio principis, patrono tamen consentiente, sicut proditum est, libertum non restitui natalibus nisi consentiente patrono, aut patroni filio *l. pen. & vlt. ff. de natal. restit.* liberto non dari ius annuli aurei, id est, non redigi libertum in equestrem ordinem, nisi consentiente patrono, *l. 3. ff. de iure aureor. annulor.* quia beneficium principis semper dare oportet sine iniuria alterius, *l. 4. in f. de emancipat. l. impuberi, ff. de administrat. tutor. l. 1. Cod. Gregoriano de testamentis.* Et ita beneficio principali Latinus non fit ciuis, nisi consentiente patrono, aut patroni filio. Plinius in Epist. ad Traianum: *Rogo des Ius Quiritium liberto Antoniæ, quod ego volente patrono peto:* & alio loco: *Rogo illis indulgeas ius Quiritium quod ego volentibus patronis peto.* Sed quid si forte Latinus inuito aut ignorante patrono a principe impetrauit ciuitatem Romanam? & edicto D. Traiani cautum est, vt proponitur in §. *vlt. Inst. de success. liber.* vt is viuat quidem vt ciuis Romanus at moriatur vt Latinus. Item Latinus fit ciuis Romanus, beneficio liberorum, vel filii vnius, aut filiæ anniculi vel anniculæ factæ: puta, si vxorem duxerit Latinam, quæ nuptiæ non sunt iustæ, iustæ fiunt tantum inter ciues Romanos: is potest causa probata apud prætorem, cum eam vxorem duxerit vel apud præsidem, ciuitatem Romanam adipisci cum filio & vxore, vt idem Vlpianus docet *tit. 3. & tit. 7.* Item Latinus fit ciuis Romanus iteratione: vt puta si qui manumissus est inter amicos, manumissio Latinum facit non ciuem ex lege Iulia Norbana, quæ etiam fuit lata Augusti temporibus: si postea ab eodem patrono is manumittatur Vindicta, fit ciuis Romanus. Plinius 7. Epist. *Si voles*, inquit, *vindicta manumittere, quem proxime inter amicos manumisisti.* Et de illa manumissione, quæ Latinum facit, etiam Seneca, *libro de vita beata Iustæ libertatis*, inquit, (ea vero est ciuitas Romana) *an libertatis datæ inter amicos*, quæ scilicet est Latina libertas. Item Latini militia, beneficio militiæ, ciues Romani fiebant, si in vrbe inter vigiles aliquot annis militassent ex lege Visellia, quæ etiam alio capite cauit, ne libertini legerentur in Senatum, vel in Curiam, de quo est lex *vnica J. ad legem Viselliam.* Item Latini fiunt ciues Romani naui, si nauem fabricauerint aliquot modiorum capacem, quæ seruiat annonæ populi Romani. Item si ædes construxerit, aut pistrinum. Præstat quandoquidem populum exhortari ad exstruendas ædes quibusdam præmiis: vel ad pistrina, aut moletrinam, quæ sint vsui vniuerso populo. Et similiter, vt idem Vlpian. refert *titulo de Latinis*, Latina fit ciuis Romana, si ter enixa sit. Addi potest alius casus ex *l. 1. Cod. Theod. de raptu virginum*, quo Latinus ciuis Romanus efficitur, si crimen raptus in publicum detulerit, seruus autem fit Latinus. Variis igitur modis Latini possunt peruenire ad ciuitatem Romanam. Dedititii nullo modo possunt. Est igitur eorum conditio deterrima & miserrima, quam in hoc titulo penitus sustulit Iustinianus, abolito illo capite legis Aeliæ Sentiæ, quod etiam, vt ait, desierat esse in vsu. Sed absoluamus etiam hodie titulum sequentem.



AD TITVLVM VI.

De Latina libertate tollenda, & per certos modos in ciuitatem Romanam transfusa.

Primum non repeto, quæ dixi de Latinis, in *l. 4. tit. 4. sup* quæ tamen licet vobis transferre etiam in hunc locum. Sed hoc tantum nunc adiiciam, Latinos comparatos esse ex lege Iunia Norbana Augusti temporibus, qui ante non erant liberi, licet fuissent manumissi inter amicos, aut per epistolam, aut per mensam. Conditio autem eorum talis est, vt viuant tanquam liberi, moriantur tanquam serui §. *vlt. Instit. de success. libert.* Saluianus episcopus, *lib. 3. ad Ecclesiam Catholicam. Iugo Latinæ libertatis addicunt, quos scilicet iubent quidem sub titulo libertorum agere viuentes, sed quæ superstites habent morientes donare non possunt*, id est, moriuntur vt serui, quia testari non

possunt, sed bona omnimodo sunt relinquenda patronis. & ita in *l. 8. Cod. Theod. de liber causa. Latini*, inquit, *licet seruitutis necessitate soluautur, patroni tamen priuilegio tenentur.* Denique Latinus viuit vt liber, moritur vt seruus, vt simili forma diximus eum, qui inuito patrono a Principe meruit ciuitatem Romanam, viuere vt ciuem Romanum, mori vt Latinum. Et simili forma etiam dicimus donatum a Principe libertinum iure aureorum annulorum, viuere vt ingenuum, mori vt Latinum, *l. 3. D. de bonis libert. l. 2. sup. de iure aureor. ann. l. vnica. in fi. ad legem Viselliam.* Latinus autem moritur vt seruus, quia bona eius manumissor occupat iure peculii, itemque liberi manumissoris non emancipati, id est, liberi agnati, vt in *l. 1. Cod. Theod. de petit. heredit.* quæ est etiam de Latinis scripta nominatim: libe- B ri (inquam) non emancipati, item non exheredati, qui quidem liberi, etiamsi sint a patre instituti adiectis coheredibus extraneis, in bonis Latinorum libertorum patris, præferuntur extraneis coheredibus ex Senatusconsulto Largiano, vt proponitur in *d. §. vlt. Instit. de success. libert.* Verum in hoc titulo etiam tollitur conditio Latinorum, omnesque libertini pronuntiantur esse ciues Romani, vnam tantum esse libertatem iustam, legitimam & plenam. Et initio huius legis recte Haloander legit, qua propter titubat: nam alii Codices longe aliter: quam scripturam Haloandri confirmant Basilica, in quibus ita est, διὰ τὸ σκάζειν. Ex hac autem lege, quibus modis, puta vndecim, manumissi fiebant Latini, non ciues, hodie iisdem modis fiunt ciues Romani, quod Iustinianus in fine tituli, de successionibus libertorum, profitetur se introduxisse cum adiectionibus quibusdam. C Quærunt quid illa verba significent, *adiectionibus quibusdam*. Et non est verum, *adiectiones* vocari vndecim modos relatos in hoc titulo, quibus olim manumissi fiebant Latini, hodie fiunt ciues Romani: Nam verum est quidem, modum Latinitatis dandæ esse modum dandæ ciuitatis hodie, sed nullam hic video adiectionem. Non est etiam verum, quod Dominus Alciatus scribit. 1. παρέργων, *cap. 16.* illis verbis, *cum quibusdam adiectionibus*, illo loco Institut. significari familiarum adiectiones, vt Cornelius Tacitus scribit *lib. 1. Historiarum*, Othonem Imperatorem Hispalensibus, & Emeritensibus dedisse familiarum adiectiones: Nam constitutionẽ huius tituli, si perlegamus, nihil in illa reperiemus de istis familiarum adiectionibus. D Hoc vnum semper, modum scilicet dandæ Latinæ libertatis hodie esse modum dandæ ciuitatis Romanæ. Et idem etiam Dominus nescit, quid apud Cornelium Tacitum sint familiarum adiectiones, quas scribit fuisse datas illis populis Hispaniæ, cum scribit familiarum adiectionem, id est, ius succedendi suis libertis, vel suis clientibus, quod nec probauerim vnquam. Et manifestius ex Liuii 43. discamus licet, familias adiicere, esse augere colonorum numerum: Hæc sunt verba Liuii elegantissima, quæ explicant hunc locum: *Eo anno postulantibus a Senatu Aquileiensium legatis, vt numerum colonorum augeret, mille & quingentæ familiæ ex Senatusconsulto scriptæ, triumuirique, qui eas deducerent, missi sunt.* Adiectiones autem, de quibus intellexit Iustinianus illo loco, dum scribit, se vias faciendi E Latini, fecisse vias adipiscendæ ciuitatis Romanæ cum adiectionibus quibusdam: puta dum constituit, vt per epistolam seruus fieret ciuis Romanus, qui olim fiebat Latinus tantum, non quidem simpliciter per epistolam, sed cum hac adiectione, si epistolæ subscripsissent 5. testes. Et ita etiam seruum manumissum inter amicos fieri ciuem Romanum cum hac adiectione, si hoc fiat præsentibus testibus quinque, vel interuenientibus actis, quibus subscribant quinque testes. Eæ sunt adiectiones, nam nudum sermonem domini inter amicos non vult facere ciuem Romanum, nudamue præsentiam domini: exigit præsentiam quinque testium. Sexta Syno-

A dus tamen habita in Trullo, quod fuit palatium cuiusdam Imperatoris Constantinopoli, exigit tantum tres testes *Canone* 85. Recte autem manumissum inter amicos, vel per epistolam adhibitis quinque testibus, recte eam epistolam, vel ea acta, dicit esse imitationem codicillorum, quia scilicet in codicillis tot testes, scilicet quinque exiguntur, *l. vlt. sup. de codicill.* Persequemur etiam cursim reliquos modos. Latinus fiebat seruus, quem dominus in aduersa valetudine exposuisset, & dereliquisset, vbi conualuerat Latinus fiebat ex edicto Claudii, de quo est lex *D. qui sine manumiss. ad libert. peruen.* qua de re etiam Suetonius scripsit in *Claudio cap. 25.* Et Dio *ad finem libri vltimi.* Hodie fit ciuis Romanus seruus ἀπρονόητος, *duquel le maistre ne fait aucun conte*: male vulgo interpretantur, quid sit ἀπρονόητος. Sic vocatur in Basilicis, & Harmenopulo. Fiebat etiam ea Latina, quæ vendita fuerat sub conditione, ne prostitueretur, si prostituta fuisset contra legem venditionis, hodie fit ciuis Romana. Item Latinus aut Latina fiebat, qui quæue ex voluntate defuncti, vel heredis pileatus præcessisset funus defuncti, vt populo pateret, aut videretur defunctus multos seruos fuisse ab eo perductos ad libertatem captandæ falsæ opinionis, vel aucupandæ humanitatis defuncti, quæ tamen dissimulatio ita coercebatur, vt qui pileati præcessissent funus defuncti, fierent Latini, nec manerent serui. Idemque est, vt eleganter ait, si in funere quidam fuerint adhibiti serui defuncti, qui stantes ad lectum, siue feretrum, *cercueil, ou biere*, defuncto veluti ventum facerent: Sic est explicandus locus ille, vt etiam Latini fierent constitutum erat, hodie fiunt ciues Romani. Item si quis testamento manumissus sit hac lege vt fieret Latinus, fiebat Latinus, hodie ciuis. Item si pendente conditione libertatis datæ testamento, seruus sit manum. ab herede vindicta, fit Latinus tantum, hodie ciuis, & existente conditione libertatis libertus Orcinus, deficiente libertus heredis. Idem est, si detur pretium serui domino, vt eum manumittat, quia domino non manumittente fit Latinus, hodie ciuis. Idem euenit, si dominus ancillam collocauerit in matrimonium libero homini, vt fiat ciuis Romana, quæ ex hac causa olim tantum fiebat Latina. Item, vt si inter acta, quæ eleganter vocat figuram iudicii, & quæso notate hunc locum, quod fit inter acta, *au greffe*, videatur fieri in iudicio, in figura iudicii, si inquam inter acta seruum suum filium nominauerit, vt hæc nominatio veluti in iudicio facta ciuem Romanum faciat, quæ olim faciebat tantum Latinum. Ac postremo si instrumentum emptionis serui, si instrumentum seruitutis, dominus seruo det, quo casu etiam exigitur præsentia quinque testium, si inquam illis præsentibus ei reddat instrumentum seruitutis, vel si coram eis instrumentum conscindat, fit ciuis Romanus, qui olim Latinus tantum. Et eodem argumento legimus debitorem liberari, si creditor ei chirographum reddiderit, vel si id corruperit, & conciderit, *l. 4. ff. de pactis* Optatus Afer libro contra Donatistas: *Extorta creditoribus chirographa reddebantur.* Quod est etiam in Augustini epistola quadam ad Bonifacium. Et sic D. Ambrosius 1. *Officior. est etiam illa beneuolentiæ liberalitas, vt si quod habes debitoris chirographum, scindens restituas nihil a debitore consecutus debiti.* Et in libro de Nabuce *cap. 13. Cautionem quoque, si quam habui, debitoris, scissam sine debiti recuperatione reddidi*, quomodo significat liberatum fuisse debitorem ære alieno. Quomodo etiam dicimus, liberum fieri seruum reddito instrumento seruitutis.

AD TITVLVM VII.

De communi seruo manumisso.

VT titulo quinto & sexto Iustinianus ius vetus abrogauit, ita in hoc titulo idem abrogat quod scilicet olim obtinuit in communi seruo manumisso ab vno ex sociis. Et eleganter lex 2. *h. t.* seruum communem apud vnumquemque dominum partim esse proprium, partim alienum: quod & de re qualibet communi dici potest, vt scilicet definias eam esse rem communem, quæ partim est propria, partim aliena. Ideoque vnus ex sociis dominis seruo communi potuit legatum relinquere cum libertate, vt seruo proprio & sine libertate, vt seruo alieno, vt Vlpianus B quoque *regularum tit.* 22. scribit seruum communem ab vno ex dominis recte heredem institui cum libertate, quasi proprium, & sine libertate quasi alienum, qui si per omnia esset proprius, si in solidum esset proprius non posset institui, nec posset ei legari vtiliter sine libertate. Et hoc idem ostendit lex 3. *in princ.* & lex 6. §. *pen. D. de hered. instit.* Et eadem ratione vt ostendit *l. 2. h. tit.* seruus communis ab vno ex dominis alii potuit legari, non tantum per damnationem, sed & per vindicationem, vt proprius seruus. Nec enim ideo minus est proprius noster quod sit & proprius alterius. At dubitabatur valde, an etiam seruo communi vnus ex dominis possit directo libertatem dare vindicta, vel testamento: nam vt alienum, id est, si seruum communem accipias pro C alieno, non potest ab vno domino directo manumitti, per fideicommissum potest. Sed si accipias pro proprio, potest & ab vno ex sociis directo manumitti vindicta, vel testamento, in causa libertatis valde dubitabatur, vtrum seruus communis esset accipiendus tanquam proprius, an tanquam alienus: in causa (inquam) libertatis dandæ ab vno ex sociis: Et placebat olim vnum ex sociis directo manumittendo seruum communem, amittere partem suam eamque adcrescere socio, qui non manumisit, auctore Vlpiano libro *regular. t. 1. & Paulo 4. Sentent. tit. de manumissionibus.* Igitur seruus communis manumissus directo ab vno ex sociis non perueniebat ad libertatem, sed manumittentis pars adcrescebat non manumittenti: denique veteres hac in re non pro liber- D tate pronuntiabant, sed pro seruitute, quod libertas non posset diuidi, id est, vt qui non potest fieri liber pro parte maneret seruus. Post vero paulatim res ita processit, vt tandem sublato illo iure adcrescendi, Iustinianus fauore libertatis statueret, seruum communem pleno iure liberum fieri, optimoque iure, quem vnus ex dominis directo manumisisset præstita parte pretii sui domino, qui non manumisisset, vel eo nolente accipere partem pretii oblata ea, & obsignata & deposita in æde sacra, vel in tabulario vrbis, a quo tempore pecuniæ oblatæ & depositæ periculum pertinet ad socium, ad eum, qui pecuniam noluit accipere, vt *l. 2. in fi. hoc tit. l. acceptam, sup. de vsuris:* Nam ea oblatio & depositio solutionem imitatur, *l. 9. in fi. de solut.* Atque ita socius, qui non ma- E numisit seruum, cogitur partem suam vendere, vt seruus liber efficiatur ex voluntate alterius domini, & vendere, vel ipsi manumisso, vel manumissori, vel heredi manumissoris: nam & ex constitutione D. Seueri, vt Iustinianus scribit in *l. 1. hoc tit.* Marcianum retulisse, in Institutionibus (sic est corrigendum, non in constitutionibus) milite testamento manumittente seruum communem verbis directis, heres eius cogitur redimere partem socii, quatenus seruo competat libertas: imo & pagano manumittente seruum communem, vt scribit in *h. l. 1* quæ valde singularis est, cum varias citat constitutiones variasque auctoritates iuris auctorum, scribit (inquam) ex alia constitutione D. Seueri & Antonini socium socio manumittere volenti compelli vendere partem suam, pretio constituto arbitrio Prætoris, vt seruus perueniat ad libertatem. Regulariter nemo vendit inuitus, sed fauor libertatis hoc extorquet, vt socius inuitus vendat partem suam alteri socio seruum manumittente, vt præualeat sententia mitioris, quam durioris domini. Et scribit etiam sensisse sextum Ælium antiquum interpretem duodecim tabularum, vt socius non manumittens manumittenti inuitus vendat partẽ suam. Et hanc sententiam Sexti Ælij referre Vlp. 6. *Fideicommissorum*, & Paulum 3. Itemque Marcellum in notis ad digesta Iuliani, quam ego notam Marcelli ad Iulianum, id est, 30. Digestorum, adhuc residere opinor in *l. si seruus, ff. de vulg. substit.* Illo loco, *quod si neque a patre, &c.* Lex inscripta est Iuliano, & agit de seruo communi, quem vnus ex dominis substituit filio impuberi: & hunc ait esse redimendum a patre, vel a fisco, ne inanis sit substitutio pupillaris scripta cum libertate, vt proponitur, serui communis. Et subiicit: quod si neque a patre, neque a filio redempta sit pars serui, æquitatis rationem suggerere, vt seruus pretium partis suæ offerens & libertatem & hereditatem consequi possit ex substitutione pupillari, mortuo impubere intra pubertatem. Hunc postremum versum dico esse notam Marcelli, cuius mentio fit in hac *l. 1.* quod sciam scriptis Iuliani solere misceri notas Marcelli etiam non notato Marcelli nomine. Tandem vero ad extremum Iustiniano placuit absolute & protinus, vt fiat liber seruus communis, quem vnus ex dominis directo manumittit, sed vt compellatur partem sui pretii præstare domino, qui non manumittit, ne ea res ei sit fraudi: nam nec liber quisquam fieri debet cum detrimento alterius. Et eadem æquitas valet in specie legis *duobus, ff. de liber. causa.* Duo sunt socii, qui hominem vindicant in seruitutem, vt seruum communem, sed vindicant eum separatim, id est, separatis iudiciis, non apud vnum eundemque iudicem, & euenit, vt vnus vincat seruum vno iudicio, alterum vincat seruus altero iudicio, quid fiet? Nam homo diuidi non potest, id est, non potest pro parte duci in seruitutem, pro parte in libertatem: Veteres statuebant ducendum esse in seruitutem: sed quod puto additum in *l. duobus*, a Triboniano ex mente *h. l. 1.* Commodius est, inquit, fauore libertatis liberum eum esse præualente sententia eius iudicis, qui secundum libertatem litem dedit: sed compelli seruum victori partem præstare pretii sui, arbitrio boni viri, aut sane ducendus fuit in seruitutem in totum, aut in libertatem: & melius est eripi eum in libertatem: quia diuidi non potest, *l. alieno §. ff. 1. de fideic. libert.* Quamobrem lex Falcidia non minuit libertatem: quia libertas est res indiuidua, *l. Papinianus, §. 4 ff. de inoffic. testam.* Et hæc indiuiduitas magis facere debet, vt fiat liber, quam vt fiat seruus, id est, vt proniores nos faciat ad id, quod est humanius, ad libertatem, quam ad seruitutem. Deminutio, quæ fit ex lege Falcidia, siue rescissio, diuisio est, vt in *l. si debitor §. pen. ff. de fideicom. libertat. si diuisum fuerit fideicommissum*, per legem Falcidiam, scilicet, quæ fideicommissa & legata diuidit pro quadrante & pro dodrante. Secundum hæc, quæ diximus, hodie si vnus ex dominis seruum communem heredem instituerit, vel ei legauerit cum libertate, hereditas & legatum pertinet ad seruum, quoniam liber fit: olim adquirebatur socio, non manumissori, vt nominatim Paulus scribit 3. *Sent. tit. de leg.* Sed si sine libertate eum heredem scripserit, vel ei legauerit, seruus erit communis inter alterum socium, & heredem testatoris: hereditas autem tota & legatum totum adquiretur alteri socio, quod optime probat *l. verum §. si seruo. ff. pro soc. l. Plautius, ad leg. Falcid.* Hic non est omittendum, quod definitur in *l. 2.* vnum ex dominis, qui partem, quam habet in seruo communi, legat ipsimet seruo, videri eum testamento manumisisse, & ideo in eo esse seruanda ea omnia, quæ ante dicta sunt ex *l. 1.* de communi seruo manumisso ab vno ex dominis.

AD TITVLVM VIII.

De ſeruo pignori dato manumiſſo.

IAm a titulo ſeptimo cœpit quodam modo tractare de his dominis, qui manumittendo ſeruos, liberos eos non faciunt: nam ſi reſpicias ad ius vetus, vnus ex dominis manumittendo ſeruũ communem, eum liberum facere non potuit. Huic additur alius caſus in hoc tit. Puta, debitor, qui ſeruum ſuum pignori dedit, vel obligauit *vt ait l.* 3. nam hac in re non eſt differentia inter pignus & hypothecam. id eſt, nihil refer ſeruus pignori traditus ſit corporaliter, an hypothecæ oppoſitus nuda conuentione, ſine traditione corporis. Et de huius generis ſeruo ita inuenio eſſe ſcriptum in reliquiis regularum Vlpiani: *ſeruum*, (quod notandum, vt reſtituatur ea ſententia) *pignori datum ciuem Romanum debitor poteſt facere, niſi ſi ſoluendo non ſit:* obſtat enim libertati lex Ælia Sentia, quæ vetat fraudandorum creditorum cauſa manumiſſum ciuem Romanum fieri. Hanc ſententiam Vlpian. confirmat aperte *l. generaliter ff. qui & a quib. man. lib. non fi.* quæ ait ſeruum pignori datum pleno iure eſſe debitoris: & ideo a debitore iuſtam libertatem conſequi poſſe, id eſt ciuitatem Romanam: Nam qui pleno iure dominus eſt, ciuem Romanum facere poteſt, *l. 11. ſup. de act. emp.* id eſt, dominus ex iure Quiritum, vt veteres requirebant, is eſt, pleno iure dominus, vt Theophilus loquitur, qui eſt dominus Quiritarius: nam qui eſt dominus in bonis tantum, quod regulæ Vlpiani explicant, & Theophilus ipſe, qui eſt dominus Bonitarius, vt idem loquitur, non eſt pleno iure dominus, & ideo ciuem Romanum facere non poteſt. Cum vero debitor ſerui pignori dati ſit pleno iure dominus, ergo, vt ait *d. l. generaliter*, ciuem Romanum facere poteſt, niſi lex Aelia Sentia obſtet libertati, quæ datur in fraudem creditorum. Idem etiam oſtendit lex *1 ſup. de neceſſ. hered. inſtit.* debitorem ſcilicet, qui eſt ſoluendo, poſſe manumittere ſeruum pignori datum, non etiam eum, qui non eſt ſoluendo, propter legem Aeliam Sentiam. Verum huic ſententiæ valde obſtat *lex 3. de manumiſ.* quæ abſciſe ait, debitorem etiam locupletem, id eſt, qui eſt ſoluendo, ſeruum pigneratum non poſſe manumittere, quod & probat *l. 1. h. tit.* cuius ſententiam exponamus, prius cum ea coniuncta *l. 1. in fin. de rem. pig.* quæ eſt eadem de re, & habet inſcriptionem & ſubſcriptionem eandem, vt inde vtrique legi lux reddatur clarior. Quæſtio primum eſt de ſeruo dotali: Seruum dotalem maritus vt dominus etiam inuita vxore manumittere poteſt, ſi ſoluendo ſit, quia lex Iulia prohibet alienationem fundi dotalis, non manumiſſionem ſerui dotalis. Idemque iuris eſt in eo ſeruo, quem maritus ex pecunia dotali comparauit: nam & hic intelligitur eſſe dotalis, *l. res quæ, ff. de iur. dot. l. vlt. h. t.* Et hunc igitur, & illum ſeruum maritus, vt dominus etiam inuita vxore manumittere poteſt, ſi ſoluendo ſit, ſi locuples ſit: nam ſi ſoluendo non ſit, libertati obſtat lex Aelia Sentia quæ fraudem facit doti quandoque reddendæ vxori, *l. ſeruum dotalem, ff. qui & a quibus manum. lib. non fi.* Vt autem maritus locuples poſſit manumittere ſeruum dotalem inuita vxore, hoc verum eſt, cum hac exceptione, quam ponit *l. 1. hoc tit.* niſi idem ſeruus dotalis ſit vxori ſpecialiter pigneratus ob creditam pecuniam vt in *d. l. 1. de remiſſ. pign.* nam hoc caſu propter nexum pignoris ſpecialem, non poterit ſeruus dotalis manumitti inuita vxore, id eſt, contradicente vxore: nam taciturnitas vxoris ſimilis eſt conſenſui, vt indicat *d. l. 1. de remiſſ. pignor.* quæ, vt dixi, coniungenda eſt cum hac *l. 1.* Vtraque ſcripta eſt ad Proculum ſeruum dotalem manumiſſum a marito, qui tamen ob creditam pecuniam vxori erat ſpecialiter obligatus: Et ex ſententia huius legis apparet

A eum, qui ſoluendo eſt inuito creditore non poſſe manumittere ſeruum pignori obligatum vel traditum. Sed reſpondendum, (ne qua repugnantia reſideat inter auctores) ſane manumiſſum ab eo, qui ſoluendo non eſt, non fieri liberum, niſi ſatisfiat creditori, vel niſi ſatis offeratur: vt *l. 5. hoc tit.* Alioqui ſi ſatis offeratur creditori, qui ſoluendo eſt, iure manumiſit ſeruum pignori datum, fecitque ciuem Romanum: & eadem ſubauditione nos vti oportet ad *l. generaliter §. ſi quis ſeruo, ff. de fideicom. libert.* Species hæc eſt. Debitor ſeruo pignerato in teſtamento dedit directam libertatem: ipſo iure non valet libertas, ſed ex æquo & bono verba directa inflectentur ad fideicommiſſum, & perinde erit, ac ſi per fideicommiſſum is ſeruus manumiſſus fuiſſet, atque ita perueniet

B ad libertatem, non tamen antequam ſatis factum ſit creditori, & ideo Græci interpretes rectiſſime in *illo §.* ſuplent hæc verba, *ſoluto tamen debito.* Item notandum eſt, quod dicimus ſeruum pignori datum a debitore inutiliter manumitti, ita verum eſſe, ſi ſit pignori datus ſpecialiter, non ſi generaliter, vt cum quis obligat omnia, quæ habet, quæque habiturus eſt. Generalis hypotheca non impedit manumiſſionem ſerui, quæ eſt in bonis: imo nec tacita hypotheca, nec quam fiſcus habet ſemper, *l. aufertur §. fiſcus, ff. de iure fiſci.* Tacita etiam hypotheca non impedit manumiſſionem ſerui, *l. 2. & 3. hoc tit.* niſi fauore pupillorum. *l. 6. hoc tit.* Sciendum eſt ea, quæ tutor comparauit ſibi ex pecunia pupilli, pupillo tacito iure obligata eſſe vna cum cæteris bonis omnibus, quæ tutor habuit initio ſuſceptæ tutelæ, ex conſtitutione fratrum, vt ait lex *6. & l. 3. ff. de rebus eor. qui ſub*

C *tut. vel cura.* Vnus hic eſt fauor pupillorum, vt comparata ex eorum pecunia, tacite eis obligata ſint, hoc enim idem alii non habent, in *l. 17. in fi. de pign. l. licet, in fi. qui pot. in pignor. hab.* Igitur plus fauoris tribuitur in *l. 6.* pupillis, quam fiſco in *l. 2.* quoniam & hic pupillis tribuitur fauor, vt tacita hypotheca, quæ eis competit, impediat manumiſſionem ſerui, & tacita tamen hypotheca, quæ fiſco competit, non impedit manumiſſionem ſerui: nam excepto illo fauore pupillorum, hac in re eſt differentia inter ſpecialem & tacitam hypothecam: quia quodammodo creditori magis nexa ſunt ea, quæ ſpecialiter obligata ſunt, quam quæ generaliter, & perfuſorie, quæ ſpecialiter, quam quæ tacite, vt in *l. pen. ff. in quibus cauſis pignus vel hypotheca tacite contrahit.* Illud non eſt dubium conſentiente creditore ſeruum pignori

D datum recte manumitti, vt in *l. 4. h. tit. l. qui in fraudem, ff. qui & a quib. manumiſſi liberi non fiant.*

AD TITVLVM IX.

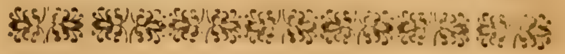
De Seruis Reipublicæ manumittendis.

SEruos Reipublicæ vocat ſeruos populi Romani, vel alterius ciuitatis: quod ante conſtitutionem Arcadii & Honorii, (id eſt, *l. generali, in fi. de tab. lib. 10.* quæ vetat ſeruos homines præeſſe vel intereſſe tabulario ciuitatis vel tabellis, aut actis publicis:)

E Ante eam legem, inquam, ſerui publici erant deputati tabulario ciuitatis, quod Græci vocant λογιστήριον, quod in eo ſubducantur rationes publicæ: proinde deputati erant rationibus, tabellis & chartis publicis & recte *l. 3. h. t.* ſignificat, tabul. adminiſtr. eſſe actum ſeruilem: quem tamen liber homo, ſi velit, gerere poterit, & ita Liuius *lib. 34. Cenſores*, inquit, *ſignatis tabellis publicis, clauſo tabulario, dimiſſiſque ſeruis publicis negarunt, ſe quidquam publici negotij geſturos.* Sed & ſeruos publicos in Senatu fuiſſe adhibitos, ad acta Senatus excipienda aut regerenda Capitolinus in Gordianis, indicat, dum ait, tacito Senatusconſulto faciendo nullos intereſſe ſcribas, nullos ſeruos publicos. Vtebantur etiam ſeruis publicis ſinguli ciues, quanquam non ſingulorum ciuium eſſent ſerui,

ſed

A sed Reipublicæ: vt scilicet publici illis stipularentur, quod in rem eorum erat, & ex vsu, vel ex necessitate, cum videlicet ipsi non poterant stipulari propter ætatem, nec poterant huic rei adhibere liberum hominem, qui liber homo alii stipulatur inutiliter, nec habebant alium seruum proprium, qui ipsis stipularetur, cum vterentur opera serui publici. Seruus publicus vnicuique ex ciuibus stipulatur recte, *l. non aliter, de adopt. l. 2. rem pup. salu. l. orphanotropos, sup. de episc. & cler. §. cum autem, Inst. de adopt.* Legi etiam apud Vlpianum in secundam Olinthiacam Demosthenis, Athenis fuisse seruos publicos, peritos literarum, quos mittebant in bellum cum Imperatoribus & Quæstoribus ad conficiendas rationes accepti & expensi: vt finito bello in reddendis rationibus veritatis eruendæ causa, de eis seruis haberetur quæstio: quia non licebat torquere ciuem Atheniensem, B sicut non licet ciuem Romanum: fraude autem ducis vel Quæstoris comperta per seruum publicum, tum in eum lege agebatur, non habita ratione libertatis: Et hac in re præcipue vtebantur serui publici bona & fideli opera: vt eleganter scripsit ille Demosthenis interpres. Seruus publicus populi Romani vnum habuit præcipuum, quod non habuerunt serui aliarum ciuitatum: nimirum ius testamenti faciendi, de parte dimidia bonorum, siue peculii, vt Vlpianus scripsit in regulis *tit. 20.* Sicut is, qui se impuro flagitio turpificauit, etiam parte tantum dimidia ius testamenti faciendi habuit, vt Paulus scripsit *Sententiarum lib. tit. de adulteriis.* Ex Nouella autem Leonis 38. seruus non publicus, sed seruus fisci, seruus Principis, plenam testamenti factionem habet: verum ab intestato heredem habere non potest: sicut in titulo de C bonis maternis docuimus, filiumfamilias in castrensi peculio, testamentarium heredem habere posse, non legitimum: & pari modo virginem Vestalem. Seruos autem publicos manumittendo Respublica olim non faciebat ciues Romanos, sed Latinos. At ex lege Vettii Lybici (sic est legendum in *l. 3. h. t.*) eos manumittendo Respublica ciues Romanos facit. Fuit quædam Vettiorum familia Romæ, nam & Vettium Rufinum legimus, qui fuit præfectus vrbi *l. 1. sup. de bonis maternis*, in subscriptione: & Vettium Atticum, & Lucium Vettium, qui detexit coniurationem Catilinæ apud Dionem, & hunc Vettium Lybicum. Et cum pertineret ea lex tantum ad vrbem, & municipia Italiæ, deinde porrecta est etiam ad municipia prouincialia *vt ait h. l. 3.* Senatusconsulto D facto Iuuentio Celso, & Neratio Prisco consulibus: cuius consulatus fit mentio in *l. 2. de orig. iur.* Et ita cum lex Attilia de tutoribus dandis locum haberet in vrbe tantum, deinde lege Iulia & Titia porrecta est ad prouincias, vt est in Instit. *tit. de Attil. tutore,* ante legem Vettii Lybici, etiam Respublica seruos suos manumittere poterat, sed Latinos eos faciebat, non ciues Romanos, vt dixi. Varro 7. *de lingua latina: Habent plerumque libertini nomen a municipio manumissi.* Et recte nomen a municipio: nam (vt scitis) liberti assumebant nomen patroni, vt Tyro libertus M. Tulii assumpsit nomen Tullij. Libertus autem ciuitatis nullum alium habet patronum, quam ciuitatem, aut Rempublicam, non singulos ciues, *l. non tantum §. 1. de rer. diu. l. sed si hæc §. qui manumittitur, de in ius voc.* Sumit igitur nomen a municipio, puta vt E dicatur Fauentinus a Fauentia, Valentinus a Valentia. in prouinciis autem serui publici, vt erat cautum legibus municipalibus & constitutionibus Principum hac forma obseruata, plerumque manumittebantur, puta ex decreto ordinis & decurionum, & Præsidis prouinciæ, & in locum manumissi dato subdito vicario, *l. 1. & 2. hoc tit. l. 1. in fi. ne quis liber inuitus act. ger. cogatur lib. 12. l. 1. de libert. vniuers. l. 3. de man. quæ ser. ad vniuers. pert. &c.* Ita vero perueniebant ad Ciuitatem Romanam, nec reduci poterant in seruitutem, licet postea tabulario ciuitatis seruissent sua sponte, vel publice gessissent alium actum ciuitatis: nam ex actu seruili solo non possunt duci in seruitutem nullo iusto titulo præcedente, *l. 6. ff. de ingen. manumiss. l. 2. hoc tit.* quæ lex 3. est coniungenda, vt paritas inscriptionis demonstrat cum *l. 1. sup. de iure aur. annul.* Ex vtriusque coniunctione emergit hæc sententia, ordinem decurionum seruum publicum donare ciuitate Romana, non etiam donare ingenuitate, non restituere cum natalibus, hoc solius esse Principis.



AD TITVLVM X.

De his, qui a non dominis manumissi sunt.

In hoc titulo ostenditur, seruo alieno directam libertatem dari inutiliter inuito domino, fideicommissaria potest dari, *l. alieno, de i fideicom. libert.* Directa, inutilis est, & tamen venditio alieni serui valet, non quidem vt præiudicet domino serui, quia est satis illicita venditio, vt ait *l. 1. sup. de commun. rer. alienat.* Et certe non fit iure, vt ait *l. 3. sup. de rei vindicat.* non etiam vt mutet conditionem serui, sed vt nascatur obligatio inter venditorem & emptorem. Manumissio serui alieni nullam constituit obligationem, quæ facta est directo; conseruatur tamen libertas, quæ data est seruo alieno, si dominus noluit eam reuocare, id est, si dominus contentus sit pretio serui, *l. 1. h. t.* in qua fine articulo vel, Græci legunt ita recte, *vt pretium eorum dominis, si hoc elegerint, dependat quanti sua interest.* Vnde ibi Thalelæus notat, idem esse pretium, & id, quod interest. vt non abs re quidam definiant id quod interest, pretium rei, quia certe id quod interest, plerumque non egreditur pretium rei: sed tamen aliquando egreditur, si plus intersit, quam res valet, aut empta est, *l. 1. de act. empt.* Interdum etiam minoris interest, quam res est, vt ostendit *l. 9. inf. ad exhibend.* id est, minus vtilitatis nobis abest, quam sit in pretio rei. Nam vt vere definiatur, id quod interest nihil aliud est, quam vtilitas, quæ nobis abest. Serui alieni manumissio directa non valet, si fiat verbis directis: hoc *l. pen.* ostendit, verum esse, etiam si pater manumittat seruum filii, puta castrensem consentiente filio minore 20. annis: non manumissio non valet. sed hoc non tam quod sit alienus seruus, quam quod manumissio fiat contra legem Æliam Sentiam, quæ vetat minorem 20. annis seruos manumittere sine consilio Prætoris aut Præsidis, & probatione causæ: Nam in maiore 20. annis aliud dicerem, quia ipse filius videtur manumittere, dum seruum eius consentiente eo pater manumittit, in cuius potestate est, sicut e contrario cum filius seruum patris manumittit consentiente patre, ipse videtur manumittere, *l. matrimonij, de ritu nupt.* Sed si proprietario, aut debitori manumittenti seruum consentiat minor 20. annis, qui in seruo habet vsumfructum, vel ius pignoris, manumissio valet: nec est contra legem Æliam Sentiam, quia non manumittitur seruus minoris, sed alienus, *l. 2. l. si pater §. vlt. ff. de manu. vind.* In hoc proposito, quod notandum, dominum accipimus pro pleno domino: nam fructuarius non potest manumittendo seruum perducere ad libertatem, quia non est plenus dominus *l. 9. sup. de testam. man. l. 4. & 5. sup. h. tit.* Idemque est in eo cui relictum est ministerium serui *l. 4. h. tit.* ministerium est simile vsuifructui *l. 9. sup. de vsu & habitat.* Nudus quoque proprietarius sine consensu fructuarii frustra manumittit, sed manumittendo amittit dominium secundum ius vetus, vt idem Vlpianus scribit *in regulis tit. 1.* & probat lex *quoties in fin. de hered. instit.* & seruus est sine domino, vt seruus habitus pro derelicto, seruus est sine domino, vt ait, *l. quemadmodum §. 1. de noxal. action.* Is quoque liber homo, qui se patitur vendi vt seruum, seruus est sine domino, si quis sciens eum esse liberum, vendat & cedat vsumfructum eius eo patiente, nam vsusfructus recte constitutus intelligitur. At qui mala fide hoc perpetrauit, non habet dominium

erui: denique seruus est sine domino *l. si vsumfructum, de liber. causa.* Hodie autem ex *l.1. inf. comm. de manum.* si nudus proprietarius manumiserit seruum, in quo alius habet vsumfructum, fit liber & libertus proprietarii, sed quasi seruus permanet apud fructuarium, quoad finitus sit vsusfructus: & ex contrario, si fructuarius manumiserit seruum fructuarium in gratiam serui, manet seruus, nec tamen quamdiu viuit fructuarius cogitur obseruare dominum, non cogitur seruire domino, non præbere ministerium, sed quietam agit vitam sine seruitute, quamdiu viuit fructuarius, qui isto beneficio ipsum donauit, vt neque ipse, neque alius eo seruo vteretur, frueretur, ex constitutione Iustiniani *inf. l. 1. commun. de manumiss.* Postremo addamus ex hoc titulo venditorem & donatorem serui esse dominum, antequam seruum tradat, & recte manumittere igitur eum seruum, *l. 3. & 5. h. tit. l. 11. sup. de action. emp.* Sed venditor tenetur emptori actione ex empto in id, quod interest, nec reuocatur libertas, quæ recte data est. Donator autem tenetur donatario condictione ex lege in id quod interest, prodita à Iustiniano in *l. pen. inf. de don.* Item dominum esse emptorem, cui seruus traditus est a venditore, licet eum emerit mandato alieno, & necdum tradiderit mandatori, quæ est sententia *l. 2. hoc tit. & l. res quas, de acq. rerum domin.* Et hoc si ei seruus traditus sit a venditore suo nomine, alioquin obstaret lex *qui mihi de donation.* Obstarent & multæ aliæ similes, quæ sic accipiendæ sunt, vt si procuratori res tradatur nomine mandatoris, dominus fiat mandator, non si nomine proprio procuratoris ipsius, vt in hac *l. 2. & d. l. res quæ.* Legem vltimam exposuimus in tit. 1. huius libri.

AD TITVLVM XI.

Qui manumittere non possunt, & ne in fraudem creditorum manumittantur.

IAm a titulo septimo cœpit tractare de iis qui seruos suos, vel olim non potuerunt, vel hodie non possunt facere liberos, & ciues Romanos: vt quos habent communes cum aliis, secundum ius vetus, & etiam hodie, quos creditoribus suis obligauerunt, & olim quoque Respublica publicos seruos non potuit donare ciuitate. De seruis alienis, qui manumittuntur directo a non dominis, illud etiam est compertissimum eos non perduci ad libertatem. Nunc iis adduntur hoc titulo, serui Principis, Imperatoris, vt scilicet non possint manumittere vicarios, siue peculiares seruos suos *l. 2. hoc tit.* quamuis eorum sint domini quodammodo. Seruus ordinarius est dominus serui vicarij, id est, peculiaris, quem ordinarius habet in peculio, *l. si seruum meus, D. de pecul.* quod si seruus Principis non potest manumittere seruum peculiarem, multo minus seruus priuati hominis: Nam generaliter verum est, quod ait *l. 9. ff. qui & a quib. manum. lib. non fiant,* nullam competere libertatem, vt in recte Flor. legitur, datam ab eo, qui postea seruus ipse pronuntiatur: denique seruus non potest facere liberum, vt non dominus non potest facere dominum, nec plus iuris quisquam dare, quam ipse habeat. Et ita ex *l. 1. sup. de test.* intelligimus, nullum esse testam. obsignatum ab eo, qui postea seruus ipse pronuntiatus est, quia seruus non est idoneus signator testamenti, non est idoneus testis, non est classicus testis: Nam a veteribus Classici testes dicebantur, qui adhibebantur in testamentis. De seruo Principis dubitabatur, quia seruus Principis pleraque iura præcipua habeat, quæ non habent serui priuatorum, vt ex *Nouella Leonis,* 38. Seruus Principis de suo peculio testamentum facere potest. Ergo & de seruo peculiari, siue vicario: *c'est tout vn.* At inter viuos, vt significat, *l. 2.* seruus Principis, nec per se, nec per interpositam personam, vt ait, veluti per imaginarium emptorem, seruum vicarium manumittere potest: nam in iure hoc fere perpetuum est, vt quod quis per se non potest, non possit etiam per suppositam personam, *l. aufertur §. quod a præside, ff. de iur. fisc.* ne fraus fiat legibus, *l. 2. §. 1. ff. de administrat. rer. ad ciuitat. pertin. l. quæritur, ff. de bonis libert. l. 5. §. non tantum, ff. de donat. inter vir. & vx. l. 58. C. Theod. de hæreticis, l. 20. C. Theod. de epis. & clericis.* Et ita etiam vt ostenditur, in *l. 4. hoc tit.* minor 20. annis non potest manumittere seruum suum per interpositam personam, vt si cui tradat seruum maiori 20. annis, verbi gratia ex causa donationis, vel ex causa simulatæ venditionis, vt eum manumitteret: ea traditio nulla est, quia fit in fraudem legis Aeliæ Sentiæ, quæ non permittit minori 20. annis seruum manumittere, nisi causa probata apud consilium. Si donet aut vendat seruo alterius, qui sit maior 20. annis, recte ab eo poterit manumitti, non si sit interpositus manumittendi causa, vt summoueatur fraus, quæ hac ratione fit legi Aeliæ Sentiæ. Et hoc quoque casu cessat constitutio Marci & Commodi ad Aufidium Victorinum, vt venditus aut donatus ea lege, vt manumittatur, cessante eo, cui seruus traditus est ea lege, ipso iure fiat liber, ea, (inquam) constitutio cessat hoc casu, quia neque facto eius, cui traditus est ea lege, neque ipso iure is seruus liber fieri potest, ne fiat fraus legi Aeliæ Sentiæ, *l. verum §. quod si minor, ff. de minor.* & duabus legibus, quæ obiiciuntur huic legi 4. in ea Accursius rectissime respondit, & perspicue. Ea igitur præmittam & adiiciam, quod ait *d. l. 4.* vt minor 20. annis seruum suum non possit manumittere per subiectam personam, hoc esse ex S. C. quod sit factum circa legem Aeliam Sentiam, ne per se possit manumittere sine consilio & adprobatione causæ. Lex Aelia Sentia fecit, quæ restitit consilio adolescentis parum firmo, vt eleganter ait lex *l. 4. D. de seruis export.* Parum firmo, inquit: nam ante 20. annum non est confirmata ætas, sed a vigesimo incipit firmata ætas quæ dicitur *l. 1. C. Theod. de iis qui veniam ætatis impetrauerunt.* Et illo loco: *hic vbi iam firmata virum te fecerit ætas.* Ne autem idem manumittat per interpositam personam, hoc fecit Senatusconsultum, de quo *in hac l. 4.* Est aliud Senatusconsultum, quod factum etiam fuit ad istud caput legis Aeliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. 1. D. de officio procons.* Vt si quis apud vnum consulem ediderit nomina manumittendorum vindicta, vt apud eundem expediat manumissionem, peragatque solemnia, non apud collegam, nisi is, apud quem nomina edita sunt, impediatur infirmitate, vel alia iusta causa. Est etiam aliud Senatusconsultum factum ad id caput legis Aeliæ Sentiæ, quod proponitur in *l. si collactaneus, in fi. de manum. vind.* Iustam causam manumissionis esse, si minor 20. annis velit ancillam suam manumittere matrimonii causa: hanc causam concilium Prætoris facile probaturum. Sed debere exigere iusiurandum a minore 20. annis: quo iuret se eam ducturum intra sex menses ex Senatusconsul. Legem semel latam solebant sequi multa Senatusconsulta, quibus dubitationes ortæ ex lege tollebantur. Non est prætermittendum, quod Iustinianus derogauit huic capiti legis Aeliæ Sentiæ in *Nouella 119.* Nam hæc lex Aelia Sentia, & testamento vetabat minorem 20. annis seruos suos manumittere, & vindicta, nisi ex causa probata consilio Prætoris vel Præsidis. At ex Nouella Iustiniani vindicta quidem non potest manumittere nisi apud consilium, at testamento manumittere potest, modo sit maior 14. annorum, aut mulier 12. In hoc titulo proponitur etiam aliud caput legis Aeliæ Sentiæ, vt scilicet libertates datæ in fraudem creditorum ab eo, qui soluendo non est, vel in fraudem patronorum a liberto, vt minus debita portione perueniat ad patronum, ipso iure nullas esse, etiam si heres debitoris, vel liberti sit locuples parque soluendo, *l. 5. sup. de testam. manumiss. l. 5. & l. 18. qui & a quibus manum. lib. non fiant.* Quia scilicet lex Aelia Sentia statim ab initio libertatem datam in

in fraudem creditoris, & patroni constituit irritam, A denique ipso iure nulla est. At *l. 1. h. t.* dicit reuocari libertatem, vnde dicet forte aliquis, ergo ipso iure nulla non est, quæ collectio vera non est: nam Reuocari verbum est duplex: vel enim reuocari quid dicitur ipso iure, vt hac *l. 1.* & in *l. si libertus, ff. de iure patronat*, sicut & rescindi ipso iure, *l. hoc modo, ff. de condit. & demonstr.* & Rumpi ipso iure, *l. inter cetera, de liber. & postum.* vel rescindi, reuocari, rumpi quid dicitur non ipso iure, sed beneficio actionis, & sententia iudicis: Et serua differentiam quæ est hæc in re inter manumissiones & alienationes: nam manumissiones factæ in fraudem creditorum ipso iure reuocantur, & irritæ constituuntur: alienationes autem factæ in fraudem creditorum, vel patronorum, ipso iure non reuocantur: imo valent ab initio, sed factæ in fraudem creditorum, postea possunt B reuocari per Paulianam actionem, §. *item si quis in fraudem creditorum. Inst. de action.* Et factæ in fraudem patronorum, per actionem Fabianam testato liberto, vel per actionem Caluisianam intestato liberto, vt in *tit. ff. & C. S. quid in fraudem patron.* Si libertates ab initio valerent, postea remedio actionis reuocari non possent, quia nihil est quod ægrius reuocetur, quam libertas, quæ competiit semel. Idcirco lex Aelia Sentia libertati occurrit statim ab initio, *l. quæ in fraudem, ff. qui & a quibus manum. lib. non fiant, l. 9. ff. de liber. causa*, & in *Instit. in pr. t. qui & quibus ex caus. manum. non poss.* Rectissime Cornelius Tacitus *libr. 13. Tarde esse concedendum, quod datum non adimeretur.* Ad hæc vero notandum, cum tractatur de libertate data in fraudem creditorum, vt sit ipso iure nulla, inter creditores numerari etiam conditionales creditores, id est, quibus debetur sub conditione: nam & conditionalis creditor est creditor, & obligationem transfert in heredem, & mitti potest in possessionem bonorum debitoris: ideoque, (vt dudum ostendi in *l. 8. ff. qui & a quibus manum. lib. non fiant.* recte ait lex, eum, qui debet sub conditione, si manumittat fraudandorum creditorum causa, locum habere legem Aeliam Sentiam: vbi Accursius, & interpretes omnes perperam ante Florentinam editionem legebant, *locum non habere:* & perperam etiam legebant *fideicommissi causa*, cum sit legendum, *fraudandorum creditorum causa*, errore creato ex literis singularibus, F. & C. quibus significatur, & fraudandorum creditorum, & fideicommissi. Sed dudum ostendi pro fideicommissi reponendum esse, fraudandorum creditorum causa, quomodo etiam scribunt Græci: πρὸς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν. inter D creditores etiam numerantur ij, quibus fideicommissum debetur, *l. 1. h. t.* De iis dubitabatur, quia fideicommissa non sunt iuris ciuilis, non proficiscuntur ex iure ciuili: sed ex nuda voluntate morientis, quam tuetur Prætor fideicommissarius. Cum ergo lex ait, inter creditores numerari etiam eos, quibus fideicommissa debentur, hoc ait, creditores dici non tantum eos, quibus iure ciuili, sed & eos, quibus iure Prætorio debetur, vt in *l. creditorum, & l. seq. de verb. signif.* Ad hæc pertinet etiam *l. 5. hoc tit.* quæ docet, seruum venditum a debitore fisci, qui soluendo non est, recte manumitti ab emptore: hæc enim est sententia *l. 5.* nam in ea *l. 5.* pro *emptori* omnino legendum est, *venditori:* vt in Basilicis, τῷ πρατῆρι. Hæc est sententia *l. 5.* & species est ponenda hoc modo. Pater naturalis emit filium suum naturalem seruum Lucij Titij, ab eodem Lucio Titio, qui erat fisco obæratus multis nominibus, & impar soluendo: mox pater eum manumisit, qui nec eum redemerat, nisi vt eum manumitteret: non videtur data libertas in fraudem fisci, per interpositam personam: quia venditori nihil abest, quoniam quidem habet pretium serui: Et obserua, quod ait *l. 5.* quæ est scripta ad eum seruum, quem pater naturalis emit & manumisit, quod (inquam) ait, *d. l. is quem patrem tuum appellas:* lex enim non appellaret patrem: quia neque serui, neque liberti patrem aut matrem ciuilem habent, vt eleganter ait Paulus 4. *Sentent. tit. 10* naturalem habet, & ideo liber homo, qui fit seruus, qui patitur maximam capitis deminutionem, desinit habere patrem & matrem, ciuilem scilicet, non naturalem: nam iura naturalia sunt immutabilia. Ad hæc postremo notandum ex *l. 1. h. tit.* hoc caput legis Aeliæ Sentiæ pertinere tantum ad directas libertates, nempe, vt eæ ipso iure nullæ sint, si dentur in fraudem creditorum, lex Aelia Sentia facit: libertates autem fideicommissariæ, vt ipso iure nullæ sint, lex Aelia Sentia non facit, sed ipsa ratio iuris, quia fideicommissa, siue libertatum siue pecuniarum ipso iure non debentur, nisi deducto ære alieno, & impletis creditoribus. Igitur si bona non sufficiant æri alieno, fideicommissa exstincta sunt *l. 1. §. denique, ff. ad Treb.* Vnde manat illa differentia, in fideicommissariis libertatibus fraudem spectari ex euentu solo, in directis, non ex euentu solo, sed consilio fraudatoris, ex animo manumittentis fraudandorum creditorum causa, *l. vlt. h. tit. l. 4. §. si quis autem, D. de fideicom. libert.* Adnotemus etiam ex hoc titulo non recte manumitti, aut non recte manumissum videri seruum a domino, quem populus coegit vt manumitteret, puta, vt ait *l. 3. h. tit.* actorem fabulæ, histrionem, comœdum, qui populo forte placuerit, seruum alienum: nam plerunque, vbi is, vel saltando scite, vel cantando populum oblectasset, eique placuisset, præsentem forte dominum populus compellebat manumittere, quæ res nihil proficiebat manumisso, *l. si priuatus, D. qui & a quibus manum. lib. non fi.* vbi etiam additur, quod est *in hac l. 3.* Diuum Marcum hoc constituisse, ne quis manumitteretur ex acclamatione C populi, & vt non videretur voluntate domini manumissus, quem dominus coactus manumisisset, quamuis voluntatem accommodasset: nam qui coactus vult, & vult. Et placet etiam quod adiicit, *d. l. si priuatus*, cum liberum non fieri, quem dominus mentitus sit liberum esse, ne a magistratibus castigaretur, quod non fuerit ei animus manumittendi. Vbi, *ne a magistratibus*, id est, a magistratibus municipalibus, qui in seruos tantum habent castigationem, non in liberos homines, *l. 1. de iurisdict.* Et ita Græci hunc locum accipiunt, cum vertunt ἐκ τῶν στρατηγῶν: nam in libris iuris στρατηγοὺς semper oportet interpretari magistratus municipales, siue Duumuiros. Hoc vero, quod diximus de domino coacto, confirmatur ex *reliquiis regularum Vlpiani*, in quibus ita est scriptum pereleganter. *In his, qui inter amicos manumittuntur, voluntas domini spectatur*, id est, an habuerit propositum manumittendi, & sequitur: *Vnde si per vim coactus ab aliquo, vel a populo manumiserit, non veniet seruus ad libertatem, quia non intelligitur voluisse, qui coactus manumisit.* Idem est etiam, si Princeps, dum interest spectaculo, vel Prætor, dum edit ludos, coactus sit actorem fabulæ, qui populo placuit, seruum manumittere: namque ea manumissio nihil valet, vt legitur apud Suetonium *in Tiberio*, Tiberium rarissime interfuisse spectaculis, ne quid exposceretur, vtique postquam fuit coactus (inquit) manumittere Actium Comœdum inuito animo suo. Et hoc esse scribit *l. 3.* ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, quod est ex oratione D. Marci: auctore, id est, ex oratione vt in *l. 1. sup. de petit. hered. l. liberos, sup. de excusat. tutor. l. pen. sup. de magistrat. conueniend.* Et in antiqua inscriptione, in qua est ita: *Ex Se-* E *natusconsulto, & ex auctoritate Cæsaris.* Et in alia: *Statuam poni habitu ciuili pecunia publica Senatus censuit, auctore Marco Aurelio Antonino.* Et hoc intelligitur etiam placuisse D. Hadriano ex Dione *in Hadriano*, qui refert rogante populo Imperatorem, vt seruum quendam agitatorem manumitteret, Imperatorem per tabellam respondisse, id a se peti non debere, vt seruum alienum manumitteret, vel vt suum inuitus manumitteret, quod definit hæc *l. 3.* Et eandem legem fuisse Athenis, constat ex Aeschyne contra Ctesiphontem: μηδὲ οἰκέτην ἀπελευθεροῦν ἐν τῷ θεάτρῳ. Et postremo notandum ex *l. pen.* Tutores

etiam non posse præstare libertatem seruo sui pupilli, nec eam quidem, quam pupillus debet præstare, puta ex causa fideicommissi, vbi recte Thalelæus, dum lex ait, nec *fideicommissariam libertatem. &c.* recte notat verbum, *nec*, esse coniungendum cum verbo, *debitam*, non cum verbo, *fideicommissariam*, ne hoc videatur dicere, nec directam, nec fideicommissariam libertatem, tutorem præstare non posse, quod esset ineptum dictu, quia directa libertas non præstatur. Et hic est finis huius tituli.

AD TITVLVM XII.

Qui non possunt ad libertatem peruenire.

DIxit supra de iis, qui manumittere non possunt, nunc dicit de iis, qui manumitti non possunt, id est, qui apud dominos perpetuam seruitutem colunt, quales sunt damnati ob maleficium aliquod in vincula perpetua a Præside prouinciæ, vel, vt ait, *l.1.h.t.* ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, id est, merum imperium, puta a Præfecto vrbi, vel a Procuratore Cæsaris, qui in prouincia Præsidis partibus fungitur, vel a latrunculatore, qui extra ordinem dimittitur in prouincias ad compescendos, & coercendos latrones, qui in Nouellis vocatur ληστοδιώκτης, *persecutor latronum, & l.35.§. quæsitum, ff. ex quib. caus. maior.* qui dicitur missus ad compescendos malos homines, illo loco, in Basilicis vno verbo dicatur ληστοδιώκτης: Ergo ab eo, qui coercendorum maleficiorum potestatem habet, quod merum imperium dicitur, si seruus sit damnatus in perpetua vincula, numquam potest peruenire ad libertatem, si sit damnatus in vincula temporaria, licet interim, quamdiu sua pœna fungitur, non potest a domino manumitti, atque adeo nec ex testamento domini capere hereditatem, nec legatum aut fideicom. quia hæc relinquuntur seruis propriis inutiliter sine libertate iusta. tamen damnatus seruus in vincula temporaria, postquam erit perfunctus sua pœna, a domino manumitti potest: nam temporaria illa coercitio, id est, determinatio certi temporis, quo sit in vinculis, pœnæ abolitio est. Igitur post tempus perduci ad libertatem potest. Et hæc est sententia *l.1.hoc tit.* quæ tribuitur Diuis fratribus a Papiniano in *l. fratres, ff. de pœnis.* Vnde opinor in inscriptione *l.1.* sic esse legendum. *Impp. Antoninus & Verus Augusti.* ij sunt Diui fratres, vel, vt in quibusdam libris. *Imp. Antoninus Augustus,* suppresso nomine fratris, vt sæpe fit alias: & similiter in subscriptione huius legis, hoc modo. *Data XVI. Kalend. Iulias, ipsis Antonino & Vero Augg. Coss.* Vnde, quem initio huius legis Imperator vocat patrem suum, is est Antoninus Pius, non Claudius, quod nomen perperam quidam supposuerunt. Et sic notare licet ex *hac l.1.* seruum damnatum in vincula perpetua, vel temporaria non fieri seruum pœnæ, sed in dominio & potestate eius remanere, cuius fuit, antequam damnaretur in vincula, cum lex dicat ab suo domino eum non posse manumitti, quamdiu est in vinculis. Et longe aliter hoc est, quam si seruus damnaretur in metallum, vel in opus metalli, vel in arenam: nam fieret seruus pœnæ, & desineret esse seruus eius, cuius fuit antequam damnaretur: adeo vt nec si postea beneficio Principis ea pœna liberetur, redeat in potestatem prioris domini: Sed desinit esse seruus pœnæ, qui liberatus est pœna ex indulgentia Principis, & fit seruus fisci: aliud enim est, esse seruum pœnæ, aliud seruum fisci. Et hoc ostenditur in *l. aut damnum, in fi. ff. de pœnis l. frustra. inf. de pœnis.* His vero seruis, qui sunt damnati in vincula perpetua adduntur in *l. 2. hoc tit.* serui testatoris, vel heredis, quos testator in testamento suo manumitti vetuit pœnæ causa: Dico, *pœnæ causa*: nam (vt ea lex ostendit) si vetuit

A seruum manumitti, vt filio suo consuleret, cui opera eius serui valde erat necessaria, mortuo filio poterit peruenire ad libertatem, si ei superuixerit: At si pœnæ causa testator eum manumitti prohibuerit, in perpetua seruitute morabitur, nec per suppositum emptorem fiduciarium, qui scilicet eum redimat manumittendi causa nummis ipsius serui, poterit manumitti, vt hæc lex ait in fine, quæ ita explicanda, & probat *l.4.§. in illis, D. de manumiss. l.7. sup. tit.2.h. libri.* Sed dicto §. *in illis,* videtur aduersari eiusdem leg. *4.§. siue autem,* quod explicatu dignum. Sciendum est seruum, quem emptor imaginarius ab eo suppositus, redemit a domino, nummis ipsius serui, eius conditionis esse, vt omnino manumitti debeat ab emptore illo fiduciario, cuius fidem est secutus, B & qui de sua pecunia eum non redemit, sed de pecunia serui: Et hoc ius est ex constitutione Diuorum fratrum ad Vrbium Maximum, cui tamen non est locus, si eius conditionis sit seruus ille, qui suis nummis redemptus est, vt in totum non possit perduci ad libertatem: nam nec ab emptore fiduciario perduci poterit, & cessat hoc casu illa constitutio fratrum, quæ est sententia §. *in illis,* At in §. *siue autem,* ait, seruum venditum emptori supposititio & imaginario ea lege, ne manumittatur, quæ lex solet etiam irrogare perpetuam seruitutem, tamen benignius esse, vt debeat manumitti ab emptore fiduciario, qui tantum nomen suum ei accommodauit, & cui præterea nihil abest ob emptionem serui, id est, qui de suo nihil erogauit: Ergo interueniente etiam emptore fiduciario, locus est constitutioni fratrum, vt C scilicet libertatem adipiscatur: Ita ille §. cum illo pugnare videtur. Sed distinctio rem aperiet facillime, quæ talis est. Si emptori fiduciario siue imaginario, & seruo vendito nunc primum in venditione ea lex irrogetur, ne manumittatur, benignius est dicere, vt tamen manumitti debeat a fiduciario emptore, cuius fidem secutus est, & cui eo nomine nihil abest, vt *d.* §. *siue autem.* Sed (hæc est altera pars distinctionis) si personæ serui ea conditio, ne manumitteretur, cohæserit, apta & colligata fuerit, antequam supponeret emptorem imaginarium, a quo redimeretur suis nummis: Sane hoc casu neque ab illo emptore, neque ab alio ad libertatem perduci potest: Nec hoc casu locus est constitutioni fratrum ad Vrbium Maximum, vt in *dict.* §. *in illis,* Et secun- D dum hæc iis, qui testamento domini prohibiti sunt, ne vnquam manumitterentur, addere etiam licet eos, qui in perpetuam seruitutem venierunt, id est, ea lege, ne vnquam manumitterentur, quæ lex imponitur, & cohæret personæ serui. Idemque est, si quis seruus ob aliquod delictum a Præfecto vrbi, vel Præside prouinciæ prohibitus sit manumitti, *l. seruus hac lege, D. de manum. l. ille* §. *vlt. D. qui & quib. lib. l. seruum filij* §. *si item, D. de leg. 1. l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien. &c.* Addamus etiam seruum venditum ea lege vt exportetur, ex *d.* §. *in illis:* nam seruus qui veniit exportandus, eo loco vnde exportari iubetur, numquam potest manumitti, vel si manumittatur, seruus fit fisci, alibi potest manumitti, quia ea lege non omnino vetatur manumitti, sed si ma- E numissus alibi, redeat, vnde exportatus est, protinus etiam fit seruus fisci, id est, venit in perpetuam seruitutem fisci *l. 1. sup. si seruus export. ven.* Ex qua interpretandus vobis est *d.* §. *in illis,* quo loco agit de seruo exportando. Et hi quidem sunt serui, qui ad libertatem peruenire non possunt.

AD TITVLVM XIII.

Pro quibus causis serui pro præmio libertatem accipiunt.

IN hoc titulo additur exceptio superiori titulo, vt scilicet qui non possunt manumitti, id est, qui perpetuæ seruituti addicti sunt, quandoque manumittantur: puta libertate publice data pro præmio: vbi intelligere

intelligere oportet, pro præmio indicii: quod ſeruus qui alias manumitti non poterat, indicauerit crimen cuius indicium maxime pertineat ad Rempublicam, & vtilitatem communem, vt ſi ſeruus indicet cædem domini ſui, vel arguat, licet perpetuo addictus fuerit, tamen hoc caſu ſententia prætoris, vel præſidis libertate donari poteſt, quod *l.1.hoc tit.* ait eſſe ex Senatuſconſulto & conſtitutionibus: Et proculdubio intelligit Senatuſconſultum Syllanianum, ex quo ſeruus qui indicat & arguit necem domini ſui pro præmio indicii conſequitur libertatem, licet perpetuæ ſeruituti addictus fuerit, *l. 3. §. ſi quis ex ſtipulatu, & §. is quoque, D. ad Senatuſc. Syllan.* In eo Senatuſconſulto erant illa verba, *indicaſſe vel arguiſſe.* Ideoque recte *l. indicaſſe D. de verb. ſignif.* refertur ad Senatuſc. Syllanianum, quæ *indicaſſe* interpretatur eſſe detuliſſe reum cædis. *Arguiſſe* autem interpretatur eſſe, accuſaſſe reum cædis & conuiciſſe: nam ex hac cauſa ſeruus poteſt accuſare qui regulariter non agit, neque accuſat in iudicio. Ideoque *l. 1. hoc tit.* exigit, vt reum cædis domini conuincat incorruptis probationibus, id eſt, liquidis & veris: Et vt aduerſus eum conſiſtat ſtrenuo niſu, vt ait, ſi velit pro præmio conſequi libertatem, non dicis cauſa, non perfunctorie. Vnde recte, vt in *d.l.indicaſſe*, Antonius Auguſtinus vir politiſſimus in *d.l.3.§.vtrum, ad Senatuſc. Syllan.* pro *vindicaſſe*, legit, *indicaſſe*, vel *arguiſſe*: quæ erant verba Senatuſconſulti: Eademque ratione ſum auctor vobis, vt in *hac l. 1.* pro *vindicant*, legatis, *indicant*: nam & idem verbum eſt, quod ſcilicet idem pollet in metaphraſi Græca huius legis, ὁ δοῦλος καταμηνύσας τὴν σφαγὴν τοῦ δεσπότου: non dicit ἐκδικήσας, id eſt, *vindicans*, ſed καταμηνύσας, id eſt, *indicans*, quod eſt verbum Senatuſconſulti: eodemque loco libertatem quæ ob fidem ſuam erga dominum ſeruo datur, vocat ἔπαθλον τῆς μηνύσεως, id eſt, *præmium indicij*. Et ſic etiam in *l.1.ſup.de precib.Imp.offerend.* (quæ eſt coniungenda cum hac *l.1.* vt monet paritas inſcriptionis & ſubſcriptionis, & res eadem quæ agitatur in vtraque) pro *vindicanda* ſcribendum *indicanda*, vt retineamus Senatuſconſulti verbum. Idem mendum etiam inſidet hodie alia in re in *l. deferre §. ſed communem, D. de iure fiſci*, vbi legitur *deferre*, id eſt, *vindicare*, *ce n'eſt pas cela*: ſed *indicare*. Sed pergamus. Non eſt omittendum quod in lege 1. ſeruum qui indicauit vel coarguit necem domini ſui, pro præmio indicii accipere libertatem non ex ipſo facto, id eſt, ipſo indicio; ſed adito prætore vel præſide ex ſententia eius: quod etiam exigit *l.eris alieni, D. ad l.Falcid. & l. ſi necem, D. de bonis libert.* quæ etiam oſtendit eum ita manumiſſum ſententia prætoris vel præſidis fieri libertum orcinum, id eſt, defuncti, cui eam fidem exhibuit, vt in *l.5.ff.qui ſine manum.ad libert.peruen.* Et quod ait hæc *l.1.* non ex ipſo facto, puto ex hoc loco duxiſſe: quod aiunt doctores frequenter, quædam ipſo facto vires obtinere, vel amittere ſuas: vt cum dicunt: Ipſo facto, id eſt, ipſo ingreſſu monaſterii: quod etiam eſt in *Nou. de monachis*, quem deuouere monaſterio ſe & ſua ipſo facto, id eſt, ipſo ingreſſu: Nec tamen verum eſt quod putant, quodque hic ſcripſit Accurſius, idem eſſe *ipſo iure*, & *ipſo facto*: nam *ipſo iure*, id eſt, ſine facto vllo, & ſine ſententia iudicis, vt oſtendit *l. 1. ſup. de locat.* Et his quæ dicuntur fieri ipſo facto, poteſt addi *l.palam vlt. de ritu nupt.* quæ dicit deprehenſam in adulterio, etiam ſi non ſit damnata adulterii, eſſe infamem ex lege Iulia & Papia. Cur ita? quia, inquit, *lex factum notauit, non ſententiam his verbis: quæ in adulterio deprehenſa fuerit, vt notata ſit*, & non exigit ſententiam: denique vult eam ipſo facto infamem fieri. Fit etiam ſeruus liber pro præmio indicij, ſi raptum virginis indicauerit: quem forte improbiſſimi parentes, quorum maxime vltio intererat, omiſerint, vel ſilentio vel depectione, id eſt, pactione turpi: nam & hic ſeruus propter indicium publice accipit libertatem ex *l. 3. hoc tit.* vbi *libertate donetur*: cum eſſet in Codice Theodoſiano, vnde ſumpta eſt, *Latinitate donetur*: quia hodie ſublata eſt Latinitas: vt dixi. Turpis eſt illa pactio, qua parentes iniuriam puellæ factam remittunt; adeo vt & deportatione plectantur, qui eam remiſerint ex lege Conſtantini *l. 1. C. Theodoſ. de raptu virginum*: quam confirmat etiam hac in re Iuſtinianus in *l. vn. §. pen. inf. eod. tit.* Ac præterea ea pactio quam habuit reus cum parentibus virginis non extinguit crimen raptus, vt non poſſit ſcilicet alius id inferre reo ſiue raptori: Reo quidem raptus, (quod notandum) paciſci licet cum accuſatore: quia eſt capitale crimen, id eſt, quod infert pœnam ſanguinis: & omnis eſt honeſta ratio redimendi ſanguinis, *l. tranſigere, ſup. de tranſact.* Sed habita ea pactio inter duos, non tenet alios, qui cum reo idem non pepigere, nec repellit eos ab accuſatione publici iudicii *l. 5. §. vlt. ad leg. Iul. de vi public.* Et hæc eſt vna differentia inter adulterium & raptum: nam de adulterio paciſci non licet, *d. l. tranſigere*: quamuis hodie ſit capitale ex lege Conſtantini, *l. quamuis, in fin. inf. ad l. Iul. de adulteriis*: quia ſcilicet lege Iulia non fuit capitale, & de crimine non capitali tranſigere non licet atque paciſci. Et Conſtantinus qui adulterium fecit capitale crimen, & in eo derogauit legi Iuliæ: non tamen ei legi derogauit in eo quod obtinuit ex ea, vt de adulterio tranſigere, vel paciſci non liceret. Quod nominatim non derogatur, manet. Et hæc eſt ratio excepti adulterii in *d. l.tranſigere.* Eſt etiam alia differentia: Nam adulterii crimen finitur quinquennio: Raptus crimen eſt perpetuum, *d. l. 5. §. vlt.* Item raptus punitur lege Iulia de vi publica: adulterium lege Iulia de adulteriis. Etiam addamus ex *l. 4.* pro præmio indicij, ſeruum conſequi libertatem, qui in publicum detulit deſertorem militiæ: & coniungenda eſt cum *l.1. inf. de deſertorib.* vt ſuadent inſcriptiones & ſubſcriptiones pares; quæ lex, ingenuo homini indici deſertoris militiæ, pro præmio dat immunitatem tributorum publicorum: ſeruo autem libertatem. Et ita etiam ingenuo homini indicanti reos falſæ monetæ datur immunitas in *l. 1. inf. de falſa moneta*: ſeruo autem datur libertas in *l. 2. hoc tit.* quæ eſt coniungenda cum *d. l. 1.* ſed vt ait *l. 2.* hoc caſu quo ſeruus indicat reum falſæ monetæ, ſi publice libertatem acceperit pro præmio indicij, fiſcus domino eius debet refundere pretium ſerui: niſi ipſum dominum detulerit reum falſæ monetæ: quod poteſt in *l. vix, D. de iudic.* At ſi alium detulerit & coarguerit publice, pro præmio indicii donabitur libertate domino eius reddito pretio ex ærario: quod obtinet etiam ſecundo & tertio caſu, quo diximus ſeruo præmium indicii eſſe libertatem, vt ſcilicet his tribus caſibus debeat domino reddi pretium ſerui de publico: Et adiici poteſt quartus caſus ex *l. vnic. inf. de mulieribus, quæ ſeruo proprio ſe iunxerunt*: vt ſi quis ſeruus deferat commiſtionem dominæ cum ſeruo proprio, quæ fœdiſſima eſt, pro præmio indicinæ, vt Apuleius loquitur, pro præmio indicii accipiat libertatem, reddito ſcilicet pretio ſerui: Et ita etiam leges apud Liuium *lib. 24.* Cum Tiberius Sempronius Gracchus liberos eſſe iuſſit ſeruos, quorum opera proſpere pugnauerat aduerſus Pœnos ad Beneuentum, Tribunos menſariis dominis pretia ſeruorum reddidiſſe. Idem leges apud eundem *lib. 32.* de duobus ſeruis qui detexerunt coniurationem ſeruorum de ſoluendis Carthaginenſibus obſidibus, pretium ſeruorum ex Senatuſconſulto manumiſſorum ex ærario dominis fuiſſe redditum. Et inuenies ſimilem legem apud Platonem 11. *de legib.* δοῦλος δ᾽ ἂν μηνύσας ἢ ἐλεύθερος ὑπὸ τῆς πόλεως ὀρθῶς γιγνέσθω, ἀποδιδούσης τῷ δεσπότῃ τὴν τιμήν: *ſeruus*, inquit, *qui crimen illud de quo agit, detexerit, recte fiat liber, a ciuitate reddito pretio domino.* At in primo caſu poſito in *l. 1. hoc tit.* quo ſeruus qui indicauit cædem domini, publice donatur libertate, non eſt æquum

vt fiscus heredi refundat pretium serui: imo si lex de- A ficeret hunc seruum deberet heres afficere præmio libertatis, vt non possit honeste e publico reposcere pretium serui: idem etiam procedit in casu *l. 1. sup. ne Christian. mancip. paganus vel Iudæus habeat*: vbi, si seruus Christianus, quem aliqua ex causa adquisiuit paganus vel Iudæus, vel hæreticus, eam rem in publicum detulerit, fit liber: nam & eo casu domino qui deliquit in adquirendo seruo, non est æquum reddi pretium: Idemque procedit in casu Nouellæ *de Eunuchis*: si quis seruo suo exsecuerit virum, vt & seruum amittat, & pretium serui.



AD TITVLVM XIV. B

De ingenuis manumissis.

IN hoc titulo agitur de ingenuis hominibus, qui manumittuntur vt serui ab iis, qui existimant aut fingunt se esse dominos: quæ res libertinos non facit, id est, non officit ingenuitati eorum, vt si filius ex imaginaria seruitute a patre manumittatur, *l. 3. D. de capite minut.* Hoc modo liberatur quidem patria potestate, sed ingenuus manet, nec fit libertinus. Item ingenuus, qui non ex iusta seruitute manumissus est, non fit libertinus: non omnis manumissio libertinum facit. Non iusta libertas est, vt eam definiam, cuius titulus siue causa non legitima, vel non vera est: vt, non iusta seruitus est, si infantem expositum & proiectum extuli & educaui: neque enim possum eum iure C retinere in seruitute ob sumptus educationis, & proprietatis præmio, qua vsus sum eum efferendo, quem parentes proiecerant, *l. 2. hoc tit. l. 3. inf. de infant. expos.* quod tamen olim non obtinuisse significat *l. 1. C. Theod. de exposit.* & Seneca controuersia 33. Item non iusta seruitus est, vel non est iustæ seruitutis argumentum, si quis ingenuus vltro mihi exhibeat obsequia, officia, ministeria seruilia, *d. l. 2. hoc tit. l. 23. inf. de liberali causa.* Etiamsi mihi ita seruiat longissimo tempore, scienti vel ignoranti conditionem eius: nihil refert, vel sciens ipse quasi liber, vt *l. 16. eod.* vel ignorans, quasi seruus, id est, opinione serui, quia liberos homines, neque vsucapio, neque possessio vllius temporis seruos facere potest, *l. 6. hoc tit. l. vlt. inf. de long. temp. præscrip. quæ pro libert. vel aduers. liber. oppon.* Denique nulla possessio D hominem ex libertate vel ingenuitate perducit ad seruitutem: non etiam mutatio nominis: si quis adsumat, vel si cui imponatur nomen seruile, vt in *l. 10. hoc tit.* non professio aut confessio nuda, si quis ignarus profiteatur, aut fateatur se esse seruum, vel etiam si paciscatur vt pro seruo habeatur, vt sit seruus: nam ex pacto, (quæ est regula iuris) non nascitur obligatio. Et hæc omnia ostenduntur in *l. 6. & l. parentes & l. post certi inf. de liberali causa.* Plagium etiam ingenuum seruum non facit iure, id est, si quis veneat vt seruus: itemque si in dotem detur vt seruus, vel ancilla: vel si vt ancilla detur sponsalitio nomine, id est, vice sponsalicij muneris, vt *l. 12. & l. vlt. hoc tit. l. 12. inf. de lib. caus. & l. 16. eod. tit. l. 2. sup. vbi de criminib. agi oportet.* Non est etiam in iusta seruitute is qui cum esset libertinus, liberali iudicio E contendit se esse ingenuum, & superatus est, non prolatis idoneis probationibus ingenuitatis: namque ideo non amittit pristinam libertatem, id est, libertinitatem, nec fit seruus; quia non videtur renuntiasse libertinitati, qui contendit se esse ingenuum, *l. pen. hoc tit.* Sicut non videtur renuntiasse possessioni continuo, qui egit rei vindicatione aduersus alium tanquam possessorem, *l. naturaliter §. nihil commune, de adquir. possess.* Non videtur renuntiasse legitimæ hereditati, qui hereditatem vindicauit ex testamento, *l. mater, D. de inoffic. testam.* Et ita recte non continuo videtur renuntiasse libertinitati, qui in ea fuit, qui ex ea proclamauit ad ingenuitatem. Is quoque ingenuus homo, qui operas suas locauit, mercenarius, propterea iure seruus non fit, *l. 11. hoc tit.* licet loco serui habeatur: Nam in iure hoc est certum, mercenarios, quibus hodie vtimur, esse seruorum loco; & plerunque quæ de seruis statuta sunt, seruari in mercenariis. Et ita quod *l. 4. D. de vsu & habit.* liberos homines ait esse loco seruorum, ij sunt liberi mercenarij, vt constat ex Theophilo in *§. 2. Instit. de vsu & habitat.* Et similiter in *l. 1. §. familiæ, D. de vi & vi arm.* qui dicuntur esse seruorum loco, ij sunt mercenarii liberi homines, vt constat ex *§. si filiusfamil. eiusdem l. 1.* Denique mercenarii loco seruorum sunt: qua de causa si mercenarius furtum fecit ei cui operas suas locauit, non nascitur actio furti: quia est furtum domesticum, & quasi serui furtum, quod priuatim ab ipso domino vindicari potest: nec solet publice vindicari nisi sit grauissimum furtum *l. si libertus, D. de furtis. l. prospiciendum §. furta, D. de pœnis.* Vnde apparet, quod ius nos habeamus in seruos nostros mercenarios, id est, liberos mercenarios: de quibus etiam Varro 1. *de re rustica*, hoc modo. *Omnes agri coluntur hominibus seruis, aut liberis, aut vtrisque*, id est, alii sunt coloni serui, alii liberi coloni; qua etiam diuisione vtitur *titulus de agricolis & censitis, inf. lib. 10.* Sequitur in Varr. *liberis aut mercenariis*, (inquit) *cum conductitiis liberorum operis maiores res, vt vindemias ac fœnisicia administrant: ijque quos obæratos nostri vocitarunt: & etiam nunc sunt in Asia ac in Ægypto, & in Illyrico complures.* Et quos Varro ait fuisse vocitatos obæratos, ij etiam sunt liberi homines, qui etiam nexi dicuntur, & addicti, qui scilicet ob æs alienum creditoribus seruiunt, aut seruiebant olim: nam hoc ne fieret in vrbe postea fuit cautum primum rogante Caio Rœtelio, vt idem Varro ostendit *6. de lingua Latin.* & *Liuius 8.* Sed adhuc, vt supra dixit, in Asia, Ægypto & Illyrico, mos ille permanserat, vt obærati creditoribus seruire compellerentur: quod merito tollitur in *l. ob æs alienum, sup. de obligat. & act.* vt ob æs alienum liberi homines creditoribus seruire non compellantur. Seruiebant creditoribus, non etiam serui erant: sicut retro olim quidam erant serui, nec tamen dominis seruiebant: vt manumissi inter amicos ante legem Iuliam Norbanam, prætore non permittente, vt ij seruitutem seruirent: Atque ita aliud est seruire, aliud seruum esse: aliud esse in seruitute, aliud seruum esse: Nam & liberi homines seruiunt, & ingenui. Sicut in iure aliud possidere & in possessione esse, & aliud possessorem esse: vnde in *l. vxori §. vlt. D. de vsufructu leg.* si testator ita dixerit: *Stichum illi seruire volo*, non videtur legasse proprietatem Stichi, sed ministerium tantum vel vsumfructum: nam aliud est seruire, & seruum esse: nam, vt dixi, & liberi homines seruiunt atque ingenui: Iusta autem seruitus est, seruitus vernæ, id est, dominati ex ancillis nostris: Seruitus eius, qui bello captus est iusto, quod geritur aduersus hostes, cum quibus sunt iura postliminiorum & iura captiuitatum: Iusta etiam est seruitus si quis homo liber maior 20. annis prodat libertatem suam, id est, si ignauiter se venire patiatur ad pretium participandum. Dico *maior 20. annis*: nam vt minor 20. annis sine concilio prætoris aut præsidis non potest dare libertatem: ita nec suam amittere, vt eleganter ait *l. 16. inf. de liberali causa.* Item iusta est seruitus, si quis liber homo ob aliquod delictum seruus fiat pœnæ, vt si damnetur in metallium, ad triremes, si in arenam, in ludum venatorium; vel si libertus ex causa ingratitudinis retrahatur in seruitutem: vel etiam si ciuis Romanus, vt olim obtinuit, incensus, id est, ob non relatum nomen suum in censum venierit sub hasta, quod Vlpianus probat libro *Regularum*

rum titul. de tutelis. & M. Tullius ad finem *orationis pro Cæcinna:* & Dionysius Halicarn. *lib. 4.* Fuit etiam iusta causa ingenuæ mulieris redigendæ in seruitutem ex Senatusconsulto Claudiano: de quo in *tit. 24. inf.* si ea nupsisset seruo alieno: Et qui ex iusta seruitute manumittuntur; cuius exempla dedi proposuive formas; hi sunt libertini, non qui manumittuntur ex seruitute imaginaria, non qui ex nexu, non qui ex non iusta seruitute: Ingenui autem sunt (nam & hoc vt exponamus, hic titulus postulat) qui nascuntur ex ingenuis vel etiam libertinis: patris libertini filius est ingenuus *l. 11. sup. de operis libertor. l. 9. hoc tit.* vel etiam qui ingenui pronuntiati sunt, licet reuera non sint ingenui: quia res iudicata pro veritate habetur, cui nullum vitium obiici potest, scilicet, vt in *l. 3. hoc tit. l. ingenuum, D. de statu homin.* Et hoc si contradicto iudicio ingenui pronuntiati sint, id est, in contradictione, videlicet consistente aduersus eos iusto contradictore aduersario, qui se diceret patronum vel dominum, vt in *l. 1. hoc tit. l. 3. D. de collusione detegenda:* qui de ea re contenderet strenuo nisu, non lusorie, non perfunctorie: alioqui res iudicata pro veritate non habetur, quæ non est adhibito iusto & vero contradictore iudicata. Nec omittenda est sententia eius Senatusconsulti, quod proponitur *l. 1. hoc tit.* vt si quis sit testamento manumissus, is possit a die manumissionis, id est, ab adita hereditate defuncti proclamare ad ingenuitatem agnitis natalibus suis, atque compertis intra quinquennium, vel etiam post quinquennium ex magna causa repertis nouis probationibus ingenuitatis & insperatis, vt in *l. 2. §. vlt. D. si ingen. esse dicetur, & l. vltim. sup. vbi causa status, &c.* Et ita si fuerit pronuntiatus ingenuus consistente aduersus eum iusto contradictore, plane manumissio nihil ei officiet: sed ex Senatusconsulto ita qui agnouit recepitque natales suos, debet omnia quæ accepit ex domo aut familia manumissoris in ea relinquere, etiam legata quæ ei relicta sunt vt liberto: atque ita potiri ingenuitate ex Senatusconsulto, vt dixi: cuius sententia etiam refertur in *l. 3. D. si ingenuus esse dicat: l. de bonis, de liberali causa.* Ii sunt qui dicuntur ingenui: Ne autem existimes ingenuum facere penuriam aduersarii: vt puta si is qui libertino fecit controuersiam status dicens se esse dominum, & eum vindicans in seruitutem, si inquam pendente iudicio desistat, nec adsit cognitioni de statu, nec perstet cognitioni de statu, non ideo ingenuus pronuntiabitur, qui non probat se esse ingenuum: sed idem erit qui fuit ante, puta libertinus. & hoc ostendit *l. 7. hoc tit. l. diui. §. 1. D. de liberali causa:* Pactio etiam vel transactio non est modus faciendi ingenuum, sicut nec faciendi seruum aut libertinum, *l. 8. hoc tit.* Ad hæc notandum est eum, qui ingenuus est, etiam non amittere ingenuitatem, si bello ciuili capiatur: nam in bellis ciuilibus iura captiuitatum, & iura postliminiorum non seruantur, *l. si quis. §. pen. & vlt. de capt. & postlimin.* Ideoque captus bello ciuili, proprie non est captiuus: quia nec seruus est eius, qui eum cepit: Captiui sunt serui: quapropter si forte captus bello ciuili velut e præda sub corona væneat vt captiuus, ea res nihil officit ingenuitati: & eleganter *d. l. si quis. §. penult. In ciuilibus dissensionibus* (quæ est ratio superioris sententiæ) *licet per eas Respublica lædatur: non tamen partes contendere in exitium Reipublicæ:* & ita M. Tullius in Oratione, *pro Q. Ligario. Non hostile odium fuit, sed ciuile dissidium, vtrisque cupientibus Rempublicam saluam:* Et *3. Catilinaria.* Ciuiles dissensiones *erant* huiusmodi, *quæ non ad delendam, sed ad commutandam Rempublicam pertinerent.* Et paulo post, iisdem verbis quibus *d. l. si quis* vtitur. *Atque illæ tamen omnes dissensiones quarum nulla exitium Reipublicæ quæsiuit.* Et similiter *Plato in Epitaphio:* πρὸς τὸ ὁμόφυλον μέχρι νίκης δεῖ πολεμεῖν: πρὸς δὲ βαρβάρους μέχρι διαφθορᾶς, id est, *in*

Cod.

A *bello ciuili ad victoriam tantum vsque certandum esse, nec ita indulgere propriæ iræ, vt Respublica pessum eat: at in bello quod geritur cum hostibus, id esse gerendum vsque ad internecionem,* μέχρι διαφθορᾶς. Et ex his nunc plane intelligemus, quod non est assecutus Accursius, quod est in *l. 4. hoc tit.* dominatione factionis Palmirenæ. factionem vocat rebellionem & ciuile bellum. Fuit Palmira vrbs Syriæ Parthis finitima, vt habetur etiam in *l. 1. D. de censibus:* In ea orta est Valeriani Augusti temporibus ciuilis dissensio aduersus Rempublicam populi Romani, auctore Odenato & Zenobia, vxore eius fortissima & nobilissima, & speciosissima, vt auctores scribunt, quæ tandem fuit victa, & triumphata ab Aureliano Imperat. qua de re Zosimus *lib. 1.* & Trebellius Pollio *in Odenato & in Zenobia:* & Florent.
B Vopiscus *in Aureliano.* Nunc hæc est sententia *l. 4.* Quidam tempore factionis illius Palmirenæ fuit factus velut captiuus, inquit, recte *velut:* quia factio non facit captiuum: bellum ciuile non facit captiuum, sed bellum hostile tantum, & fuit distractus vt captiuus: ea res (inquit) non officit ingenuitati: sed notandum maxime est: pro *natum* esse legendum, *factum*, vt in Basilicis, & in antiquis omnibus, vt non dicat esse natum ingenuum, quanquam & natus forte fuerit ingenuus: sed fuisse factum velut captiuum: vnde & interpunctiones ita sunt emendandæ, vt post ingenuum ponatur sicilicus, subdistinctio, id est, virgula, & sic ponatur, *factum velut captiuum:* subdistingue etiam illud *captiuum:* quia non est captiuus proprie: & sequitur, *cum distractum eum dicas, &c.* Et illud etiam non est omit-
C tendum quod nouissime constituit Iustinianus vt omnes libertini ingenui sint in *Nouella 78.* vt iam manumissio non faciat vllum libertinum, sed omnes faciat ingenuos, saluo tamen iure patronatus, quod non est absurdum, vt ingenuus homo habeat patronum: nam & clientes quos habebant Romani, qui vocabantur patroni, erant ingenui homines, aut esse poterant. Manumissi igitur hodie sunt ingenui habentes patronum tamen, cui debeant patronatus ius conseruare integrum & illæsum, nisi eis patronus remiserit. Non est etiam (& hoc erit postremum) omittendum quod habetur in *l. 5. diffamari, hoc tit.* qua vtuntur in plerisque prouinciis huius regni ciues prouinciales: atque etiam
D in Germania: ne a quoquam diffametur status ingenuorum hominum, vel errore vel malitia: Et sunt literæ quæ dicuntur dari secundum formam legis *diffamari,* quas tabelliones habent affixas ad postem, ex quibus licet conuenire eos, qui diffamant statum nostrum, & qui dicunt nos esse seruos, aut libertinos; & falso nobis adserere libertatem, siue ingenuitatem, qui nos dicunt esse ignobiles vel spurios, vel quaqua alia ratione diffamant existimationem nostram, vt qui dicunt, nos concilia agitare contra Rempubl. vel aliquid aliud: ij possunt in ius vocari ex lege *diffamari,* vt scilicet, qui infamia illos afficit vulgo sparso falso rumore veniat in ius, & probet liquido ita esse, vt sparsit in vulgus: si non veniat, vt deinceps abstineat a diffamia (hoc verbo
E D. Augustinus vtitur, dum in Senatore ait esse diffamiam, si pecuniam fœnori occupet.) Ergo vocatus in ius audietur, si quidem velit probare verum esse id, quod sparsit in vulgus: sed si non veniat etiam absente eo pronunciabitur vt temperet ab iniuria: nam in absentem lata sententia valet, licet nunquam fuerit litem contestatus, si fuerit absens ex contumacia, vt *l. 4. & l. iusta, inf. de liberali causa, l. 1. inf. quom. & qu. ind. sent. prof. deb.*



AD TITVLVM XV.

Communia de Manumissionibus.

IN Basilicis, κοινὰ περὶ ἐλευθεριῶν. non male diceres κ.ινὰ & καινὰ: quia omnes quæ in hoc titulo proponuntur sunt Iustiniani constitutiones nouæ, quæ ius vetus abrogant: sed & omnes sunt communes omnibus manumissionibus, vt ait *l.* 1. §. *vlt. & l.* 2. siue fiant apud magistratum qui tribunali præest, veluti prætorem aut consulem, aut proconsulem, vel apud magistratum municipalem, licet non habeat tribunal, cum & de plano manumissio expediri possit, *l. non est, D. de manumissa vindicta:* modo habeat legis actionem, vt B exposuimus *in tit.* 1. *huius libri:* siue etiam fiant manumissiones in Ecclesiis teste populo & signatore Episcopo, quo de genere manumissionis actum est *libro primo de iis qui in Eccl. manumittuntur:* & de eo agitur in Concilij Africani primi *Canone* 31. *&* 49. siue fiant in testamentis, vel codicillis directo, aut per fideicommissum, siue alio legitimo modo, quales multi relati sunt *sup. tit.* 6. Ac primum quidem valde nouum est, quod proponitur initio *l.* 1. vt seruus manumissus a nudo proprietario sit liber, & tamen seruiat fructuario: vt mercenarius & obæratus, est liber, & seruit tamen: Et contra vt seruus manumissus a fructuario sit seruus, nec tamen seruiat domino, quamdiu durare potuit vsusfructus in persona fructuarii, qui eum manumisit: vt olim inter amicos manumissus, vel manumissus a peregrino erat seruus: nec tamen prætor eum seruire permittebat domino suo: quod plane indicat, (vt dicebam nudius tertius) quam hæc duo sint diuersa, seruire & seruum esse. Et eleganter Quinctilianus *declamat.* 311. *Quid enim lex dicit? addictus donec soluerit seruiat: vt opinor, non seruus sit: Plurimum autem refert*, inquit, *an seruire* merito dicamus: Iure autem veteri seruus manumissus a proprietario non veniebat ad libertatem, sed seruus remanebat sine domino. Manumissio autem facta a fructuario nullius momenti erat, quod supra satis exposui *tit.* 1. Illud etiam valde nouum est, quod proponitur in *huius l.* 1. §. *vlt.* vt pater & mater per filium, vel filiam siue in potestate sit siue emancipatus, aut emancipata, D possit seruos suos manumittere: itemque auus & auia per nepotem, vel neptem ex filio, vel ex filia, & sic deinceps: hoc tamen ita non obtinuit iure veteri: nam hac in re ius vetus faciebat differentiam inter liberos, aut liberorum sexum & gradum, sicut in successionibus ex testamento, vel ab intestato. Sed vt eam differentiam inter liberos in successionibus sustulit Iustinianus: ita etiam hoc loco eam tollit in manumissionibus: in quibus iure veteri ita res procedit, vt pater per filium, quem habet in potestate, possit seruum suum manumittere: vt filiusfamilias iussu patris recte manumittat seruum patris, & manumittendo faciat libertum patris, ac si ipse pater manumisisset *l. si quis hac lege* §. 1. *D. qui & a quib. manum. lib. non fiant, l. matrimonij, D. de rit. nupt. l. si consentiente, l. nepos, D. de manum. l. si pater, l. surdi.* E *D. de manumiss. vind. l. filiusfamilias. D. de iure patron.* quia vinculum potestatis patris facit, vt vna eademque intelligatur esse persona patris & filij. Vox filij, vox patris: manumissio filii, manumissio patris: manumissio facta a filio, manumissio facta a patre: alias enim nemo seruum suum manumittit per alium, non per procuratorem, per coniugem, vel cognatum: non etiam pater per filium emancipatum, secundum ius vetus, vt nominatim hic Thalelæus notauit: Et similiter auus manumittit seruum suum per nepotem ex filio, quem habet in sua familia, *d. l. nepos*, non per nepotem ex filia, quia non sequitur familiam aui materni. Eademque ra-

A tione mater non potuit manumittere seruum suum per filios suos, vt nominatim Paulus scribit *lib.* 1. *Sentent. tit. de re iudic.* quia eos non habet in potestate: forte & filiafamilias iussu patris non potuit manumittere seruum patris: quia superiores leges de filio tantum loquuntur non de filia: Magnus est igitur fauor, quo adficit libertates Iustinianus: dum in manumissionibus, quæ fiunt iussu parentum, non vult spectari patriam potestatem, vt eodem iure sint omnes parentes, omnes liberi, & iussus manumittendi parentis cuiusque pro potestate sit. Illud etiam est valde nouum, quod proponitur in *l.* 2. *hoc tit.* vt seruus minor annorum 30. ad ciuitatem Romanam peruenire possit: nam iure veteri, id est, ex *l.* Ælia Sentia, seruus minor 30. annorum, Latinus tantum fieri poterat, non autem ciuis Romanus, licet vindicta esset manumissus, nisi causa probata apud consilium: & ita secundum ius vetus videtur accipienda *l. pen. D. de manumiss.* dum ait, iuris rationem efficere, vt etiam infanti iusta libertas competat, causa scilicet probata apud consilium, vel libertas Latina, non legitima: sine concilio vindicta manumissus seruus manebat: testamento autem manumissus minor 30. annorum Latinus fiebat, non ciuis Romanus: excepto vno casu, si a domino qui soluendo non erat, liber & heres esse iussus esset, nemine alio ex eo testamento herede existente: nam etiam si minor esset 30. annorum, & daretur ei libertas in fraudem creditorum ab egeno domino, tamen conseruabatur ei iusta libertas, vt per C eum conseruaretur fama defuncti domini, id est, vt eius serui nomine potius bona distraherentur heredis necessarii, quam nomine defuncti: alias minori 30. annorum testamento data libertas non donabat ciuitate Romana: & hoc de minoribus 30. annorum inuenies, vt alias dixi, sæpe in Digestis, testamento relinqui libertatem sub conditione, *cum ad* 30. *annum peruenerit.* Cur? nempe propter illud caput legis Æliæ Sentiæ, vt expectarent tempus legitimæ libertatis, *l. vlt. de reb. dub. l. Aristo, de manum. testam. l. si quis ita* §. *vlt. D. de statuliber. l. ex patre* §. *Sticho, D. famil. ercisc.* In eo qui censu manumittebatur, quod genus manumissionis, quia in vsu esse desierat, in eius vicem suffecta manumissione in Ecclesia: ideo nihil de eo genere manumissionis Iustinianus scriptum reliquit in corpore iuris: In eo vero etiam olim requirebatur ætas 30. annorum, vt reliquiæ regularum Vlpiani docent his verbis: *Et qui censu manumittitur, si* 30. *annos habeat, ciuitate Romana potitur:* quod probat etiam Theophilus §. *vlt. Instit. de libert.* Sed Iustinianus vt dixi, in *h. l.* 2. hanc ætatem, neque spectari, neque expectari vult. Postremo illud etiam valde nouum est, & fauore libertatis indultum, vt & cætera, vt si quis habet ancillam concubinam & liberos ex ea, & moriens eam, eosve non legauerit, aut nominatim non reliquerit heredi, si eam habuerit in concubinatu vsque ad supremum vitæ exitum susceptis ex ea liberis, vt morte concubini, morte patris naturalis ipso iure liberi fiant: iure veteri, pertinebant ad heredem defuncti vt serui: Hodie morte defuncti & taciturnitate, si nihil de eis disposuerit, ipso iure liberi fiunt ex *l.* 3. *hoc tit.* quæ loquitur tantum de eo qui vxorem non habet, concubinam habet: Nam non habenti vxorem concubinatus licitus est: habenti, illicitus *l. ex ea* §. 1. *D. de verbor. oblig. l. vnic. sup. de concubinis:* quomodo accipere omnino oportet illud Catonis: *Cum coniux tibi sit, ne res & fama laboret, Vitandum ducas inimicum nomen amicæ:* Nam concubinas etiam amicas vocabant, *l. Masurius, D. de verborum significatione.*

AD TITVLVM XVI.

De liberali causa.

ADhuc quæ dicta sunt veluti præludia quædam sunt & præparationes ad hunc titulum, qui est de præiudicialibus actionibus, quibus quis ex seruitute adserit se, vel adseritur liberali causa in libertatem ingenuam vel libertinam: vel quibus quis ex libertate, id est, ex possessione libertatis vindicatur in seruitutem, vel ex ingenuitate in libertinitatem; quæ liberales causæ dicuntur: quarum cognitio in vrbe pertinet ad prætorem, qui prætor liberalis dicitur, quod cognoscat de liberalibus causis: vel ad consules, vt *l. Diui, ff. de liber. caus. l. 4. si ingen. esse dicetur.* & in prouinciis pertinet ad proconsulem, vel ad procuratorem Cæsaris, si agatur inter fiscum & priuatos, *l. pen. sup. vbi causæ status.* Desiderat etiam liberalis causa maximos iudices, vt ait lex *vlt. eod.* maiores iudices, vt ait l. *non distinguemus* §. *de liberali causa, D. de recept.* Adeo vt cognitio liberalis causæ non possit delegari pedaneis iudicibus, *l. 2 sup. de pedan. iudic.* Nec committi arbitris compromissariis *d. §. de liberali.* Præsidum quoque in prouinciis cognitio non fuit de liberali causa: nisi generaliter accipias præsidis nomen pro proconsule, vt certe est generale nomen præsidis, *l. 1. D. de offic. præsid.* Sed loquor specialiter dum dico cognitionem causæ liberalis non pertinere ad præsidem, quod probat aperte *l. 1. sup. de ordine iudic.* Et Plinius in Epistola ad Traianum de *adsertione ingenuorum*, in qua docet cognitionem esse proconsulum, non præsidum: nisi præsides a Senatu impetrauerint ius prætorium, vel ius proconsulare. Nam aliquando mittebantur in prouincias cum iure proconsulari, ac tum de liberali causa cognoscere poterant; cuius cognitio proprie pertinet ad proconsules, qui vtique sunt maiores præsidibus: nempe proconsules sunt spectabiles: Præsides clarissimi. Atque ita apparet causam liberalem desiderare maiores iudices, puta principem ipsum, aut illustres, aut spectabiles iudices. Qua de causa cognitiones dicuntur simpliciter in libris nostris. Cognitiones; id est, cognitiones de statu: quia desiderant maiores iudices, vt Suetonius *in Claudio c. 15. Rem cognitionis esse non iuris ordinarij*, id est, vt totus locus aperte demonstrat: rem pertinere ad cognitionem principis: non ad magistratus, non ad iudices ordinarios. Et præiudiciales actiones dicuntur: quia maxima quæstio ea est, quæ est de statu, & conditione hominis. M. Tullius 1. *de orat. Iudicio libertatis*, inquit, *nullum grauius esse potest* Ideoque cognitio siue præiudicium istud, quod esse dico de statu hominis, impedit omnes alias futuras lites, vel de alimentis, vel de hereditatibus, vel de actione in rem, vel de criminibus, *l. 2. & l. 3. inf. de ord. cognit.* Et per alias lites si forte præcedant, huic maximæ liti non fit præiudicium, vt in specie *l. 2. hoc tit.* Si egi in rem vindicans illum hominem esse meum: & pronunciatus est esse meus, integra est cuilibet proclamatio ad libertatem, integra libertatis causa: quia hæc quæstio de statu præiudicialis est, id est, facit præiudicium cæteris omnibus. Ipsa autem non patitur præiudicium a cæteris. Et obseruandum ex §. *præiudiciales, Inst. de action.* vnam esse actionum præiudicialium ciuilem, in qua quæritur de dominio, id est, vtrum quis sit liber, an seruus hoc est præiudicium ciuile: Alias esse prætorias, in quibus de quasi dominio quæritur, puta de iure patronatus, vel patriæ potestatis: vtrum quis libertinus, an ingenuus: vtrum filiusfam. an emancipatus, iustus, an naturalis. Et ciuile quidem præiudicium datur cuilibet volenti aliquem adserere in libertatem. Denique est publica actio, vt est in *Institutionibus tit. de iis, per quos agere possumus.* T. Liuius *lib. 3. in*

A *iis qui adseruntur in libertatem*, inquit, *quiuis lege agere potest.* Nam libertas est publica res, vt ait *l. si quis rogatus, de fideic. libert.* quæ publicam tutelam meretur, vt ait *l. 2. D. ne de statu defunct. l. si hereditas* §. *vlt. D. de testament. tut. coniuncta l. etsi non adscripta, sup. de fideicom. libert.* Et notandum etiam hoc ex *l. 1 hoc tit.* quod valde est singulare, & contra regulas iuris, vt pater qui filium suum venundedit iustum & legitimum: Nam naturalem filium, id est, susceptum ex ancilla, pater naturalis, idemque dominus vendere potest, *l. 12. hoc tit.* Si igitur pater filium iustum & legitimum, filium ciuilem venundedit, quod est plagium, & tenetur pater lege Fabia de plagiariis: tamen postea auditur pater, licet veniat aduersus factum & alleget suam turpitudinem, id est, plagium, contra regulam *l. si creditoribus, sup. de seruo pign. dat. manum.* Au-

B ditur, inquam, si eum filium liberali causa adserat, venditio patris non officit libertati filii. Et addatur ex *l. 5. hoc tit.* venditionem etiam fisci, qui vendidit liberum hominem nihil nocere libertati, etiam si liber homo maior viginti annis passus sit se a fisco venundari sciens prudensque, modo pretium non participauerit: participatio pretii seruum faceret: patientia siue conniuentia seruum non facit vt *l. 1. inf. quibus ad libert. proclam. non licet.* Ideoque integrum ei est, licet a fisco venditus fuerit, ex seruitute in qua est, proclamare ad libertatem prolatis incorruptis probationibus, quibus probet se esse liberum: semper enim probatio in præiudiciis incumbit ei qui agit, non reo. Et etiam illud postremo adnotabimus ex *l. 4. hoc tit.* eum qui aliquem vindicauit in

C seruitutem, si superatus sit, nec appellauerit intra tempora constituta quæ *d. l. 4.* probat non esse continua, id est, currere tantum a die quo cognouit se esse superatum, vt is inquam, non habeat secundam petitionem seruitutis: quod dicitur ad differentiam adsertionis in libertatem: Nam adsertio in libertatem poterat iterari olim, vt indicatur titulo sequenti, fauore libertatis: vindicatio in seruitutem non potest iterari *d. l. 4.*

Multæ sunt pusillæ leges in hoc titulo de liberali causa, quas prætermittam, quod sint facillimæ, vel explicatæ iam supra, vel quod eas explicaturus infra commodiore loco sim. Hodie duæ mihi potissimum explicandæ sunt, quas facio arcem huius tituli, scilicet facio præcipuas *l. 14. & l. 21.* Lex 14. ait lite siue causa liberali ordi-

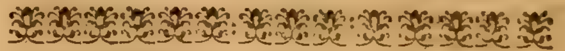
D nata eum de cuius libertate quæritur, constitui in possessione libertatis, & interim pro libero haberi: Nec possideri igitur interim ab eo, qui se dominum dicit: quod etiam est proditum in *l. ordinata, & l. si cui de libertate* §. *licet. D. eod. l. 1. sup. qui dare tutor. vel curat. possunt.* Et hoc nimirum est quod fuit cautum duodecim tabulis, vt in causa liberali vindiciæ darentur secundum libertatem *l. 2. §. initium, D. de orig. iuris*, id est, vt is, de cuius libertate quæritur, statim initio litis constitueretur in possessione libertatis: hoc enim est dare vindicias secundum libertatem. Et hoc quidem (quod summe notandum) ita procedit, non tantum si quis ex libertate vindicetur in seruitutem; sed etiamsi ex seruitute proclamet in libertatem, vt mox debeat constitui in possessione libertatis, qui ante in seruitute erat: quod euidenter

E probat *l. seruum* § 1. *D. de procurat.* quæ indistincte eum, qui de suo statu litigat, siue ex possessione libertatis, siue ex possessione seruitutis, ait procuratorem habere posse, non quidem in illa ipsa lite liberali, quam non nisi per semetipsum agere potuit, vt Paulus scribit 5. *Sentent. tit. 35.* sed in aliis litibus quæ ab eo in alios, vel ab aliis in eum interim intendentur. Vnde sequitur eum interim haberi pro libero, eum interim esse loco liberi, siue ex seruitute petatur in libertatem, siue ex libertate in seruitutem: Alioqui nec agere nec conueniri posset si loco serui esset. Id etiam colligitur ex *l. is autem, D. ex quibus causis maior.* quæ ait eum, qui erat in seruitute, id est, qui possidebatur vt seruus, post cœptam & ordinatam causam liberalem, non videri esse in seruitute, id est, haberi

pro libero. Ergo & si quis ex seruitute proclamet ad libertatem, vindiciæ ei dantur secundum libertatem, & desinit esse in seruitute post ordinatam litem liberalem, vt dixi. Et hæc est ratio *d. l. ordinata*, quæ dicit in annuis actionibus omnibus, quales sunt prætoriæ complures, ex tempore ordinatæ causæ liberalis demum cedere ei annum, qui de statu suo litigat: Nam annus non cedit ei qui non potest agere, sed ei, qui potest agere tantum tempora actionum cedunt. At ante litem liberalem ordinatam erat in seruitute, ideoque agere non poterat; ac consequenter ei annus non cedit ante litem liberalem ordinatam; post litem ordinatam cedit: quia iam agere potest, vel contra eum qui se dominum dicit quacunque actione, vel contra alium quemlibet, cum liberi loco sit post litem ordinatam, etiamsi ex possessione seruitutis de statu litiget: quod si erat in possessione libertatis, & nunc vindicetur in seruitutem, proculdubio etiam ante causam liberalem ordinatam, videlicet post motam simplicem controuersiam libertatis in qua erat, actiones suas quasi liber exercere potest, qui est in possessione libertatis constitutus. Ita omnino explicanda est *d. l. ordinata*, quæ sane erat perquam obscura. Ordinata autem lis, vel causa liberalis etiam cœpta dicitur & inchoata & præparata, *d. l. is autem D. ex quibus cauſ. mai. & l. liberi §. vlt. D. de liber. cauſ.* Et ordinatio huius litis in hoc titulo *l.* 11. 15. *& 31.* significatur his verbis solemnibus ordinatis; quæ solemnia mox explicabuntur: & in *l. si is status, inf. de euict. ijs verbis, Solemnibus quæ iuris admittit ratio, interpositis:* Et ordinata lis dicitur, quæ, vt dixi, cœpta, & præparata est, non quæ contestata est: facessat hæc interpretatio: ordinationem sequitur contestatio. Ordinatur lis liberalis ante litis contestationem, dum adsertor, quod olim erat necesse, & vindex libertatis quæritur, dum apud eum qui de causa status cogniturus est disceptatur, vt lis ordinem accipiat, & inde nomen *ordinatæ litis*, quis actoris & quis rei partibus fungatur: vtrum ex seruitute quis in libertatem petatur, quo casu actoris partes sustinet, id est, probare debet se esse liberum *l. 5. hoc tit.* nisi in seruitute fuerit vi aut dolo malo possessoris, *l. vis, sup. de probat. l. si quis liberum, D. eod.* Nam is qui est in seruitute dolo malo possessoris, pro eo habetur ac si esset in possessione libertatis, vt non sustineat onus probandi: An vero ex libertate in seruitutem petatur; quod vtrumque ipsa conceptione petitionis manifesto, declaratur, vt ait *l. 21.* illo loco, *sui conceptione manifeste* probatur, id est, conceptione petitionis declaratur, vtrum ex seruitute quis in libertatem, an ex libertate in seruitutem quis reuocetur. Et ita est accipiendus ille locus, reiectis Accursij interpretationibus *l. 21.* Et est similis loquendi formula, *l. cum tibi, inf. de euiction.* Hoc vero casu cum quis ex libertate in seruitutem petitur, ipse sustinet partes rei & probatio ei nulla incumbit; sed ei tantum qui se dominum dicit: nisi ille dolo malo fuerit in possessione libertatis: Nam vt *l. 21.* ait caueri edicto prætoris, is qui dolo malo est in possessione libertatis, simile præiudicium patitur, atque si esset in possessione seruitutis, vt scilicet probare debeat sese liberum esse. Et adnotandum ex *l. 21.* ex Basilicis in fine ita esse legendum: *Nec quidquam ancillæ dolus iuris proprij, non proprijs:* τῶ ἰδίῳ δικαίῳ. Et obseruandum etiam quod ait, eum qui dolo malo est in libertate, in seruitute constituto simile habere præiudicium, id est, simili præiudicio teneri ac si in seruitute esset sine dolo malo possessoris: Qui locus ostendit non esse verum, quod quidam Cimber scripsit, cuius nomen obscure dicam, vt sit Græce ἱεμβώδης, ne semel quidem in titulis de liberali causa fieri mentionem præiudicij, quod mendacij coarguit *l. 21.* Vnde etiam ille ausus est scribere, nihil esse absurdius quam dicere, idem esse causam liberalem, & præiudicialem actionem cum in illum ipsum locum *l. 21.* simile habere præiudicium Thalelæus rectissime notet, omnem causam status appellari præiudicium. Idem vero ordo constituitur & seruatur cum quæritur, vtrum quis sit libertus, an vero ingenuus: Nam qui erit in possessione ingenuitatis, rei partibus fungitur: qui erit in possessione libertinitatis, actoris partibus: Nihil enim refert, quod ad litem ordinandam attinet, vtrum quis dicatur esse seruus, an libertinus. *l. circa, D. de probat.* Et generaliter ait *l. generaliter D. de exception.* quæ est accipienda de præiudicialibus actionibus, non de præiudicialibus exceptionibus, vt alias ostendi. Ait *in præiudicijs*, id est, præiudicialibus actionibus. generaliter igitur in omnibus actionibus præiudicialibus eum actoris partibus fungi, qui habet intentionem secundum id quod intendit, id est, cui secundum intentionem eius datur actio: datur præiudicium: vel hoc modo: *si paret Lucium Titium Caij esse patronum: vel, si paret Caium esse ingenuum* habet præiudicium congruum suæ intentioni, is est, actor, siue adserat libertatem, aut libertinitatem, siue seruitutem, aut patronatum. Et valde laudandus est Theophilus, qui præiudicium dixit sola intentione constare actoris, & nullam in se continere condemnationem. In aliis actionibus non præiudicialibus additur clausula condemnationis veluti: *si paret illum ex testamento mihi decem dare oportere, condemna illum iudex* Ad quam formulam respicit *l. qui condemnare de re iudic.* vt licet formula sit *condemna*, possit tamen iudex absoluere, & *condemna* sic accipiatur: *condemna*, vel *absolue*. At in præiudiciis non apponitur clausula condemnationis, sed simpliciter ita agitur: *si paret eum seruum esse, aut si paret eum liberum esse*, aut *libertum illius*, aut *patronum illius.* nec præterea additur quidquam. Ita vero de ingenuitate egit ex libertinitate, Paris Histrio quidam tempore Neronis Pantomimus celeberrimus aduersus Domitiam amitam Neronis, vt Cornelius Tacitus scribit 13. *annal.* filiam Neronis, vt Vlpianus noster scribit in *l. 3. §. Neratius, D. de condict. causa dat.* quod in Vlpian. proculdubio est μνημονικὸν ἁμάρτημα, commune vitium Senescentium, aut occupantium animum rerum magnarum cogitatione. Vel potius est παρόραμα Vlpiani, non ἁμάρτημα, vt Ipparchus excusat Aratum & Eudoxum, cum duobus locis Tacitus vocet Domitiam amitam Neronis. Et Dio quoque in Nerone Domitiam amitam Neronis. Et vera species, de qua agitur *in eo* §. Neratius, & historia hæc est: Domitia amita Neronis Paridem histrionem seruum suum manumisit accepta ab eo pecunia pro libertate. Atque ita diu Paris fuit quasi libertus Domitiæ: post iussu principis egit de ingenuitate, dicens veritati & origini ingenuitatis, manumissionem Domitiæ nihil obfuisse. Et vicit, id est, pronuntiatus est esse ingenuus repetitis, & agnitis natalibus ingenuis. Verba Cornelij Taciti hæc sunt: *Ereptus amitæ libertus Paris quasi iure ciuili, non sine infamia principis, cuius iussu perpetratum ingenuitatis iudicium erat.* Et obserua illo loco nomine iuris ciuilis significari ius prætorium: quia & pars est iuris ciuilis, quod inuenies etiam in oratione pro Cæcinna. Nam actio & iudicium ingenuitatis est prætorium, non ciuile. Ex ea autem specie orta est quæstio: An Paris ingenuus pronuntiatus posset a Domitia repetere pecuniam ei datam manumittendi causa, quasi datam ob causam causa non secuta: quia manumissio quæ intercessit, nulla & inanis est; & ait competere repetitionem pecuniæ indistincte, siue Domitia sciuerit eum esse ingenuum, siue ignorauerit. Verum, vt finiamus quod propositum est, liberalis lis ordinatur quantum ex superioribus ediscere licet; dum adsertor quæritur, & constituitur antequam ea lis contestetur, quis actoris, quis rei partes sustinebit: & agendi formula concipitur & datur, & præterea dum exigitur satisdatio siue cautio iudicio sisti, vt in *l. 1. §. omnes, tit. seq.* quam cautionem iudicio sisti constat interponi ante litem contestatam.

Ergo aliud est lis contestata; longe aliud lis ordinata. Et A ita in *l. 1. inf. ad Senatusc. Turpill.* criminalis causa ordinata dicitur, non contestata inscriptionibus accusatorum depositis, cum inscripsere in crimen, siue subscripsere se calumniæ pœnæ,& fideiussore de lite exercenda præstito; quæ cautio in causis criminalib. hodie non interponitur: neque etiam illa, iudicio sisti in ciuilibus: quia pro interpositis habentur tacito intellectu. Inscriptionum etiam hodie nullus est vsus, nisi in crimine falsi. Et ita quoque lis de inofficioso testamento ordinari dicitur petita bonorum possessione, vnde liberi vel vnde legitimi, veluti ab intestato ordinandæ litis gratia; vt sit ius siue titulus quidam,qui præbeat causam agendi, de rescindendo testamento: atque etiamsi opus sit ad litem tutore vel curatore dato, *l. Papinianus §. 1. ff. de inoffic. testam. l. iure §. vlt. ff. de testam. tut.* quod vtique fit ante litis contestationem. B Adhibentur in lite ordinanda etiam Iurisconsulti & Aduocati Seneca 19. *Epistol. Sapienti*, (inquit,) *cum ad ciuilia & domestica venitur, & vt ita dicam mortalia, necessarium est aliquem in concilium aduocare; in his sic opus est sapienti alieno consilio, quomodo medico, quomodo gubernatori in nauigatione, quomodo aduocato, & litis ordinatori.* M. Tullius 2. *de orat. Qui in foro*, (inquit,) *atque in ciuium causis disceptationibusque versantur, ea vel in lite, ordinanda, vel in consilio dando esse posita.* Absoluta est quæstio *l. 14. & l. 21.* Hodie, vt nihil prætermittatur eorum quæ sunt notanda (*il n'y a que trois petits poincts*) ad *l. 27. Arrianus, hoc tit.* adnotemus, eam esse coniungendam cum *l. 4. sup. com. de successionibus*, & cum *l. 8. sup. de pet. hered.* ex quibus etiam in *l. Arrianus*, est legendum C in inscriptione *Asterio*, vt in illis, non *Austerio*. & eadem reponenda subscriptio. Coniunctio etiam cum re ipsa congruit omnium harum trium legum: vt Arrianus qui liber pronunciatus est, non possit iterum ab eodem in seruitutem peti, *vt in l. 4. hoc tit.* Adsertio in libertatem iterari potest, non petitio in seruitutem. At finge, Arriano duo heredes exstitere quasi libero. (Nam hereditatis nomen congruit tantũ libero homini, peculij seruo homini, & nomina bonorum, nomina substantiæ non sunt temere commutanda, vt ait *l. Arrianus*, puta nomen hereditatis in nomen peculii: Neque hæc mutatio quidquam obest libero homini cuius hereditatem peculium vocat: neque etiam si vnus ex heredibus Arriani, ab heredibus eius, aduersus quem pronuntiatum est Arrianum esse liberum passus sit se vinci, dum ii D reuocant in dubium statum defuncti Arriani, ea res non nocet coheredi alteri; sed vt significat *l. 8. de pet. hered.* vt præiudiciorum natura postulat, prius quæstio de statu erat diiudenda quam quæstio de hereditate Arriani: quia, vt ait *l. 4 sup. commun. de successíon.* seruus successores habere non potest. Notandum etiam ex *l. 31.* eum, quem quis dixit esse seruum, si pronuncietur liber, habere in eum actionem iniuriarum, vel actionem calumniæ, vt in *l. qui ex libertate, ff. eod.* quæ est coniungenda cum *l. 12. ff. de iniur.* Et inscriptio huius vel illius emendanda in numero libri, ex *l. pen. j. de iniur.* Sed vt possit agere iniuriarum is, quem quis temere seruum dixit, necesse est vt huius rei habeat contestationem, vt in *l. 13.* id est, ἐξ ἐπιμαρτυρίας, id est, vt testato, E vocatis testibus scilicet dicat, se eam iniuriam reuocare ad animum. Alioqui actio iniuriarum silentio aboletur, §. *vlt. Inst. de iniur.* nisi habita sit contestatio: Quod retuli vt intelligeremus verum sensum illorum verborum in *l. 31. habita contestatione.*

Postremum, quod velim vos annotare est in *l. 32.* quod nulli præter Græcos interpretes intellexerunt: dum ait *subscriptio filij*, &c. Et sane prima specie obscurus est hic versus; sed facillimum eum reddunt Græci, dum ponunt dominum manumittentem, qui subscripsit in epistola quadam, Stichum seruum esse filium suum, eum seruum suum nuncupando filium suum animo manumittendi nihil egisse: sola subscriptio filij, etiamsi dominus habeat animum manumittendi seruum, liberum non facit: quod & plenius Iustinianus ostendit §. *vlt. Inst. de adopt.* & *tit. 6. sup.* §. *similique modo*: nisi nuncupatio illa filii, vt ait, fiat apud acta, & quasi in figura iudicii: alioqui subscriptio vel nominatio filii nihil agit.



AD TITVLVM XVII.

De adsertione tollenda.

MAnu adsertio, vt manumissio, dicitur defensio eius qui de statu suo controuersiam patitur, si quis scilicet pro libertate eius agat aduersus eum, qui illum vindicat in seruitutem, & hæc quidem adsertio in causa liberali olim erat necessaria, siue quis ex seruitute in libertatem peteretur, siue ex libertate in seruitutem: quia is, qui seruus dicebatur, non poterat per se agere causam liberalem, ne forte seruus ageret aduersus dominum, vt Thalelæus notauit, in *l. 1. hoc tit.* quod seruo non licet: Qua de causa & interim liberi loco erat in omnibus aliis actionibus instituendis aduersus eum, qui se dominum dicebat, *l. ordinata, de liber. cau.* Denique is qui litigabat de suo statu, non per se litigabat, sed per adsertorem, *l. 1. C. Theod. de liber. cau.* & nemo agebat de suo statu sine adsertore. Ac præterea licet petitio in seruitutem iterari non possit ab eodem *l. 4. & l. 27. sup. tit. prox.* Tamen adsertio in libertatem iterabatur ab eodem ter qua terque, etiam in causa appellationis: ne temere quis eriperetur in seruitutem ex libertate: Qua de causa *& proclamatio in libertatem* dicta est: Nam idem sæpius iterare & frequentare, *proclamare* est, & ita *l. 1. hoc tit.* adsertionem fieri solitam secunda & tertia vice: pro quo tamen in Basilicis est tertia & quarta vice: Vt apud Martialem quoque illis versibus: *Adsertor venias satisque prastes, Et cum se dominum vocabit ille, Dicas esse meos manuque missos. Hoc si terque quaterque clamitaris, Impones plagiario pudorem.* Adsertio igitur iterabatur ter quaterque. Et ita sæpius iteratæ adsertiones, vt alias emendaui, dicuntur perfusoriæ adsertiones a Suetonio in Domitiano *cap. 8.* quod scilicet iterarentur defunctorie & dicis causa: Et, vt barbari loquuntur pro forma tantum.

Hodie ex *l. 1. hoc tit.* in causa liberali non est necessarius adsertor, qui causam agat pro eo qui seruus dicitur, qui etiam olim erat difficilis inuentu, diuque trahebatur iudicium liberale quærendi adsertoris gratia: sed qui de statu suo litigat, per seipsum causam agit sine adsertore, tanquam liber, siue agat ex possessione seruitutis, siue ex libertate petatur in seruitutem, non etiamsi ex seruitute proclamet in libertatem, quia hic quodammodo seruus esse præsumitur, quod sit in possessione seruitutis: & seruus non potest habere procuratorem ad lites, *l. seruum ff. de procurat.* Hic notandum est nobis, quid distet adsertor a procuratore; Qui ex libertate in seruitutem petitur, potest agere causam per procuratorem, non per adsertorem: quia adsertiones sublatæ sunt. Item adsertor periculo suo causam agebat, & præstabat satisdationem suo nomine iudicio sisti, & res saluas fore quas teneret is qui seruus diceretur, *l. 1. & 2. Cod. Theod. de liber. cau.* Ac præterea si causam liberalẽ adsertor deseruisset, tenebatur actione pœnali: quod prodendæ libertatis causa factum est. Hæc est formula pœnalis actionis auctore Paulo 5, *sentent. tit. 1.* Quin etiam mortuo homine de cuius statu agebatur, pendente lite adsertor cogebatur litem peragere iudicii forte de euictione emptori hominis seruandi causa, vt in *l. 2. hoc tit.* Vt fit in rei vindicatione, si vindicauero hominem, & is moriatur pendente lite, non ea etiam lis moritur,

quoniam præter causam euictionis necesse est pronunciari cuius is homo fuerit, vt sciatur emptori eius hominis competat necne actio de euictione, *l. vtique, de rei vindicat.* Hodie autem sublatis adsertoribus *ex d. l. 2. hoc tit.* si mortuus sit pendente lite, is homo, qui sine adsertione de suo statu per se causam agit;ab eo lis transfertur in venditorem propter causam euictionis: vt scilicet venditor probet se vendidisse seruum non liberum hominem; aut subiiciatur periculo euictionis, quæ est sententia *l. 2.*

Et hæc de assertore, cum quo nunc conferamus procuratorem, à quo adsertorem multum distare diximus.

Procurator agit periculo domini non suo: Nam actio iudicati datur domino, vel in dominum, non procuratori vel in procuratorem, nisi fuerit procurator in rem suam, *l. 4. D. de re iudic.* Denique procurator in rem alienam alieno periculo agit, puta periculo domini, id est, mandatoris.

Domini nomen est multiplex: nec enim respicit tantum ad seruum, sed etiam ad colonum, liberum hominem, & ad vxorem, & ad beneficiarium, siue vasallum, & ad procuratorem. Item satisdationem iudicio sisti nunquam præstat procurator; sed is, cuius res est, quæ præstatur semper ante litem contestatam, *l. amplius, D. rem rat. hab.*

Item procurator non præstat illam cautionem, rem saluam fore, quam adsertor præstabat: Item si cœptam litem procurator deseruerit, non tenetur pœnali actione, sed mandati tantum actione in id quod interest *l. si quis §. si susceptam, D. mand.* Et olim, vt dixi, nullo casu potuit quis status sui causam agere per procuratorem, ne absens duceretur in seruitutem, aut damnaretur, auctore Paulo *lib. 5. sentent. tit. 35.*

Nec potest etiam hodie causam status agere per procuratorem, si ex seruitute in libertatem proclamet, sed si ex libertate petatur in seruitutem, potest agere per procuratorem, *l. 1.* Is autem qui se dominum dicit, semper potuit agere causam status per procuratorem, *l. non solum §. si is status, ff. de procurat.* Siue ex seruitute in libertatem, siue mutata vice ex libertate in seruitutem peteretur. Et in causa liberali licet actor sit qui petit in seruitutem, reus qui petitur; vel potius, vt eleganter definit *l. generaliter, D. de excępt.* actor secundum cuius intentionem iudicium liberale concipitur. Et actoris tantum procurator caueat de rato, id est, rem ratam dominum habiturum, non procurator rei, *d. l. non solum §. 1.* Tamen, *vt in d. §. si status*, ait fuisse expressum prætoris edicto; quod ad cautionem de rato attinet, procurator eius, qui se dominum dicit, siue is sit actor siue reus, habetur tanquam procurator actoris, vt vtroque casu scilicet cauere debeat de rato: quæ est interpretatio *d. §. si status* valde notanda.

Persequamur reliqua quæ sunt *in h. l.* Non est hodie necessarius adsertor, addit Iustinianus, vt etiam non sit necesse hodie iterari & retractari sæpius iudicium liberale, sublato more prisco, quo adsertio iterabatur ter quaterque. Et ita quoque Domitianus, vt Suetonius ait, Recuperatores identidem monuit ne se persusoriis adsertionibus accommodarent, id est, ne admitterent iteratas adsertiones, quæ, vt solebat fieri, instituerentur defunctorie non strenua opera. Et ait, *recuperatores*: quoniam olim magistratus ante *l. 2. sup. de pedan. iudic.* dabant iudices, qui recuperatores dicebantur, de quibus Theophilus noster *in tit. qui, & quibus ex caus.* qui scilicet de liberali causa cognoscerent, vt recte legi apud eundem Suetonium *in Vespasiano*, Flauiam Domitillam vxorem Vespasiani ingenuam & ciuem Romanam pronunciatam iudicio recuperatorio, adserente patre Flauio Liberali. Et ita quoque legi in antiquo priuilegio Thermensium maiorum Pisidiæ: *quos Thermenseis maiores Pisidiæ liberos seruosue bello Mithridatis amiserunt ma-*

A *gistratus prove magistratus, cuius ea de re iurisdictio erit, quin de ea re in ius aditum erit. ita de re ius dicunto vt in eos recuperare possint.* Addit præterea Iustinianus in *h. l. 1.* ne peculium bonave eius, qui de suo statu litigat, sequestro deponantur, si ex libertate vindicetur in seruitutem: sed si ex seruitute proclamet in libertatem, tum vt res eius sequestro deponantur arbitrio iudicis in æde sacra, vel apud honestum virum & probum, vel vbi videbitur iudici. Quod ita est intelligendum ex *l. 3. tit. sequentis*, vt qui ex seruitute proclamat in libertatem, protinus reddat res, quas fatetur esse eius, qui se dominum dicit, quas diffitetur, de eis præstet satisdationem res saluas fore vt in *sup. de ordin. cognit.* Ac deinde si liber pronunciatus sit, reddat rationem actus administrati, si quem administrauerit, & omnia bona quæ con-

B stiterit esse profecta ab eo, qui se dominum dicebat, & vt ait *d. l. 3.* vt reddat etiam quæ furtiuis compendiis, & obscure capta & parata sunt. *Vous ne sçauriez mieux dire: faire le tour du baston:* quod ibi glossa notat in Italia, vulgo appellari Trebellianum, id est, *le tour du baston.* Vt igitur hæc omnia reddat: Nam etsi liber ipse pronuntiatus sit, non tamen etiam liberum esse pronunciatum est, quod apud eum residet ex bonis aduersarij. At vero quæ quis testamento ei reliquit, qui postea liber pronunciatus est, vel donauit inter viuos vt libero, non vt seruo, id est, aduentitia, ea vt ipse retineat sibique vindicet. Verum exacto liberali iudicio vt ait *d. l. 3.* id est, expleto liberali iudicio, atque peracto, vt in Basilicis πληρωθέντος: & ita etiam glossa interpretatur recte *exacto*, id est, *finito*, illæ omnes res, quæ supra designa-

C tæ sunt, vt discernantur, debent etiam profectitiæ res, maxime si non potuerit satisdare saluas eas res fore, vt in *l. vlt. §. de ord. cognit.* Vt omnes, inquam, vt aliæ ab aliis discernantur, apud sequestrem deponi debent, &, *in medio iure*, id est, apud sequestrem, vt in *l. 5. §. quor. appellat. non recip.* pro, in deposito, quod est in *d. l. 5.* Basilica habent, in medio iure, ἐν μεσότου δικαίῳ. Atque ita omnibus rebus in medio positis, vt hic qui liber pronuntiatus est, sua vindicet & is qui causa cecidit æque sua, vt agant inuicem rei vindicatione, rebus ante sequestro depositis. Nec nos mouere debet *l. vn. sup. de prohib. sequest. pecun.* quasi generaliter ea lex velit omnem sequestrationem esse prohibitam. Est indigna obiectio, quoniam ille titulus de prohibita sequestratione pecuniæ pertinet ad actionem creditæ pecuniæ, qua

D petitur quantitas certa, quæ mutuo data est; non vt certa corpora nummorum: quia ex causa mutui non debeo reddere eandem speciem, sed idem genus, id est, quantitatem eandem, & qui repetit pecuniam creditam non iure desiderat; vt interim dum lis agitur, ea quantitas sequestro deponatur: quia eius quantitatis non subest certum corpus: generis non subest certum corpus, vt vereri non debeamus, vt interuertatur quantitas, quæ certe interuerti & perire non potest. At cum agitur de rebus quarum est certum corpus, quia interuerti possunt, iure desideratur sequestratio earum.

Postremo additur in *h. l. 1.* ab his qui de statu suo litigant per se sine adsertore, ante litis contestationem, vt dixi, esse præstandam satisdationem iudicio sisti, vel si

E non possint inuenire fideiussores, esse committendos iuratoriæ cautioni, vt iurent iudicio sisti, se perstaturos in iudicio, & cognitione status. Ac deinde subiicit in §. *scientes*, (quem vellem non esse paragraphum, id est, non esse auulsum a prioribus verbis) vt si quis posteaquam cauit, iudicio sisti cognitioni absit cum ex libertate vindicaretur in seruitutem, & edictis euocatus præsentiam sui facere contempserit, & in ea contumacia per annum perseuerauerit, vt omnino seruus esse pronuncietur, etiamsi reuera non sit seruus: etiamsi liqueat esse liberum, quod est durum, & iniquum, vt videtur: quia iudex cui liquet bonam esse causam absentis contumacis, debet & secundum absentem pronunciare. Et ita

nominatim

nominatim proditum est de libertate, vt secundum libertatem sententia feratur, si absentem appareat iudici non esse seruum *l. Diui* §. *vlt. D. de liber. causa.* quam merito obiicit Accursius; idque obtinet in omnibus causis: vt etiamsi qua pars absit per contumaciam, quantouis tempore absit: possit iudex & vere debeat secundum eam pronunciare, si eius videatur causa bona *l. & post edictum, D. de iudic. l. properandum* §. *sin autem ex gestis sup. de iudic. l. 1.* ℣. *quomodo & quando iudex: Et nouella* 49. Neque obstat quod dicitur in *l. contumaciæ, de re iudic.* Contumaciam plecti damno litis: Nam hoc non est contumacem semper condemnari, sed condemnatum nunquam rem suam recipere posse; nec restitutionis, nec appellationis remedio: quoniam hoc est perpetuum in iure, damnato ex contumacia non esse ius appellandi, non esse restitutionis petendæ ius: quia suo vitio condemnatus est. At absolui certe potest: Quid ergo est, quod ait in *l. 1.* Iustinianus, eum qui ex libertate petitur in seruitutem, post præstitam cautionem iudicio sisti si annũ abfuerit cognitioni contumaciter omnimodo seruum pronunciari. Ratio huius constitutionis facile intelligitur si hæc verba §. *scientes*, legamus coniuncta oratione, coniuncta scriptura cum præcedentibus, *iuratoriæ cautioni committi, scientes quod si post huiusmodi expositionem*, id est, post expositionem huiusmodi cautionis iuratoriæ, *absfuerint*, &c. Atque ita tenor orationis docet non tam plecti contumaciam, quam periurium, quod is, a quo non sunt exacti fideiussores, qui commissus est suæ fidei, iurationi suæ, suo iureiurando, id si non seruauerit, post annum seruus esse pronuncietur: cum nulla cura religionis teneatur: Et ita etiam sentit rectissime D. Alciatus 3. παρέργων. Et ita inueni in *l. si quis maior, D. de transact.* eum qui venit contra transactionem iuratam cadere eo iure; quod ipse liquido habuit ex ipsa transactione; vel alio iure quod spectet ad eam rem, de qua transactum est, transactioni interposito diuino numine: neque tamen suo iure cadere si transactio non esset iurata, *d. l. si quis maior.*

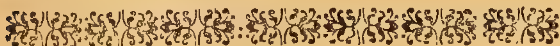
AD TITVLVM XVIII.

Quibus ad libertatem proclamare non licet, &c.

PRoclamandi verbo etiam significatur iteratio adsertionis, si quis se iterum atque iterum adferat in libertatem, vt fieri olim solebat ter quaterque: & inde iocus Ciceronis apud Plutarchum, cum Marcus Gellius, qui vulgo non existimabatur esse ingenuus, gereret tamen se pro ingenuo, & quadam die in in Senatu recitaret literas quasdam magna voce, & insana, Cicero proxime adstantibus dixit: Nolite mirari, quia vnus erat ex iis, qui olim proclamauerunt. Sic ille locus est explicandus, quem male accipiunt de Prætoribus, quasi M. Gellius ex numero Prætorum fuerit: quæ interpretatio ioco adimit omnem venustatem. In hoc autem titulo *l. 1. & 2.* ostenditur, quod est in prima parte tituli, quibus ad libertatem proclamare non licet, &c. Atque in primis ostenditur, proclamationem ad libertatem denegari ei, qui cum maior esset viginti annis compacto participationis pretii se venalem præbuit bonæ fidei emptori. Hic proclamare ad libertatem non potest, quia prodidit ipsemet sibi. Quod esse ex Senatusconsulto significat *l. 3. ff. eod.* Et ex Senatusconsulto Claudiano, id esse innuit inscriptio *l. vlt. eiusd. tit.* Et adeo verum est, vt etiamsi postea manumissus sit ab emptore, non recipiat ingenuitatem, quam habuit, antequam se venalem præberet, sed libertinæ conditionis efficiatur, *l. homo liber ff. de statu hom.* quia indignus est ingenuitate, qui ea seipsum ignauiter abdicauit, pro qua retinenda alii nec mortem quidem fugiendam censent: qui libertati, qua nihil est præstantius, prætulit vilissimum quæstum. Eadem ratione si seruus, cui iam debetur fideicommissaria libertas, vt mox possit eam petere & obtinere, in ipso confinio adipiscendæ libertatis, si se venalem præbeat, vt participet pretium, non poterit ad libertatem proclamare *l. 1. hoc tit.* nec implorare fidem poterit Prætoris fideicommissarii, qui in ipso limine consequendæ fideicommissariæ libertatis ea se abdicauit accepta pecunia. Et hæc est ratio, *l. 4. in fi. ff. eod.* Quinetiam placet militem, qui se in seruitutem vænire patitur qua re nihil est sordidius, capite puniri, propter ignauiam, *l. quadam ff. de pœnis.* Videlicet si in seruitutem se vænire passus sit ad pretium participandum. Dixi initio propositionis *maior 20. annis*: nam minor 20. annis, quam libertatem ex l. Ælia Sentia propter infirmum ætatis consilium aliis dare non potest sine consilio prætoris, aut præsidis causa probata, & inconsulto, etiam ipse se libertate abdicare non potest, *l. 17. sup. de lib. causa.*

Dixi, *bonæ fidei emptori*, id est, ignoranti hominem esse liberum, ignoranti hominem venalem esse liberum, existimanti esse venalitium, quod nomen tribuitur tantum seruo: Nam aduersus malæ fidei emptorem, qui sciens emit liberum hominem, placet dari proclamationem in libertatem, quia nulla venditio est, *l. liberis, ff. de lib. caus.* Dixi, *compacto participationis pretii.* Nam si is qui se vænire patitur sciens, prudensque, simulata seruitute non participet pretium, seruus quidem fit, sed integra est ei, qui nihil sordide fecit, qui nihil æris accepit, proclamatio ad libertatem, *l. 1. hoc tit. l. 5. de lib. causa.* Est quidem malus, qui simulat seruitutem, & decipit emptorem, dolo malo atque eo nomine tenetur emptori in factum, quæ est annua & pœnalis in duplum ex edicto prætoris, *l. in cautum, l. non solus, ff. de lib. cau.* Venditor etiam euictionis nomine emptori tenetur in duplum, si interuenerit stipulatio duplæ ob euictionem, atque ita fit vt emptor habeat quadruplum, quod ostenditur in *l. vel obligatus, ff. de lib. cau.* non tamen est indignus ea libertate, qui non participauit pretium, licet sciens venum ierit vt seruus: nam integra est ei proclamatio ad libertatem. Et idem multo magis dicendum est, si liber homo passus sit se donari alii tanquam seruum, vel dari in dotem, vel pignori, vel sponsaliorum nomine, vt *l. vlt. sup. de ingen. manumiss.* quia hic nullum pretium intercedit. Quod ergo in venditis liberis hominibus locum habet, vt non denegetur iis proclamare in libertatem, si pretium non participauerint, istud multo magis locum habet in donatis, vel datis in dotem, vel pigneratis, vel datis pro munere sponsalitio, vbi nullum pretium intercedit. Et quod ait *l. 16. sup. de lib. cau.* mulierem nescientem in dotem dari, & eam rem non obesse libertati, id proponit ex facto: Nam idem est in sciente, si sciens patiatur se dari in dotem, vt non denegetur ei proclamatio in libertatem. Sicut etiam in *l. scientis, sup. de ingen. manum.* recte Thalelæus notat illud *scientis* proponi ex facto de quo agebatur, quod idem fit in nesciente, quod lex illa constituit, vt præstatio seruilis ministerii non faciat seruum. Igitur vt alias ostendi, vtque rei cõsequentia suadet in *l. si vsumfructum* §. *1. de lib. cau.* legendum est addita negatione, vt quæ dicta sunt de venditis liberis hominibus, quibus non denegatur proclamatio ad libertatem, puta si pretium non participauerint, pertineant etiam ad donatos & pigneratos, & datos in dotem, quod ex iis negotiis non interueniat pretium. Et hæc de lege 1. In *l. 2.* ostenditur etiam libertatem, vel proclamationem in libertatem denegari iis, qui ex latronum familiis descendunt, si serui facti sint vel largitione Principis, vel auctoritate fisci, quod exponamus. Primum notandum est familiam latronum dici pro secta, siue factione, Gall. *vne bande*, vt dicimus, *familiam gladiatorum, familiam Philosophorum, familias Iurisconsultorum.* quæ duæ sunt sectæ, Proculianorum &

Sabinianorū. Secundo notandum est eos, qui capiuntur A a latronibus non fieri seruos, nec captiuos, quia non bello capiuntur, *l. postliminium* §. *ad piratas*, *& l. hostes*, *ff. de capt. & postlim. l.* 1. *in princip. de leg.* 3. *l. qui latronibus*, *ff. qui testam. fac.* Et vice versa latrones qui capiuntur, non fiunt serui, vt ius sit æquabile. Sed aliquando pro præmio a principe in seruitutem dantur iis, qui eos ceperunt, & expugnauerunt vt sint serui ex largitione Principis. & ex hoc loco potest explicari, quod est obscurum in *l. penult. C. Theod. de lib. causa, vel ad Senatusconsf. Claud.* vt serui alii fiant bello, alii connubio, vt mulier libera, quæ contra denuntiationem domini rem habet cum seruo alieno, aut ei nubit ex Senatusconsulto Claudiano ea serua fit connubio, alios ait fieri seruos præmio. Quid? An seruitus datur pro præmio? Minime: sed sunt quibus pro præmio liber homo B datur, vt sit eorum seruus, pro præmio victoriæ, si deuicerit, & debellauerit factionem latronum, vt in *hac l.* 2. ex largitione Principis vel auctoritate Fiscali, puta si sint facti serui fisci. Qui descendunt ex familia latronum, fiebant aliquando serui pœnæ, vt de Isauris latronibus famosissimis est proditum apud Marcellinum *lib.* 14. Et hæc de prima huius tituli parte, *Quibus ad libertatem proclamare non licet*, *&c.* Ad secundam pertinet tantum *lex tertia*, quæ exposita est titulo superiori: Itaque transeamus ad titulum 19.



AD TITVLVM XIX.

De ordine cognitionum.

Distat hic titulus *de ordine cognit.* a tit. *de ord. iudic.* qui est lib. 3. In titulo *de ordine iudiciorum* agitur de omnibus iudiciis, si plura iudicia concurrant & vertantur inter duos, vtra prius expediri debeant, criminale iudicium præferre vtrum oporteat ciuili, possessorium petitorio, maiorem quæstionem minori. In hoc autem titulo agitur de causis liberalibus, proprie accepto nomine cognitionum: Nam *cognitiones* cum dicimus simpliciter, de statu litis dicimus. Et hoc tantum agit in hoc tit. vt ostendat, *liberale iudicium impedire cætera iudicia omnia*, id est, *præferri cæteris omnibus iudiciis*, *& terminari*, *sine decidi priusquam veniatur ad cætera iudicia*, *quæ concurrunt*, *& inde præiudicii nomen.* Ac primum *in l.* 1. 3. *&* 4. ostenditur, iudicium liberale impedire accusationem criminalem, atque ita hoc casu simile iudicium præfertur criminali, quod nota: nam causa liberalis est ciuilis causa: iudicium inquam liberale impedire accusationem criminalē, quā instituere parat is, qui de statu suo cōtrouersiā patitur aduersus eū, qui se dominū dicit: Nec enim aliter admittitur, quam si liberali iudicio liber pronuntiatus sit. Itemque si in eum ipsum, qui seruus dicitur, alius instituat accusationem, quia aliter puniuntur liberi homines ex delictis, aliter serui: serui grauius. Vt ergo sciatur, quæ pœna reo criminis sit infligenda, prius constare oportet de statu eius. Ergo prius cognoscendum est de causa liberali, quam veniatur ad crimen, *l.* 3. *hoc tit.* Et in *l.* 4. idem ostenditur, quod in *l.* 1. *& l. quoniam*, *inf. de adult.* vt qui accusat E aliquem, si ei obijciat, seruum esse eius, quem accusare vult, differatur accusatio, quoad finita sit causa status. Et hoc si is, qui accusatur, dicat eum *esse seruum suum*: Nam si dicat *esse alienum*, cessat causa liberalis, si inquam dicat hoc modo, *non potes agere in me*, *quia seruus es Lucij Titij*, non proponitur liberalis causa, cum non contendat eum esse seruum suum, ideoque hoc casu criminis examinatio ostendet, vtrum accusatio induci debeat propter statum personæ, an euanescat, quia & seruo certis ex causis accusare permittitur, veluti ex causa *legis Iuliæ Maiestatis*, vel falsæ monetæ. Et ita quod obiicitur, esse seruus alienus, iudex dispiciet, an sit remouendus ab accusatione ex genere accusationis. Induci *in h. l.* non est aboleri, & circumduci, sed introduci. inducere non est διαγράφειν. & recte in Basilicis pro induci est, εἰσενέγκειν: & ita etiam in *l.* 7. *ff. de petit. hered.* Recte Basilica pro *inducatur*, εἰσενέγκῃ. Ac præterea iudicium liberale etiam impedit petitionem hereditatis *l.* 2. *hoc tit.* Cuius duæ sunt partes. In prima ponitur, de libertate & hereditate simul agi, & priorem esse causam libertatis. In secunda parte ponit, de libertate tantum agi principaliter, puta L. Titio vindicante hereditatem ab intestato, tanquam filio defuncti, & in modum exceptionis induci, & incidere quæstionem status, quod a possessore hereditatis is qui vindicat hereditatem legitimi, dicatur esse seruus, quo casu quidem ordinanda est causa liberalis, vt interim liberi loco habeatur, & recte persequatur litem de hereditate: Sed de hereditate pronuntiabitur, de qua sola actum est principaliter, non de libertate: & sententia qua euicerit hereditatem, plurimum ei opitulabitur adserenti se in libertatem. Atque eandem puto esse speciem *l.* 1 *sup. de ord. iudic.* Præterea iudicium liberale impedit repetitionem pecuniæ debitæ, si is, qui repetit, dicatur esse seruus, quia cum seruo nulla est actio. Idemque dici potest de quacunque actione criminali vel ciuili, *l.* 5. *hoc tit.* Item de actione furti vel Legis Aquiliæ, quia cum seruo dominus non agit furti, licet furtum fecerit, quia in furem omnem habet potestatem: nec actione l. Aquiliæ, si damnum dederit domino *l.* 6. *hoc tit.* In qua initio *l. si res tuas raptas*, legendum est, *res tuas ruptas*, id est, corruptas, quod est verbum Aquiliæ, vel amotas, quia vt integra lex docet, de duabus rebus agitur, C de damno dato, si quid *ruperit*, id est, *corruperit*, & de rebus *ablatis*, quas leniori verbo vocat amotas. Et de iis etiam agitur in *l. vlt. hoc tit.* cuius hæc est sententia, vt liberalis causa impediat actionem bonorum raptorum, etiam si is, qui se dominum dicit, aliquid rapuisse dicatur ei, quem seruum suum esse dicit, & hoc si ille ex seruitute proclamet in libertatem: nam prius excutienda est causa liberalis, quam agatur de rebus raptis. Sed si de libertate vindicetur in seruitutem, quæ ei erepta sunt protinus reddi debent, præstita cautione *res saluas fore*, vel si nō potuerit inuenire fideiuss. eas sequestro deponi oportet, vt si interim alia bona non habeat, ex rebus sequestro depositis ei suppeditetur sūptus litis & victus, & vestitus & stratus ac demū si liber pro- D nuntiatus sit, vt ei omnia restituātur. Hæc est sententia *l. vlt.* quā confirmat *l.* 3. *sup. de lib. cau.* Et notandū est, quod ait *l. vlt.* direptorū negotiorū, pro direptarum rerum, Græco more, qui dicunt πράγματα pro negotiis & pro rebus siue facultatibus. Ita videmus in *h. l. vlt.* negotia pro rebus dici, pro bonis, Græcorum exemplo.



AD TITVLVM XX.

De collusione detegenda.

Titulus *de liberali causa*, trahit ad se titulum *de adsertione tollenda*, quæ pars erat liberalis iudicii, & quam D. Marcus confirmauerat, vt Capitolinus scribit in Marco his verbis: *antiquam de assertionibus* (sic legend.) *legem firmauit.* & titulum, *quibus ad libertatem proclamare*, *&c.* id est, qui non possint liberali iudicio agere libertatis adipiscendæ gratia, & titulum *de ordine cognitionum*, quo ostenditur, iure ordinario hanc esse prærogatiuam liberalis iudicii, vt solemnis ordinatio prius decidi debeat, quam vllum aliud criminale iudicium, vel ciuile. Trahit etiam hunc *titulum* 20. *de collus. detegenda.* qui est titulus de causa liberali acta inter dominum & seruum nimia indulgentia, & conniuentia domini per colludiū, &

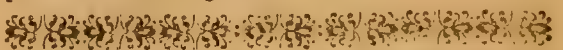
& ex compacto, vt seruus liber pronuntiaretur, non iusta & strenua contradictione, vt *tit.* 18. habuimus vnum casum, quo loco præmii datur quis in seruitutem alterius, puta grassator si capiatur, ex largitione principis præmii loco fit seruus eius qui illum cepit viuum, ita hoc titulo datur alius casus, quo is, qui liber pronuntiatus est, domino lusoriè cum eo agente de statu, pro præmio fit seruus eius, qui colludium, & compactum detexerit. Idque ex Senatusconsulto Ninniano. sic in *l. 2. hoc tit. ex Basilicis & veteribus libris.* & fortasse in Fastis sub Domitiano, qui dicitur Nonnius, Asprenas, est Ninnius, non Nonnius, celebre nomen Romanæ familiæ, vel ex Lucio Ninnio Tribuno plebis, qui intercessit iniquis rogationibus Clodii, vt Dio scribit l. 38. & quo referente Senatus decreuit de reditu Ciceronis, vt idem Cicero sæpius scribit. Generaliter autem verum est, si actum sit perlusorio iudicio, id est, per collusionem, non strenuo nisu rem iudicatam pro veritate non haberi, vt in *l. 27. sup. de lib. cau. l. si seruus §. 1. D. de legat. 1. l. si perlusorio, D. de appellat.* rescripto Diui Pii cuius fit mentio in *l. 1. hoc tit.* similis est lex. *9. sup. de ingen. & manumiss.*



AD TITVLVM XXI.

Ne de statu defunctorum, &c.

VT collusioni detegendæ ingenuitatis & libertatis, qua de re actum est titulo superiore ex Senatusconsulto Ninniano post sententiam quinquennium præscriptum est, ita hoc titulo ex alio SC. vt ostendit *l. 4. & vlt.* quinquennium præscribitur volentibus quærere de statu defuncti, qui in die mortis suæ, quod exigit *l. 1. & 2. & 6.* sine interpellatione vixit vt liber, palam, non clanculum & furtim, fugitans dominum vt in *l. vlt.* Nam hoc SC. tantum in eo locum habet, qui in oculis omnium vixit pro libero in diem mortis suæ, vt post quinquennium a die mortis, de eius statu quæri non possit. dico *quæri*, non agi: Nam de statu defuncti constat liberali iudicio principaliter agi non posse *l. 13. sup. de liber. cau.* quia nihil interest nostra nec addecet, *vt Martialis ait*, vellere barbam mortuo leoni. Ideo hic tit. non hoc vult, ne agatur principaliter de statu mortui, ne in mortuum fit liberale iudicium, quod erat certissimum, sed in aliam litem principalem, puta in litem bonorum, quæ mouetur heredi defuncti, vel in litem de statu viuentis, si incidat quæstio de statu defuncti, ex Senatusconsulto vt ea non admittatur post quinquennium a morte defuncti, nec possit per aliam quæstionem præiudicium fieri statui eius, qui ante quinquennium decessit. Puto SC. factum fuisse diui Marci temporibus, ex oratione Diui Marci, cuius fit mentio in *l. 1. hoc tit.* Cum & de eo Capitolinus ita scribat: *De statu defunctorum intra quinquennium quæri iussit*: quod refert *l. vlt. ff. eod.* Primum omnium etiam edixisse Diuum Neruam, & Diuum quoque Claudium, non edixisse, sed rescripsisse tantum, quæ differentia est notanda: Nam edictum est lex generalis, rescriptum specialis, ne per quæstionem nummariam præiudicium fieret statui defuncti. Et refert quoque Suetonius Vespasianum de statu defunctorum quæri vetuisse vltra certos annos. Omnes hi principes hoc agebant vt tuerentur illæsum statum defunctorum, qui in diem mortis vixerant vt liberi; intra quinquennium admittitur incidens quæstio de statu defuncti: Nam principalis non admittitur, modo non faciat præiudicium ante quinquennium mortuo. Et ita etiam de statu viui principaliter agi potest modo per eam quæstionem non fiat præiudicium statui eius, qui ante quinquennium mortuus est, quod si cœpta sit causa liberalis aduersus aliquem, & is moriatur pendente lite, lis continuo non extinguitur, sed perdurat, non propter ipsum, qui defunctus est, sed propter causam euictionis, vt in *l. 2. sup. de adsert. toll.* vel ob causam bonorum, vt sciatur ad quem pertineant, vel dominii singularum rerum. *l. 3. hoc tit.* Et notandam hanc præscriptionem quinquennij opponi etiam agenti fisco post quinquennium, mouentique, aut mouere tentanti quæstionem status defuncti *l. 1. ff. eod.* Eandem quoque exceptionem opponi pupillis agentibus, & Reipublicæ, *l. 6 hoc tit.* quæ comparat Rempublicam pupillo, vt *l. 9. ff. de appell. l. pen. sup. ex quib. cau. maior l. pen. inf. de iure Reipubl.* Ideo ait, etiam agenti de statu defuncti, post quinquennium pupillo vel Reipublicæ obstat præscriptio quinquennij, quia libertas publicam tutelam meretur, *l. 2. ff. eod.* adeo vt nec ex ea causa pupillus & minor 25. annis possit restitui in integrum, id est, aduersus libertatem. si posset in integrum restitui ex ea causa, hodie ex *l. vlt. in quib. cauf. in integr. rest. necess.* ipso iure aduersus eum non curreret præscriptio quinquennii, id est, ipso iure tutus esset, nec ei opus esset restitutione in integrum, sed quia ex hac causa non restituitur in integrum, ideo cessat hoc casu *d. l. vlt.* Et præscriptio quinquennii currit contra, minorem fiscum, & Remp. quia ea res publicam tutelam meretur. Et notandum *statum*, in hoc titulo accipi pro deteriore statu, puta si qui vixit vt liber in diem mortis, dicatur fuisse seruus: vel si quis vixit vt ingenuus in diem mortis, dicatur fuisse libertus: nam si quis vixit vt sui iuris, id est, vt emancipatus a patre in diem mortis, potest dici esse alieni, id est, in potestate patris. Ad hanc speciem non pertinet hoc Senatusconsultum siue præscriptio quinquennii: nam & post quinquennium quæri potest de emancipatione, id est, an defectus iure emancipatus fuerit, nec ne. *l. 5. hoc tit.* Nam hic status non est deterior status, emancipatio est minima capitis deminutio, minima mutatio status. Et hoc ita intelligi debet, vt post quinquennium ab alio induci possit hæc quæstio, vtrum defunctus fuerit sui iuris an alieni, id est, vtrum filiusfam. an paterfam. non tamen a patre ipso, qui eum emancipauit .i. non audietur pater post mortem filii, si dicat se eum non rite emãcipasse, ne veniat inconstanter contra factum suum, *l. post mortem, ff. de adoption.* quã obseruandũ est, non loqui de patre, qui negat se emãcipasse, qui audiretur, *l. 2. §. si aduersus Rempub. iud.* sed de patre qui dicit se emancipasse, non tamen iure: qui non auditur impugnãs quod fecit. Postremo ad hunc tit. notandum est, *quod ait lex pen.* Procuratorem Reipublicæ non esse competentem iudicem in causa ingenuitatis, sed Præsidem prouinciæ, hoc certo certius est in procuratore Reipublicæ. Itaque *vt in l. pen.* maior sit causa dubitãdi maxime, quia loquitur de eo, qui dicebatur seruus fisci, est legendum, *Procuratorem rei priuatæ*. quem constat, si agatur de seruo inter fiscum & priuatum, esse competentẽ iudicẽ in causa libertatis & seruitutis, sic est legendum in *l. pen. sup. vbi cau. stat.* & libertatis, pro libertinitatis, vt lex ipsa demonstrat: alioquin pugnaret ipsa secũ. Sic igitur statuo: procuratorem fisci, vel procuratorem rei priuatæ, qui rationalis dicitur, & catholicus, esse iudicem competentem in causa libertatis & seruitutis, sed non in causa ingenuitatis: eam enim tantum agi posse apud Præsidem prouinciæ, vt *l. 2 sup. de ped. iudicib. & d. l. penult. hoc tit.* quam esse de causa ingenuitatis ostendit initium l. si pater tuus velut ingenuus.



AD TITVLVM XXII.

De longi temporis præscriptione, &c.

POst quinquennii præscriptionem inductam SC. Ninniano, quæ tuetur statum eorum, qui liberi pronuntiati sunt, & post aliam præscriptionem quinquennii inductam alio SC. quæ

tuetur statum defunctorum, nunc datur præscriptio A longi temporis, id est, continui decennii inter præsentes, & continui vicennii inter absentes, quæ aduersus libertatem nec ipsa, neque longioris temporis præscriptio sola quidquam potest, etiamsi quis diutissime fuerit in possessione seruitutis, etiamsi sexaginta annis, vt ait lex 3. ex facto proposito. Nullo igitur tempore proclamatio ad libertatem exstinguitur, qui maximus est libertatis fauor. At præscriptio longi temporis plurimum facit pro libertate, si quis longo tempore sine interpellatione fuerit in possessione libertatis bona fide, & ex iusto initio possessionis: Nam hæc tria requiruntur, vt libertati proficiat præscriptio longi temporis, primum, longum tempus, & cessatio interpellationis, id est, vt fuerit quis sine interpellatione in possessione, & bona fides, & iustum initium possessionis, *l. 2. h. t. l. vlt. sup. de iis, qui non a domino, &c.* iustum initium possessionis, B id est, titulum iustum requiro, veluti manumissionem iustam, vel redemptionem a seruitute, vel vicarii serui traditionem, vel peculii adsignationem, puta si dominus seruo peculium concesserit, vt eo vteretur libere vt liber, tanquam proprio patrimonio vt *l. 3. C. Th. sup. de liber. cau.* nec semper requiro, vt annis 20. in possessione libertatis fuerit, sed contentus sum decennio inter præsentes, vt *l. si cum §. Aristo. ff. qui & a quib. manum.* Qua in re valde peccant glossæ in hac *l. 2.* quæ neque iustum titulum requirunt, neque contentæ sunt decennio inter præsentes, quod est contra *l. 2.* quæ iustum initium requirit, quod quid aliud est, quam iustus titulus, & contra *d. §. Aristo*, qui contentus est decennio: Quod si quis mala fide fuerit in possessione libertatis, vt seruus C fugitiuus, qui se gerit pro libero non ignarus conditionis suæ, placet longi temporis præscriptionem ei non prodesse, *l. 4. hoc tit.* quæ congruenter sequitur vicinitatem *l. vlt. tit sup.* quæ est etiam de seruo fugitiuo, vt tametsi in fuga decesserit, quinquennii præscriptio non obstet agenti de statu eius: posset tentari seruo fugitiuo, qui se occulte pro libero gessit, & fide mala prodesse præscriptionem 30. annorum ex *l. 4. ff. de præscript. 30. ann.* in qua Anastasius generaliter constituit, vt omnis quæstio quacumque de re, vel iure, vel conditione finiatur præscriptione 40. annorum. Quod tamen postea noluit Iustinianus obtinere in colono adscriptitio, qui nec præscriptione 40. annor. redditur immunis conditione colendi agri alieni, cui est adscriptus & addictus, ne agrorum cultura deseratur, *l. cum satis, C. de agric. &* D *censit.*

AD TITVLVM XXIII.

De peculio eius, qui libertatem meruit.

IN hoc titulo proponitur vna differentia inter manumissionem serui, quæ fit inter viuos, & eam, quæ fit testamento. Manumisso inter viuos tacite videtur concedi peculium, si non sit ademptum, nisi sit pupillus, qui manumittat apud consilium, *l. pen. D. de manum. vind.* Manumisso autem in testamento peculium concedi non videtur, si non sit relictum nominatim. Quam differentiam probat *§. peculium, Inst. de leg.* & lex *tertia de manumiss. seru. ad ciuit. pertinent. l. si Sticho, ff. de peeul. l. 1. sup. de comm. seru. man.* Idemque est in filio emancipato, quia videtur pater ei concedere peculium, quod habet, si ei in emancipatione nõ ademerit *l. donat. §. 1. ff. de donat.* Et ratio differentiæ hæc est, quia dũ manumitto, vel emancipo inter viuos, alii non tribuo peculiũ: Cõcedere igitur videor manumisso, vel emancipato, quod alii neque tribuo, neque mihi retineo. at in testamento, dum manumitto seruum, peculium alii relinquo, puta heredi instituto, qui mihi in ius vniuersum succedit. & in ius peculij igitur. Denique cum instituo heredem, videor adimere peculium manumisso in eodem testamento, quod ei non relinquo nominatim, vt plane sequi debeat heredem potius, quam manumissum, quoniam in dubio heredi parcimus, heredi fauemus, heredem exoneramus, quem etiam magis dilexisse videtur testator, *l. Sempronius, de leg. 2.*

AD TITVLVM XXIV

De Senatusconsulto Claudiano tollendo.

EXplicanda est prius sententia Senatusconsulti Claudiani, de quo in hoc titulo agitur. Senatusconsulto Claudiano cautum est, vt mulier libera, quæ non habita ratione honestatis & pudoris contra denunciationem domini se iungit seruo alieno, capite minuatur, & fiat ancilla eius, cuius seruus est, & fortunas quoque omnes cum capite in familiã & domũ eius transferat, & filii ex ea coniunctione nati serui nascantur vt *l. pen. C. Theod. de liber. causa.* Et sic fit ancilla connubio, qua de re Vlpianus *lib. reg. tit. de tut.* Et Tertullianus *lib. 2. ad vxorem: Nonne*, inquit, *insuper censuerunt seruiuti vindicãdas, quæ cũ seruo alieno post domini denuntiationem in consuetudine perseuerarunt.* Et Corn. Tacitus 12. *annalium*, qui huius Senatusc. auctoritatem tribuit D. Claudio, vt omnes auctores, excepto Suetonio, qui nescio quo errore id tribuit Vespasiano *cap. 11.* dum scribit, auctorem fuisse Vespasianum Senatui decernendi, vt quæ se seruo alieno iunxisset, ancilla haberetur, quod omnes, vt dixi, tribuunt Claudio, & verum est. Et ea de re ita scribit Tacitus, vt legendum est illo loco: *Inter quæ refertur de pœnis fœminarum, quæ seruis coniungerentur, statuiturque vt ignaro domino ad id prolapsæ in seruitute, sin consensisset, pro libertis haberentur.* Atque ex eo loco licet intelligere, eam tantũ fieri ancillam, quæ ignaro & inuito domino & contra denunciationem eius nupsit alieno seruo; eam vero, quę nupsit consentiente, non fieri ancillam, sed haberi pro liberta. Fuit autem opus trina denunciatione domini, & sententia prætoris, qua pronunciaretur ancilla eius, cuius denunciationi non paruit abstinẽdo a cõsuetudine serui. Et hoc docuit Theophilus *§. vlt. Inst. de success. subl. quæ fieb. per bonor. vendit.* idemque confirmat *l. 9. & vlt. C. Theod. de liber. causa, & l. 10. C. Th. de murilegulis*, quæ & omnino ad hanc denuntiationem, quæ fiebat ex SC. Claudiano referenda est: *l. Lucius, ff. depos.* cuius hęc est species: Pater filiã, quã habuit in potestate, in matrimonium collocauit seruo alieno, quod non est matrimonium. inter seruos, vel cum seruis non est connubium. Eam igitur seruo alieno, quod non est matrimonium, collocauit, & ei dotem dedit, quam tamen nec dotem appellauit, quia vbi non est matrimonii nomen, ibi dos esse non potest *l. 3. D. de iur. dot.* sed eam pecuniam quasi dotalem in cautionem deduxit sub titulo depositi, vt ait lex *Publia, eod. tit.* id est, eam pecuniam seruo alieno non dedit in dotem nominatim, sed veluti in E causam depositi: Postea nulla denuntiatione a domino facta, vt cauetur SC. Claudiano, vt mulier abstineat consuetudine serui, pater decessit, & mox seruus, quæritur, qua actione filia eam pecuniam repetat? Non actione de peculio ex causa dotis, quoniam dos constitui non potest, sed eam repetet a domino serui, qui non contradixit connubio, actione de peculio ex causa depositi. Hæc est sententia *d. l. Lucius.* Et secundum hæc notandum est Accursium male interpretari *l. 34. sup. de lib. causa*, dum ait, *liberam concubinatus ratione non constitui ancillam, puta*, inquit, *si fuerit in concubinatu serui mei*: imo vero hoc casu cõstituitur serua ex SC. Claudiano. Igitur sic potius illam *legem* 34. exponamus, si fuerit in cõcubinatu meo: Nã & ingenua mulier potest haberi

haberi in concubinatu, quia illa coniunctio olim non A fuit illicita, licet legamus apud Vopiscum *in Aureliano*, eum vetuisse ingenuas haberi concubinas: sed ex *l. 3. ff. de concub.* etiam ingenua maxime obscuro loco nata in concubinatu esse potest. Quod vero iuris fuit Romæ ex Senatusconsulto Claudiano, inuenio omnino iuris fuisse inter Longobardos, atque inter Francos vt serua fieret, quæ nuberet seruo alieno, vt scriptum est in eorum legibus, *l. vlt. l. si seruus liberam puellam vel mulierem in coniugium acceperit.* Nec est omittendum, Senatusconsultum Claudianum fecisse in hac re differentiam inter liberum & liberam. Nam libera, si iungat se seruo alieno, ancilla fit: at liber homo, qui se iunxisset ancillæ alienæ, non fiebat seruus, etiamsi ei denuntiatum fuisset vt abstineret consortio ancillæ, *l. 9. sup. comm. de succ. & l. 3. de liber. causa.* Item quod diximus de libera, quæ iungit se seruo alieno, obtinuit exemplo SC. Clau- B diani si libera iunxisset se adscriptitio alieno: Nam fiebat adscriptitiæ conditionis. Sed hodie a Iustiniano sublato SC. Claudiano, si seruus vel adscriptitius duxit liberam mulierem, a domino retrahi potest, & castigari verberibus, dissoluto coniugio si velit; sin minus, non dissoluetur coniugium. quæ res erit fraudi domino, quoniam nati ex eo coniugio sequentur conditionem matris, id est, nati ex libera & seruo, liberi nascuntur, *l. Seuerus, de decur. §. 1. Inst. de ingenuis.* Nati ex libera & adscriptitio etiam liberi nascuntur ex *l. vlt. de agricol. & censit. Nouella XXII. & LIV.*

AD TITVLVM XXV.

De nudo ex iure Quiritium tollendo.

DE nudo iure Quiritium tollendo, nudo videlicet nomine ex iure Quiritium. Sciendum est, secundum ius vetus alios habuisse seruos in potestate ex iure Quiritium, qui a Theophilo dicuntur *domini Quiritarij*, vt si seruos vsucepissent, & vel mancipati eis fuissent nexu per æs & libram, vel si iis in iure cessi fuissent, quibus modis iure Quiritium dominia rerum adquiruntur: alij autem seruos habuerunt *in bonis*, non ex iure Quiritium, qui a Theophilo dicuntur *domini bonitarij*, vt quibus serui traditi fuissent ex causa emptionis, non mãcipi, non cessi iure, hi erant in emptoris bonis, venditoris autem D erant iure Quiritium, quod nomen in venditore erat nudũ & inane, id est, sine re, propterea quod is seruus emptori adquirebat ex omnibus causis, non venditori, auctore Vlpiano, *in regulis tit. xix.* & Theophilo *tit. de libert.* & domini ex iure Quiritium testamento manumittendo ciuem Romanum faciebant: domini in bonis testamento manumittendo Latinum faciebant, non ciuem Romanum, vt apparet ex supradictis locis. Hanc differentiam dominiorum sustulit Iustinianus in hoc titulo, constituens, vt quoquo iure quis dominus sit, quoquo iure dominium serui adquisierit, naturali, vel ciuili, vt ciuem Romanum faciat manumittendo: & tamen remanet adhuc eadem formula ex iure Quiritium, in *l. 1. §. per hanc, de rei vindic.* & si quis filium meum E possideat, possum eum petere præiudiciali actione, & interdicto de liberis exhibendis, ex cognitione prætoris extraordinaria. An etiam vindicatione? Minime, quia pater non est dominus filij sui, licet eum habeat in potestate, & vindicatio soli domino datur. Sed addita causa *ex iure Quiritium*, etiam recte filium meum vindico hoc modo: *Hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio*: Nam ex iure Quiritium sum quodammodo dominus filii mei, cum eo iure in eum mihi fuerit ius vitæ, necisque.

AD TITVLVM XXVI.

De vsucapione pro emptore vel transactione.

POst præiudiciales actiones dicturus de interdictis siue actionibus, quæ pro iis competunt, quas constat esse de possessione vel quasi possessione, de possessionis ipsius iure & potestate dicere primum instituit, puta de vsucapione, quæ ex possessione potissimum consistit, adeo vt possessionis nomine quandoque significetur vsucapio vt *l. denique, l. cum miles, D. ex quib. caus. maior.* & de præscriptione longæ, longiorisque aut breuioris possessionis, & missione in possessionem iudicati seruandi causa, quæ etiam species possessionis est, in quibus omnibus consumitur quidquid est reliquum in hoc lib. 7. Et spectant hæc omnia ad initium libri octaui, quod est de interdictis, & hanc continuationem censeo esse notandam. Incipiamus igitur ab vsucapione, quæ in possessione consistit. *Vsucapio* est per vsum dominii adquisitio, *l. ait prætor §. 1. ff. quib. ex caus. maior.* Per vsum, id est, per possessionẽ. vel plenius: *vsucapio* est dominii adquisitio per possessionem legitimo tempore continuatam. vt autem vsucapione dominiũ adquiratur, hoc est ex 12. tab. Et ideo ius vetustissimũ dicitur bonæ fidei possessoris *l. in bello §. & si ignorans, ff. de cap. & post.* & plenum ius tribuere possessori, id est, plenam proprietatem, *l. 17. in fi. de rei vind.* & securitatem præstare, ne quis vnquam possit C mouere possessionem legitimi temporis, quod impletur possidendo sine interpellatione, *l. 1. sup. de commun. rer. alienat.* & in 12. *tab.* vsum, id est, possessionem esse auctoritatem fundi, id est, titulum, quo possessor fretus dicit, se esse fundi proprietarium: vsus, inquit lex, auctoritas fundi biennium esto, quod hodie a Iustiniano transformata vsucapione est 10. aut 20. & in *l. 12. tabularum* vsus biennium, id est, possessio biennium, ἀρχαϊκῶς, vt relegatio bienniũ, aut quinquennium. Quintil. *decl. 296. Ex lege*, inquit, *in exsilium quinquennium missus est.* Et sic l. ait, quod vsus, id est, possessio biennium, est auctoritas fundi, id est, iustus titulus fundi in *l. si inter extran. ff. de donat. inter vir.* vsucapio dicitur suffragium temporis, id est, possessionis legitimo tempore continuatæ. Et licet vsucapio sit lucrum coniunctum cum detrimento alterius, puta domini, *l 18. coniuncta. l. seq. ff. ex quibus caus. maior.* tamen recepta est propter bonum publicum, cuius ratio præualet, ne scilicet rerum dominia diu aut fere semper in incerto essent, & vt esset aliqua securitas possessori, aliquis finis sollicitudinis, & periculi litium, *l. vlt. ff. pro suo.* Quia dominis sufficit ad inquirendas res suas & vindicandas legitimi temporis spatium, vt plane iis imputari possit, si intra id temporis res suas non perquisiuerint, collegerint, vindicarint, *l. 1. ff. de vsurpat. & vsuc.* Et quod est commune & publicum bonum, non videtur esse priuatum detrimentum, si modo bona fides interueniat initio possessionis, *l. si quis fundum, de adquir. possess.* & iustus titulus, iustum initium, & veram iustamque possessionis causam, possessionem continuam requiro, id est, non interpellatam, non interruptam, non intermissam, & bonam fidem possessoris, quia malæ fidei possessoris possessio non potest esse alteri detrimentosa, & ei proficere ad vsucapionem. Denique non infero tibi damnum si vsucapio, quod tuum esse nescio, infero tibi damnum improbe, si id sciui esse tuum, quod vsucepi, *d. l. si quis.* Damnum quidem facit, qui amittit dominium rei suæ, quam bonæ fidei possessor vsu suam facit: Sed id damnum non videtur ei dedisse bonæ fidei possessor, quia scientes tantum aliis damnum inferimus, non ignorantes. Requiro etiam verum & iustum titulum possessionis, possessionis inquam, non

proprietatis: Nam si nactus fuero iustum vtrumque titulum proprietatis, atque ita proprietatem adquisiero, vsucapioni locus non est. nemo quod suum est, vsucapit. Quod si nactus fuero verum iustumque titulum possessionis non proprietatis, eum mihi vsus temporis certi, siue possessio & vsucapio tribuit. Neminem rem suam vsucapere est proditum in *l. sequitur §. lana, de vsucap. & d. l. in bello §. si quis seruum.* Et in hoc titulo ostenditur iustum verumque titulum possessionis esse titulum pro transactione *l. pen. hoc tit. l. cum solus, ff. de vsur.* Puta si a non domino mihi bona fide accipienti res aliena tradita sit ex causa transactionis, in hoc nullus est labor. Sed quid si rem alienam possideo nullo praecedente iusto titulo, & lite mihi de ea re mota, eam retineo ex transactione habita cum aduersario, qui mihi litem fecit, an nunc eam rem incipio possidere ex iusta causa, id est, pro transactione? Hoc negant interpretes, vt glossa refert in *d. l. pen.* Et mouentur admodum subtili ratione, quae talis est. Si cum aduersario, qui litem fecit de re, quam possidebam, transegi, ex pacto transactionis dominium rei in me non transfertur, *l. si super, l. apud acta, l. si pro fundo, sup. de transact.* quia scilicet pacto nudo dominium non transfertur, *l. traditionibus, sup. de pact.* & ideo aduersario cum quo ita transegi, vt eam rem ita retinerem, integra est rei vindicatio, quae lis dominii est, *l. euictis, sup de vsur.* Ergo illo posito, id est, cum aduersarius eius rei dominus non est, nec ex pacto transactionis ab eo causam possessionis habere videor. Cessat igitur vsucapio pro transactione, cum rem retinui: nec traditam mihi ex transactione accepi. Et omnino, vt ita statuamus, subtilitas iuris exigit, mera illa ratio iuris, sed ex aequitate ad interpretes vellem addi, praetor eum, qui ex causa transactionis rem retinet, quam ante non iuste possidebat, tuebitur tanquam possessorem pro transactione, quia licet rei vindicatio, vel Publiciana in rem actio remaneat integra aduersus eum: potest tamen repelli actor exceptione pacti vel doli mali, vt docent supradictae *ll. de transact.* In hoc titulo etiam ostenditur iustum esse titulum possessionis *pro emptore*, puta si quis a non domino bona fide rem alienam emerit, & acceperit, traditione non statim dominium transfertur in accipientem. non domini traditio non transfert dominium, quod non habet, sed praestat bona fide accipienti occasionem vsucapionis, occasionem iuris, vt loquitur *l. qui alienam, de mort. caus. don.* Occasionem, non causam. aliud est occasio, vt statuunt philosophi, aliud causa. Aliud αἴτιον, aliud ἀφορμή. Causa vsucapionis est a l. 12. tabular. Cicero pro Caecinna: *vsucapio fundi*, inquit, *non a patre relinquitur, sed a legibus, &c.* Non est autem iustus titulus, si quis a pupillo rem emerit sine tutoris auctoritate, sciens pupillum esse. Non est iustus titulus pro emptore, quia venditio emptio ipso iure nulla est, sed & pupillo integra est rei vindicatio. Sed si ex pretio factus sit locupletior, vindicanti rem obstabit exceptio doli mali, ni pretium reddat. Et haec est sententia *l. vlt. hoc tit.* cuius pars repetitur in *l. 3. sup. de auctor. praest.* Vnde est emendanda ita inscriptio non tantum *l. vlt. hoc tit. sed & pen. & antepen.* vt omnes adscribantur Diocletiano, Maximiano, non Philippo. Dixi sciens pupillum esse: Nam qui putauit puberem esse, vt nos saepe fallit vultus, vsucapere poterit, *l. 2. §. sed pupillo, ff. pro empt.* Quod non est accipiendum de re propria pupilli, quia res pupilli vsucapi non potest, *l. bonae fidei, ff. de adquir. rer. dom.* Nihil de tutela vsucapi potest, id est, de bonis eius, qui in tutela est. Sed quae tractantur hac de re accipienda sunt de re aliena a pupillo bona fide possessa, quales subauditiones saepe in hac materia de vsucap. fieri compertum est. Id etiam requiro titulo pro emptore vel alio quolibet, vt res, quae emitur, neque sit furtiua, neque vi possessa. Nam vsucapioni rei furtiuae obstat l. 12. tabular. & Attinia, vt nec a bonae fidei emptore vsucapi possit antequam res redierit in potestatem domini, quo genere vitium furti amouetur quod inerat rei, & loquor de re mobili, non immobili, cuius furtum non fit, *l. quam rem, ff. de vsurpat. & vsuc. l. verum, ff. de furt. l. 1. de distract. pignor.* Vnde existit alia differentia inter rem mobilem & immobilem, vt scilicet in rei alienae venditione, si mobilis sit, exigatur bona fides vtriusque, id est, emptoris & venditoris: Nam si emptor sit bonae fidei, venditor malae fidei, vendendo rem non suam mobilem, furtum facit, nec procedit igitur vsucapio pro emptore, nisi dominus ratam venditionem fecit, *l. 1. 4. 6. & 7. hoc tit.* Et obseruandum est, *l. 6. hoc tit.* quae videtur pugnare alioqui cum lege *sequitur §. si rem, ff. de vsurpat. & l. si eum, ff. pro empt. l. 6.* inquam loqui de hypotheca, id est, de re mobili, quam debitor creditori pignori obligauit nuda conuentione, non etiam tradidit, vt scilicet si debitor eam vendat, non possit res ab emptore vsucapi, quia & rei suae furtum fecisse dicitur, & post furtum commissum res non rediit in potestatem eius, sed remansit apud emptorem. At ll. contrariae loquuntur de pignore tradito, & earum sententia haec est, vt si debitor pignus, quod tradidit creditori, subripiat, ac deinde vendat, res possit vsucapi pro emptore, quia post furtum commissum res fuit in potestate debitoris, qui dominus est eius rei, atque ita furtum fecit, simulque furtum emendauit, simulque coepit esse furtiua, & desiit, vt vsucapi possit: Nec necesse est, vt redeat in potestatem creditoris, cui subrepta est, in quam tamen si redeat, fateor etiam furti vitium, quod fuit, amoueri *l. vlt. ff. de vsurpat.* Et praeterea haec sunt intelligenda de re aliena a debitore bona fide possessa, quam pignori obligauit vel dedit: Nam in venditione rei propriae, quam fecit debitor, non potest intelligi vsucapio pro emptore, quia res per traditionem statim fit emptoris. Vnde apparet, & hic nos vti superiori subauditione, vt sit species congrua superiori, quae ponitur de vsucapionibus. Et haec quidem de re mobili. In venditione rei immobilis, cuius non fit furtum, ad vsucapionem sufficit bona fides emptoris, nisi res a venditore vi possessa sit, quia vsucapioni rei vi possessae obstat lex Iulia & Plautia, *l. 5. h. t.* Caeterum, si res a venditore non sit vi possessa, propter malam fidem eius, nullo vitio laborat, & vsucapi potest a bonae fidei emptore. Quod tamen rursus, & hoc nunquam vobis exire memoria debet, ita est accipiendum ex *Nou. 119. c. 7.* vt si sciente domino a malae fidei possessore res vendita & tradita sit bonae fidei emptori, vsucapi possit legitimo tempore: sed si ignorante domino a malae fidei possessore sit tradita emptori bonae fidei, non sufficit vsucapio 10. aut 20. ann. sed necessaria est praescriptio 30. an. quae distinctio excidit saepe memoria, & tamen magni momenti est. Addamus postremo ex *l. 2. h. t.* eam quoque rem, vel seruum eum non posse vsucapi, quem testator alienari vetuit, quem iussit seruari in familia, propter peritiam artis singularem, quoniam haec conditio, quam dixit testator, personam serui afficit, eique cohaeret, sicut in venditione facta ea lege, *ne seruus manumittatur*, haec lex cohaeret personae serui, *l. pen. sup. si mancip. ita fuer. alien.* Et ex lege 3. notandum est partum ancillae furtiuae, quod & de quolibet animali dici potest, conceptum apud bonae fidei emptorem vsucapi posse, nec esse furtiuum, licet ancilla sit furtiua, nec vsucapi possit. Desidero, vt sit conceptus apud bonae fidei emptorem: nam si conceptus sit apud furem, & ipse furtiuus est, sicut & mater. At conceptus apud bonae fidei emptorem, si modo & editus sit, emptore adhuc ancillam bona fide possidente, quod desidero, non intelligitur esse furtiuus, & potest vsucapi, *l. qui vas §. si ancilla, ff. de furt. l. non solum, in princ. ff. de vsurp. & vsucap.*

AD

AD TITVLVM XXVII.

De vsucapione pro donato.

IVstus etiam est titulus vsucapionis *pro donato*, puta si res aliena a non domino donata sit bona fide accipienti, *l. 1. hoc tit.* Si etiam donator eam donauerit & tradiderit bona fide: nam vtriusque bona fides exigitur donatoris & donatarii, alioquin res furtiua est, *l. 2. hoc tit.* vt non abs re dicatur in §. *quod ante dictum Instit. de vsucap.* in re mobili non facile procedere vsucapionem: Nam qui mala fide eam tradit aliqua ex causa, furtum eius committit, & res furtiua vsucapi non potest. Potest tamen quibusdam casibus euenire, vt & res mobilis vsucapiatur ex vtraque parte interueniente bona fide, vt explicatur in *l. potest, de vsucapion.* Res autem immobilis donata vel aliqua ex causa iusta a malæ fidei possessore, qui eam sine vi possideat, tradita bona fide accipienti, præsertim non ignorante domino, vsucapi potest: nec in re immobili exigitur bona fides vtriusque, sed sufficit bona fides accipientis, & vt qui dedit, eam rem possideat sine vi, quia eo casu res neque furtiua est, neque vi possessa, denique est sine vitio, §. *quod autem ad eas res, Inst. de vsuc.* Verum autem titulum pro donato requiro, quia falsus titulus pro donato non sufficit ad vsucapionem, *l. 3. hoc tit.* Et hoc est, quod generaliter dicitur, errorem falsæ causæ non parere vsucapionem, vt si quis putet rem sibi donatam, quæ ei donata non fuit, se emisse, quam tamen non emit, *l. Celsus, de vsucapion. l. 1. 2. & 3. D. pro leg. l. 6. D. pro derelict.* Hoc ita procedit, si traditio non interuenerit, veluti ex emptione, licet reuera contracta non fuerit, vel si non interuenerit alia iusta causa erroris, *l. 1. D. pro don. l. 3. l. 4. §. vlt. D. pro suo. l. Proculus, D. de iure dot. leg. quod vulgo, D. pro empt.* Et notandum ad hunc titulum vsucapionem *pro donato* procedere, non tantum si res aliena donata sit inter viuos, sed etiã si mortis causa, quod non carebat dubitatione in donatione mortis causa, quæ non est directa donatio, non simplex, non absoluta, quæ non videtur ante perfecta, quam mors sequatur, *l. non videtur, D. de don. mort. causa,* Sed tamen placet, rem mortis causa donatam, & traditam igitur, (nam verbo *donandi* significatur traditio) nec ante Iustinianum intelligebatur donatio sine traditione & acceptione, quia non valet donatio, quæ fit μονομερῶς, *parauant qu'elle soit acceptée*, placet inquam rem donatam causa mortis, statim vsucapi posse, si aliena fuerit, & data acceptaque bona fide. Et hoc ostenditur in *l. si alienam, in princ. & l. qui alienam, D. de mort. causa, & l. Aristo, §. Aristo, D. de donat.* Et huc valde pertinet species, quæ est satis difficilis, *l. sed etsi constante, D. de donat. inter vir. & vxor.* Sciendum est, vt intelligatur species illius legis, inter virum & vxorem receptas esse mortis causa donationes, quia in hoc tempus excurrit donationum euentus, quo vir & vxor esse desinunt, *l. 10. in fi. & l. seq. D. eod.* Donationes autem inter viuos inter virum & vxorem prohibitæ sunt. Nunc finge: maritus vxori donauit rem alienam, & interuenit bona fides ex vtraque parte, quæritur an impediatur eius rei vsucapio, quod videtur, quia deficit iustus titulus. Est enim donatio inter virum & vxorem illicita. Igitur & vitiosa traditio, quæ fit ex ea causa, quod tamen non est concedendum; nam non omnis donatio rei alienæ bona fide facta, inter virum & vxorem est illicita, nec vitiosa traditio, quia iure ciuili ea tantum donatio prohibetur inter coniuges, quæ donatorem pauperiorem in rebus suis facit. Et valet ergo rei alienæ donatio a marito facta vxori bona fide, quia pauperiorem maritum in rebus suis non facit, & consequenter eius rei vsucapio possidenti procedit, vt in

Cod.

A *l. si vir vxori, D. pro don.* Et rectius in *d. l. sed etsi constante*, vulgo sine negatione, quam cum negatione Florent. legitur, *quia etsi mortis causa donaretur ei, non impeditur vsucapio.* male Florentinæ: *etsi non:* vt sit hæc ratio Iurisconsulti, quia res aliena mortis causa donata vxori bona fide accipienti, statim vsucapi potest, vt ante probauimus. Et res igitur aliena vxori donata inter viuos vsucapi potest, & quia ea donatio maritum pauperiorem non facit, & quia comparatur donationi causa mortis post orationem Seueri & Antonini, qua cauetur, vt donationes factæ inter maritos confirmentur morte eorum, si in ea voluntate perseuerauerint vsque ad extremum vitæ suæ exitum, *l. 12. sup. ad l. Falcid.* dum ait, *donationem factam inter virum & vxorem fungi*

B *partibus fideicommissi, vel donationis causa mortis, quia morte donatoris hodie confirmatur.* Ideoque Falcidiæ subiicitur. & negatio, quæ illo loco additur in Pandectis Florent. meo iudicio reiicienda est in inferiorem locum, vt ita concludat *d. l. sed etsi constante.* Itaque licet non mortis causa donatio interueniat, sed inter viuos, scilicet rei alienæ, quasi inter extraneos fieri intelligenda est, non inter coniuges: Ideoque quia aliena est, vsucapi potest. fuit traiecta illa negatio, & suo loco restituenda, vt dixi. Exemplo autem donationis rei alienæ factæ inter vxorem & virum, hodie idem etiam constituemus, si pater rem alienam vt suam donauerit filiofamilias, nimirum vt statim vsucapi possit, quia instar habet mortis causa donationis, propterea quod ex constit. Iust. id est, *l. donationes, sup. de donat. inter vir. & vxor.* morte confirmatur, quæ ante Iustinianum morte non confirmabatur, *l. 1. §. 1. D. pro don.* Quia obstabat regula iuris, *ne ex post facto conualescat, quod ab initio non*

C *valuit,* quæ regula cessat si quando quid fiat ex lege certa, vt ex oratione illa Seueri & Antonini, & illa constitutione Iustiniani.

AD TITVLVM XXVIII.

De vsucapione pro dote.

TItulus quoque *pro dote* iustissimus est, vt ait, *l. 1. D. eod.* si res mobilis, quæ aliena est, nec furti vitio laborat, bona fide data sit in dotẽ marito bona fide accipienti, quæ est sententia constitutionis huius tituli. In qua obseruandum est,

D eam loqui de re mobili tantum, quia res immobilis, puta fundus dotalis, vsucapi non potest, neque ab alio, neque ab ipso marito, quia fundi dotalis alienationi, quod nomen comprehendit etiam vsucapionem, lex Iulia obstat *l. si fundum. D. de fund. dot.* videlicet quoties soluto matrimonio actio de dote mulieri competitura est. Quo etiam solo casu locum habet lex Iulia de fundo dotali, *l. 3. ff. eod.* quod non annotauit glossa, idque obseruandum erat, quod dicit, *res mobiles.*

AD TITVLVM XXIX.

De vsucapione pro herede.

E IVstus etiam est titulus *pro herede*, si heres rem inuentam in hereditate possideat vt hereditariam, ignorans esse alienam, quæ erat aliena, & necesse est pro herede titulus sit verus titulus, id est, vt possessor eius sit heres, & defunctus igitur is, cuius se heredem dicit, quia viui heredes non habent, *l. 3. hoc tit. l. 1. D. eod. l. 1. D. de hered. vendit.* Et notandum est, malam fidem defuncti heredi nocere, id est, quod defunctus non potuit vsucapere pro herede, vel quo alio titulo, propter malam fidem. vel propter aliam rationem, id etiam heredem eius, quamuis sit bonæ fidei pos-

ſeſſor velut hereditarium vſucapere non poſſe, quæ A
eſt ſententia *l. 1. & l. vlt.* Et omnino ita eſt verum generaliter, vt quod defunctus mala fide poſſedit, vel alio vitio, heres eius, licet bonæ fidei ſit, mala fide poſſidere videatur, quia propius accedit ad vicem eius, qui deceſſit vita, & eadem perſona eſſe intelligitur. Et hoc oſtendit *l. 3. tit. ſeq. & l. cum heres, D. de diuerſ. & tempor. præſcript. & §. diutina, Inſtit. de vſucap. & l. vitia ỹ. de adquir. poſſeſſ.* Cum ait vitia a maioribus contracta perdurare & ſucceſſorem auctoris ſui culpam comitari: ſucceſſorem ſcilicet vniuerſi iuris: nam & virtus auctoris ſequitur heredem, puta bona fides defuncti proficit heredi ad vſucapionem, licet heres ſit malæ fidei poſſeſſor. Explicanda etiam eſt lex ſecunda dum ait, *nihil pro herede poſſe vſucapi ſuis heredibus exiſtentibus.* Quid hoc eſt? Aliud eſt ſuum heredem exiſtere, aliud B
extare. Suus heres exiſtit ipſo iure ſtatim a morte parentis, etiam cluſis tabulis teſtamenti, ſi teſtatus parens deceſſerit, atque etiam inuitus, ignorans exiſtit, id eſt, apparet: nam exiſtere Græci interpretantur ἀναφαίνεσθαι. Sui ergo heredes exiſtunt ſtatim ipſo iure. Extant autem ſi ſe miſceant bonis. Et horum verborum diſtinctio *l. ſi operarum §. 1. D. de oper. libertor.* adducit in concordiam *l. cum patronus §. 1. D. eod.* Nunc ſerua quod ait *l. 2.* ſuis heredibus exiſtentibus, non etiam ait extantibus. vnde ſic dicamus, ſuis heredibus exiſtentibus, non tamen extantibus, ſed abſtinentibus, nihil pro herede vſucapi poſſe, quia ſui heredes manent ipſo iure, etiamſi abſtinuerint ſe, heredes ſine re, *l. cum quaſi §. ſed & ſi quis D. de fideicom. libert. l. etſi ex modica §. ſi filius, ff. de bon. libert.* Igitur ſuis heredibus exiſtentibus, licet ab- C
ſtinuerint ſe, agnati legitimo iure venire non poſſunt ad hereditatem: denique res alienas inuentas in hereditate pro herede vſucapere non poſſunt, quia ipſi non ſunt heredes, ſed ſui, licet re abſtinuerint Sed ſuis heredibus abſtinentibus ſe, agnati iure prætorio venire poſſunt, & vſucapere, pro bonorum poſſeſſore, non etiam pro herede.

AD TITVLVM XXX.

Communia de vſucapionibus.

PRoponuntur in hoc titulo non omnia, ſed quædam, quæ ſunt communia omnibus titulis vſucapionum, vt ſine poſſeſſione ciuili vſucapio contingere non poſſit, in *l. 1.* Ideo eum, qui ſibi rem non poſſidet, ſed alii, puta conductorem, non poſſe eam rem quam conduxit vſucapere, imo nec ad eam obtinendam vllius temporis præſcriptione ſe tueri, *l. 2. de præſcript. 30. annor.* quia non ipſe poſſidet ſibi, ſed dominus ſolus per eum, & ſine poſſeſſione non procedit vſucapio, vel præſcriptio, id eſt, niſi qui poſſidet, ſibi poſſideat: qua de cauſa nec ei datur interdictum poſſeſſorium, ſed domino, *l. 1. §. deiicitur & §. colonus, D. de vi & vi arm.* Item commune hoc eſt, vt res fiſci vſucapi non poſſit, *l. 2. h. t. l. quamuis, l. vbi lex, in fi. ff. de vſucap.* Item commune eſt hoc omnium titu- E
lorum vſucapionis, omnium cauſarum poſſeſſionis, vt mala fides defuncti noceat heredi, licet bona fide poſſideat. Quod & ante fuerat ſpecialiter propoſitum de titulo *pro herede*, generaliter proponitur in *l. 3. hoc tit.* Et verum eſt adeo circumſcripta gloſſa, vt heres malæ fidei poſſeſſoris, rem quam defunctus poſſidere cœpit. nec ex perſona defuncti, nec ex perſona ſua vſucapere poſſit. Quod gloſſa tamen tentauit, vt poſſit ex perſona ſua, quia idem cenſetur eſſe homo heres & defunctus, & quod in defuncto iuris fuiſſet, idem ſequetur heres.

AD TITVLVM XXXI.

De vſucapione transformanda, & de ſublata differentia rerum mancipi & nec mancipi.

VT intelligamus iura vſucapionum, quæ olim fuerunt, & quæ ſunt hodie, primum ita conſtituamus, omnes res eſſe vel mancipi, aut nec mancipi. *Res mancipi* ſunt prædia vrbana vel ruſtica, quæ ſunt in Italia, res ſoli Italici, & iura prædiorum ruſticorum vt iter, actus, via, aquæductus, quæ & ipſa intelliguntur eſſe res ſoli Italici, & eodem iure cenſentur quo res ſoli, *l. 2. ſup. de ſeruit. & aqua.* Item ſerui res mancipi ſunt, & quadrupedes, quæ dorſo collove domantur, vt boues, equi, muli, aſini, &c. auctore Vlpiano lib. reg. *tit.* 19. Item vniones, id eſt, grandes margaritæ, qui & peruli dicuntur, vt in idiotiſmo, *des perles*, Nam Plinius *lib. 9. cap. 35.* ſcribit, vniones in mancipatum væniſſe vt prædium aliquod. Idemque dici poteſt de omni re pretioſa, de qua nomine euictionis duplam promitti oportet, vt *l. emptori §. 1. ff. de euiction.* Et rem pretioſam definio, quæ vænit auro contra, vel ſupra. Et ita in *d. l. emptori §. in rebus pretioſis*, etiã margaritæ enumerantur; & ornamenta pretioſa & veſtes ſericæ, quas etiam contra aurum veniſſe Vopiſcus ſcribit in Aureliano. Et hæ quidem res ſunt mancipi. Cæteræ res nec mancipi ſunt, vt prædia prouincialia, quæ etiam ſtipendiaria dicebantur, vel tributaria, quod omnia vel ſtipendium populo, vel principi tributum penderent. Item nec mancipi ſunt feræ beſtiæ, licet domitæ ſint, & oues & capræ, & ſues, & res non admodum pretioſæ, quæ veneunt auro infra. Et rerum mancipi proprie alienatio eſt mancipatio per æs & libram, quo genere ſi fiat a domino, dominium adquiritur ex iure Quiritium: ſi a non domino vſucapionis occaſio præſtatur. Rerum autem nec mancipi proprie alienatio eſt traditio, per quam non ex iure Quiritium, ſed in bonis iure naturali dominium adquiritur, vt in *§. per traditionem, Inſt. de rer. diuiſ.* Nec poſſunt hæ res alienari per mancipationem, & inde illis nomen mancipi: tam autem rerum mã- D
cipi, quam nec mancipi vſucapionem eſſe communem alienationem Vlpianus ſcribit ſupradicto loco. Quod verum eſt tantum, ne fallamur, in rebus mobilibus vel ſe mouentibus, puta animalibus, vt ſiue traditæ ſint, ſiue mancipatæ a non domino iuſta ex cauſa, bona fide accipienti, ſiue mancipi ſint, ſiue non, vſucapi poſſint. Non autem eſt verum in rebus ſoli, id eſt, in prædiis: nam ea tantum prædia vſucapi poſſunt, quæ mancipi ſunt, quæ ſolo Italico continentur: Nam prouincialia prædia ſiue ſtipendiaria, & tributaria, quæ nec mancipi ſunt, de quibus eſt *l. cum ſponſus, §. in vectigal. ff. de Public. in rem act.* non poſſunt vſucapi. Et licet ea prędia, quæ nec mancipi ſunt, non poſſint vſucapi, non tamen ideo minus recte vindicantur, vt in *d. §.* quia in rei vindicatione qualecunque dominium deducitur, *l. ſi mater §. eandem, ff. de except. rei iudic.* Aggenus Vrbicus ſecundo de limitibus agrorum: *Stipendiarij*, inquit, *agri nexu non habentur, ſed nec mancipatio eorum legitima eſſe poteſt, priuatis enim poſſidere quaſi agri colendi cauſa, & præſtandi tributi conditio conceſſa eſt, vindicant tamen inter ſe fines ex æquo, ac ſi priuatorum agrorum.* Hæc Aggenus Vrbicus. Et conſtat etiam prædiis prouincialibus recte imponi ſeruitutes, quæ intelliguntur eſſe res immobiles, quod cohærent rebus immobilibus, *l. 3. ff. de ſeruit.* Et in his quoque prædiis nuntiatio noui operis locum habet, *l. prouincialib. ff. de operis noui. nunt.* At in iiſdem locum non habebat vſucapio, quæ fuit biennii, habuit tamen pręſcriptio longi temporis, vt declarabitur *tit. 33.* At, vt dixi, res mobiles, ſiue ſe mouentes, ſiue mancipi

A mancipi sunt, siue nec mancipi, vbique vsucapi possũt, in Italia vel in Prouinciis, vt nominatim ait constit. huius tit. in princ. in qua suo loco reposito verbo, *nexu*, quod insederat incongruo, sic lego: *cum autem antiqui in rebus mobilibus vel se mouentibus, quæ fuerant alienatæ nexu vel quocunque modo, bona fide tamen detentæ, vsucapionẽ extendebant, non tantum in Italico solo, sed in omni orbe terrarum, &c. & quæ fuerunt alienatæ nexu, vel quocunque modo detentæ*, id est, *quæ fuerunt mancipatæ vel traditæ*. Nexus enim nomen, quod esse generale Manilius & Gallus recte existimarunt in hoc loco specialiter accipitur pro mancipatione, vt in definitione abalienationis tradita a Marco Tullio. Ab alienatio est eius rei quæ mancipi est traditio alteri nexu, vbi recte Seuerinus Boëtius: *Omnes res*, inquit, *quæ abalienari* B *possunt, mancipi dictæ sunt, aut nec mancipi*. Addo ex vetustis libris hæc verba, aut nec mancipi. & sequitur postea: *Mancipi res veteres appellabant, quæ ita abalienabantur, vt abalienatio ea per quandam nexus fieret solemnitatem*, quam solemnitatem mox explicabat prolatis verbis Caij Iurisc. ex lib. 1. Instit. tit. *de nexu faciendo*. Quæ omnia verba Caij sunt de mancipatione. Vnde apparet idem esse nexum, mancipiũ, siue mancipationem, vt in legibus 12. tabul. *Cum nexum faciet mancipiumque, vti lingua nuncupassit ita ius esto*, apud Festum. Huius legis interpretationem mox Festus addit, quam vulgo male pro verbis legis accipiunt, *id est*, inquit, *sic legendum pro ita, vti nominarit locutusve erit, ita ius esto*. Interpretatur scilicet illa verba, *vt lingua nuncupassit, ita ius esto*. Nexus generaliter dicitur, quęcunque fit datio vel obli- C gatio vel liberatio per æs & libram. Specialiter autem *nexus* dicitur mancipatio siue datio rei per æs & libram, præsentibus vt oportet non minus quam quinque testibus ciuilibus, puberibus & libripende, & adhibitis certis solemnibusque verbis, quæ idem etiam Boëtius retulit ex Caio. Et idem hoc confirmat Vlpianus supradicto loco & §. 1. *Instit. de testament. ordin.* Prolatis autem verbis Caii, attendite diligenter, de solemnitate emancipationis, & nexus, subiicit Boëtius: *Quæcunque igitur res lege 12. tabul. aliter nisi per hanc solemnitatem alienari non poterant. Sui iuris autem cætera nec mancipi vocabantur.* quæ verba sunt deprauatissima, & hactenus imposuerunt studiosis quam plurimis, ignorantib. quantum discrepent ab ea scripta libri veteres, in quibus ita est scriptum: *Quæcunque agitur res lege 12. tabularum aliter nisi per hanc solemnitatem abalienari non poterant.* D *Sui iuris autem cætera res nec mancipi vocabantur.* Vnde facta verissima coniectura, ita emendo, *Quæcunq; igitur res l. 12. tab. aliter nisi per hanc iuris solemnitatẽ abalienari non poterant (sunt autem certæ hæ res,) mancipi vocabantur.* Ac præterea sciendum est, secundum ius vetus vsucapionem rei immobilis seu se mouentis esse annum, cuius iuris vestigium exstat in *l. nunquam* §. 1 *ff. de vsucapion.* dum ait, in vsucapione rerum mobilium continuum tẽpus obseruari. scripserat Iurisconsul. continuum annum, non vtilem, scilicet: alioquin cur dixit mobilium potius quam immobilium, cum & in vsucapione immobilium rerum tempus continuum numeretur? Est etiã aliud vestigium iuris antiqui, in *l. cum sponsus* §. *pen. ff. de Publ. in rem act.* E Publiciana in rem actio datur bonæ fidei possessori, qui possessionem rei amisit nondum vsucaptæ, & ita dum ait in illo §. *pen.* Publicianã dari de infante seruo nondum anniculo .i. nondum vsucapto, quia rei mobilis siue se mouentis vsucapio annua fuit ex l. 12. tab. Res autem immobilis ex iisdem 12. tab. vsupio fuit bienniũ, *vsus auctoritas fundi biennium esto.* Et hoc tantum in Itaco solo, non in prouinciali, vt etiam refert Iustin. *in constit. hoc tit.* Et vt summam dicam totius rei: Iure veteri, quantum intelligere licet ex prædictis, erat differentia inter res mancipi, & nec mancipi, & inter solum Italicum & solum prouinciale & inter dominium ex iure

Cod,

Quiritiũ, & dominium in bonis. Quas omnes differentias sustulit Iustinianus. Ac primum quidem differentiã dominii *tit. 25. sup.* vt omnes essent rerum suarum domini deinceps, eodem iure pleno & legitimo iure omnes. Et in hoc titulo differentiam locorum, vt vbique procedat vsucapio omnium rerum, vt olim præscriptiones longi temporis, vel 30. ann. vbique locorum locum habebant. & in hoc titulo etiam sustulit differentiam rerum mancipi, & nec mancipi, vt omnes res quoquo modo alienari possint. Ac præterea tempus anni mutauit in hoc titulo, videlicet in triennium, quod exigit in vsucapione rerum mobilium, vel se mouentium: tempus autem biennii mutauit in decennium inter præsentes, & vicennium inter absentes: Id exigit in vsucapione rerum immobilium. Sed vt hanc longi temporis vsucapionem magis ampliaret, declarat primum ad vsucapionem sufficere, si bona fides interueniat ab initio possessionis, vt obtinuit etiam olim in præscriptione longi temporis. Igitur mala fides superueniens non interrumpit vsucapionem bona fide cœptam, & ob id hac in re *l. bonæ fidei, de adquir. rer. dom.* docet separatam esse causã possessionis & vsucapionis, vt & *l. 2. §. separata, ff. pro empt. quoniam mala fides superueniens non interrumpit iure cœptam vsucapionem*, quam lex ipsa perficit, & persoluit, sed mala fides superueniens interrumpit possessionem, id est, qui bonæ fidei possessor fuit initio, facit vt desinat esse, & fiat malæ fidei possessor. Atque ideo fructus suos non facit ex eo tempore quo sciuit rem alienam esse, id est, vt non habeat commodum bonæ fidei possessoris, & consequenter ex *l. qui bona* §. 1. *D. de adquir. rer. dom.* vt ab eo tempore, quo superuenit mala fides, nihil adquirat per seruum alienum, aut liberum hominem, quem scilicet possidet, quoniam cœpit esse iniustus possessor, & malæ fidei. Et ita D. Augustin. *lib. de fide & operibus. In iure*, inquit, *prædiorum tamdiu quisque bonæ fidei possessor dicitur rectissime, quamdiu se possidere ignorat alienum: cum vero scierit, nec ab aliena possessione recesserit, tunc malæ fidei possessor perhibetur. tunc iuste iniustus vocatur.* Sed non est omittendum etiã iure Pontificio, superuenientem malam fidem interrũpere vsucapionem, *c. vlt. extra de præscript.* quod est ex Lateran. conc. cap. 41. vt scilicet, qui vsucapit vel præscribit, nulla temporis parte habeat conscientiam rei alienæ. Iure ciuili satis est, non habuisse initio possessionis. Et postremo addit Iustinianus ampliandæ longæ possessionis gratia, vt ei, qui possidet bona fide, prosit ad vsucapionem tempus quo auctor eius bona fide possedit, id est, vt emptori prosit tempus venditoris, atque etiam donatario in causa lucratiua tempus donatoris, vt in *l. pen. J. de præscript. longi temp. l. 2. §. emptori, D. pro empt. l. id tempus, D. de vsurpat.* Denique vt tempus emptoris siue antecessoris, vt loquitur, connumeretur in decennium, vicennium, vel triennium, sic omnino legas, non tricennium: nam tricennii nomine significantur triginta anni, & in præscriptione triginta annorum non exigitur iustus titulus *l. 2. inf. de præscript. 30. ann.* quam tamen mox exigit Iustin. in *hac lege*. Ergo non loquitur de tricennio, sed de triennio. Et obserua, vt venditoris vel debitoris tempus prosit emptori vel donatario, & ei accedat atque iungatur tempus eius, necessarium esse vt vterque rem cœperit possidere bona fide, id est, venditor & emptor, & donator & donatarius, *l. Pomponius* §. 1. *D. de adqu. possess.* Non etiam, vt perseuerent in bona fide, quoniam satis est, si vterque cœperit possidere bona fide: nec interrumpitur vsucapio, si postea sciuerit esse rem alienam, nec si ab alio ad alium res peruenerit ex causa lucratiua veluti donatione, vt in *d. l. pen.* Quæ omnia Iustinian. accipit de successore singulari, vt scilicet requiratur bona fides antecessoris & successoris: nam idem non est in defuncto & herede, quo-

niam bona fides defuncti sufficit, vt currat vsucapio cœpta a defuncto, licet heres mala fide possideat, & contra bona fides heredis non sufficit, si defunctus fuerit malæ fidei possessor §. *diutina, Institut. de vsucap.*

AD TITVLVM XXXII.

De adquirenda & retinenda possessione.

Recte inter vsucapionem & præscriptionem hic titulus medius interponitur, quia neque hæc, neque illa sine possessione consistit. Et vt a definitione possessionis incipiam, nulla melior dari potest illa, quam Festus retulit ex Ælio Gallo Iurisconsulto in libro de verbor. quæ ad ius pertinent sign. simplicius definitur in *l. quæstio, de V. S.* Possessio est vsus. Plenius Gallus, *vt complectatur prædium rusticum & vrbanum*, & recte *quidam*, id est, proprii cuiusdam generis vsus, vt in definitione legati, donatio *quædam*, id est, proprii generis donatio, quæ neque fit inter viuos, neque mortis causa, quia nec conualescentia legatum reuocatur, vt donatio causa mortis, nec qualilibet pœnitentia temere. Et ita in *l. rogasti, ff. de præscript. verb.* proprio negotio quodam gesto, & in *l. 1. de oblig. & act.* proprio quodam iure, vt in *l. obligamur, eod.* Ergo illud, quidam, demonstrat possessionem esse propriã speciem vsus, ac proinde non esse possessionem, eum vsum qui vsus dicitur communiter, quod sic ostendo: Eandem rem in solidum non possunt duo possidere, vti tamen ea possunt pro solido, neque enim ideo minus vtor re, quod & ea ipse vtaris, *l. si vt certo §. cum duobus, ff. commod.* forum non possidemus, eo tamen vtimur, *l. 1. in fi. de adquir. poss.* seruitutes non possidemus, eis tamen vtimur, *l. 2. in fi. & l. 3. ff. de precar.* Inde Apuleius I. pro se ipso: *plurimis rebus possessu careo, vsu fruor.* Itaque definitio Galli non comprehendit quasi possessionem, qualis dicitur esse seruitutum, quæ non possidentur, quia corpore vacant, vt nec apprehendi, nec retineri possint, sed cessio earum, & patientia, & vsus pro possessione est. Et hoc est, quod ait *l. 1. in fi. ff. de seruitut. vrban. præd.* traditionem, id est, cessionem, seruitutis prædialis, & patientiam inducere officium prætoris, id est, hoc efficere, vt prætor eam cessessionem & patientiam tueatur, quasi possessionem, & data actione Publiciana, vt in *l. si ego §. 1. ff. de Public. in rem act.* Et datis interdictis, quasi possessoriis, veluti de itinere & actu, *l. quotiens §. via, ff. de seruitut.* Vsus igitur in definitione Galli, non est, qui communiter vsus dicitur, id est, χρῆσις, vt seruitus vsus vel vsusfructus, & commodatum vel precarium, sed est detentio, siue *detentatio*, vt loquitur lex *ab hostibus §. vlt. quibus ex causis manumissi, & l. 5. ff. de impens. in res dotal. fact.* Et glossæ Philoxeni, detentatores διακατόχους, vel subsessio & incubatio: quamquam hæc duo verba plerunque accipiuntur in malum, vt in *l. 3. inf. ne rei dominicæ vel templorum* & illo loco Virgilii, *Deuicta Asia subsedit adulter*, id est, interprete Seruio, *mala fide possedit.* Itaque malæ fidei possessio, proprie dicitur *subsessio*, uel *incubatio*, vt idem ille Seruius: *apud nos*, inquit, *Tyrannus incubator imperij vocatur.* Et Augustinus in Homilia trigesima: *Non erat vox iusti possessoris, sed impudentis incubatoris improbitas*, id est, prædonis & malæ fidei possessoris. Sed vt cætera, quæ Festus retulit ex Ælio Gallo cum sit ex nostris, exponamus, & iis supplendis tum corrigendis, sunt enim in iis spatia superuacua, & grauia menda quædam, vt iis, quantum possit, medeamur, cetera etiam exponamus. Gallus vbi definiuit possessionem, vsum quendam esse agri vel ædificii, subiicit, *non esse ipsum fundum vel agrum, neque enim esse possessionem iis de rebus, quæ tangi possunt.* Quibus verbis significat fundum vel agrum esse rem corporalem, cuius scilicet, plenam proprietatem habemus: possessionem autem esse rem incorporalem, quæ cerni & tangi non potest, abstrahi tantum intellectu & percipi potest, & ex his rebus denique, quæ intelliguntur, sunt ex rebus incertis. Idcirco datur etiam de possessione condictio incerti: *l. indebiti § sed etsi, l. qui exceptionem §. si pars, ff. de condict. indeb.* adhibita *l. heres, ff. ad Trebellian.* Interdum tamen *possessio* accipitur pro corpore ipso, quod possidetur, vt cum prædia prouincialia possessiones dicimus, *l. 2. de probat. l. 3. j. de reuoc. donat. l. pen. sup. comm. vtriusq. iudic.* Et ea prædia possessiones dicimus, quia non sunt propria prouincialium mancipio & nexu, sed vsu tantum, & fructu sub onere colendi, arandi prædia, & præstandi tributi vel stipendii. Et ita Festus *possessiones quandoque appellari agros late patentes, publicos, priuatos, quia non mancipatione, sed vsu tenebantur, & vt quisque occupauerat, possidebat.* Quamobrem Flaccus Siculus & Agg. Vrbic. eos agros vocant *occupatorios*, & arcifinios, quod accersitis hostibus occupati sunt. Et ita etiam in *l. interdum, de verb. signific.* ostenditur, eum, qui legauit possessiones suas, videri etiam legasse corpora prædiorum suorum. Et ita Apuleius: *Quæcumque*, inquit, *terrena corporali cupiditate possidentur, quæ merito possessionum nomine nuncupantur, quia non sunt nata nobiscum, sed postea a nobis possideri cœperunt.* Sequitur autem in illo fragmento Ælii Galli: *neque qui se possidere dicit, is vere potest dicere. Quid heic facit vere?* loco illius reponimus, *hanc ego rem*, quod est initium formulę vindicationis, & creatus est error ex iis singulis siue notis, pinge literas h. & e. & ambas punctis subdistingue, & subde, re, temone superposito; id est, hanc ego rem, vnde fecerunt here, & post, vere. Sensus hic est: *possessionem non posse vindicari veluti rem corporalem, hoc modo: hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio*: Quod & ita mox declarat Gallus: *Itaque*, inquit, *in legitimis actionibus nemo possessionem suam ex iis vocare audet; sed ad interdictum venit.* Loco istorum verborum reponendum est omnino, *ex iure Quiritium*, vt ita scribas: *Itaque in legitimis actionib. nemo possessionem suam ex iure Quiritium vocare audet, sed ad interdictum venit vti possidetis. Quod ibi proponitur, vel etiam vtrubi.* Sensus igitur est, *neminem legitima actione ex iure Quiritium possessionem suam vocare*, id est, vindicare, vt in Rhetoricis ad Herennium, *hereditatem suam vocare, lege agnationis, sed vt interdicto vti possidetis, vel vtrubi, quo possessionem suam esse affirmat.* Et ita est explicanda lex 3. *Pomponius, ff. ad exhibend.* Possessio autem, vt Labeo ait, qui optime callebat origines rationesque verborum, dicta est a sedibus quasi positio in *l. 1. ff. eod.* id est, situs, quia naturaliter tenetur ab eo, qui insistit rei, quæ est, quam græci κατοχὴν dicunt, id est, detentionem, siue detentationem, sessionem. Et *possidere* igitur est insistere, incumbere rei, incubare & residere, vt apud Plautum in Epidico, *possidere ferias.* Et in Captiuis, *residere ferias.* Et sequitur in *d. l. 1.* dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, id est, ex detentione corporali, eiusque rei vestigium remanere in iis, quæ cœlo, mari, terra capiuntur, & in iis, quæ bello capiuntur, & in gemmis, lapillis, margaritis in litore inuentis, quæ protinus fiunt eius, qui primus eorum possessionem apprehendit. ergo in iis rebus apparet, dominium incipere statim a naturali possessione. Et ita in *l. 8. hoc tit.* per procuratorem, id est, corpore procuratoris, nobis adquiri possessionem, & per hanc dominium, vt in *l. traditio §. vlt. ff. de adquir. rer. dom.* Veluti si procuratori sit tradita a domino nostro nomine, quod omnino exigitur, vt statim & possessio & dominium nobis adquiratur, vt in *l. qui mihi, de donat*: Nam si nomine procuratoris dominus ei rem tradat, non meo, dominium mihi non adquiritur, nisi per traditionem pro-

curatoris mihi factam, quæ est sententia *l. res 25. D. de adquir. rer. dom. l. 2. sup. de his, qui a non dom. manu.* Et ita *in l. 8. h. t. per procuratorem vtilitatis causa possessionem.* Et hic subdistingue illud verbum, vt intelligatur, si proprietas a possessione separari non potest, id est, si dominus tradat rem procuratori, si proprietarius tradat procuratori, si in persona tradentis coniuncta fuerit possessio dominio, hoc casu per possessionem mihi quæsitam per procuratorem etiam mihi dominium adquiritur. Quod si is, qui tradit, procuratori meo, non sit dominus, per procuratorem quidem mihi possessio adquiritur, non dominium: sed postquam sciero rem traditam procuratori meo, tunc inchoatur vsucapiendi conditio, id est, tum incipio eam rem vsucapere, quæ procuratori meo tradita est a non domino. Ergo ne dicamus quod tentat Accursius in *l. 8.* dominium adquiri per procuratorem, quod est falsissimum, quia non adquiritur dominium per procuratorem simpliciter citra possessionem. nec cauillari oportet verba *l. 1. sup. per quas person.* dum ait, *nihil nobis adquiri per liberam personam, puta per procuratorem, excepta causa possessionis,* quasi aliud sit possessio, aliud causa possessionis: nam idem est proculdubio causa possessionis, id est, possessio. Passim in libris nostris, causa dotis est dos, causa bonorum, id est, bona, causa venditionis, est venditio, & causa lethi in aliis auctoribus, *id est,* lethum. Et apud Tibullum causa, *Nereæ coniugis erepta causa perire fuit,* vbi est πλοκὴ in verbo *causa*: nam aliter sumitur infra, quam supra: Hic enim est sensus, causa Nereæ coniugis ereptæ, id est, Nerea coniunx ei præbuit causam mortis. Sic igitur concludamus: per procuratorem non adquiri dominium citra possessionem, sed per possessionem dominium adquiri. At dum ait *d. l. 1.* dominium ex naturali possessione cœpisse, idque adhuc apparere in supradictis rebus, satis indicat, non in omnibus rebus dominia incipere ex naturali possessione: nam rei legatæ dominium ipso iure adquiritur, id est, *l. 12. tabul.* Vlp. in reg. *tit. 19.* sine naturali possessione, & probat lex *quotiens §. vlt. D. de pecul. l. 7. & 23. sup. de legat. l. 3. 5. quando dies, l. 3. §. si rem, D. de legat. 3.* & rei quoque donatæ mortis causa, vt probat bellissime *l. 1. in fi. coniuncta l. 2. D. de Public. in rem act.* Et hereditas quoque ipso iure adquiritur, si vel dixeris, *adeo illam hereditatem*, etiamsi nullam rem hereditariam apprehenderis, *l. si ager, ff. de rei vind.* Et contra non semper possessionem etiam dominium sequitur. fideicommissarius est possessor rei per fideicommissum relictæ, non etiam dominus iure ciuili, *l. qui vsumfructum, ff. si vsufruct. pet.* Prouinciales prædiorum suorum erant possessores, non etiam domini, vt Theoph. *in §. per traditionem, de rer. diuis.* vt non male in *l. naturaliter §. 1. de adq. poss.* dicatur, nihil affine habere possessionem cum proprietate, .i. dominio. Vnde Seneca 10. Epistola, *Stulta hominum auaritia proprietatem a possessione discernit.* Et vt opinor, hoc vult dicere, attentionem & accurationem nimiam hominum in distinguendis rebus discreuisse possessionem a proprietate, nec tamen immerito discreuisse. Diximus heri de definitione & nomine possessionis, Labeonem recte deducere nomen a sedibus, qui etiam in *l. 3. ex contrario, ff. eod.* exemplo sessionis & stationis docet, apud duos eiusdem rei possessionem in solidum esse non posse, non magis quam vt tu stare videaris in eodem loco quo ego sto, vel sedere in eodem loco, quo ego sedeo. Possessionem autem esse *vsum quendam* rei, vel dominium vsus rei, vel detentionis: Nam multiplex est dominium, proprietatis, vsusfructus, & possessionis in *l. si procurator, ff. de adquir. rer. dom.* Cur addit interpretationem, *Dominium id est, proprietas?* ne quis intelligeret possessionem: nam est frequentissimum in iure, vt dominium accipiatur pro possessione, & dominus pro possessore, *vt in l. 4. J. de aquæductu.* longo dominio, id est, longa possessione. Vnde non male dixeris possessionem esse dominium vsus, siue detentionis rei. Nunc videamus. Species duas proponit *l. 10. hoc tit.* Vnam, quæ iure consistit, aliam, quæ corpore, vt Diuus Augustin. in Sermone de vita clericorum: *Exiguum est,* inquit, *quod videtur possidere, sicut iurisperiti loquuntur, iure, non corpore,* vt quæ iure consistit, id est, iure ciuili *l. stipulatio ista §. hæc quoque, de verb. obl. l. si cum is, qui, de donat. inter vir. & vxor.* Ciuilis possessio appellatur, & ita definitur, detentio, quæ constat iure & animo domini, puta detentore credente se esse dominum & detinente rem ex ea causa, qua dominium, id est, proprietas quæri solet. Vnde apparet possessionem ciuilem esse facti, quia est detentio, id est, vsus rei. Et inde in *l. denique, ex quibus causis maior.* possessionem plurimum facti habere, διὰ τὸ νέμεσθαι, Græci adiiciunt illo loco, & esse etiam animi, quia animum, affectionem, voluntatem, cogitationem, opinionem domini desiderat, tot vtuntur nominibus auctores nostri, vt putet se esse dominum & possidere rem suam, *l. 1. §. Scæuola, si quis testam. liber esse.* Et esse etiam iuris, quia iustum titulum adquirendi dominii desiderat, veluti emptionem, donationem, aut legatum, quæ imbuant animum possessoris opinione domini. Quamobrem & animus ille, qui iure imbutus est possessionis iustæ, dicitur esse iuris, non facti, *l. possessionem, D. eod.* Denique possessio ciuilis est iuris & facti. Iuris, quia sine iure non consistit, vt Cornelius Fronto de differentiis vocabulorum recte scribit: *In possidente ius esse, & possidere eum qui aut testamento relictæ aut donatæ rei aut emptæ dominus est.* Facti, quia sine corpore non consistit, quod possideat & quod possideatur. Et hoc distat a bonorum possessione prætoria, quæ vt hereditas sine vllo corpore iuris intellectum habet, *l. 3. §. 1. D. de bon. poss. l. hereditas, de petit. heredit.* Quæ autem possessio corpore consistit, naturalis & corporalis dicitur, & est detentio rei nudæ, citra ius affectionemque domini, non tamen citra ius aliquod affectionemque Nam vtraque possessio legitima dicitur, & ciuilis & naturalis in hac *l. 10.* quia vt inferius dicetur, vtramque prætor interdictis tuetur possessoriis. Et possessio quoque fructuarii, quæ naturalis tantum est, dicitur plurimum ex iure mutuari, *l. poss. ff. eod.* Ergo vtraque possessio est iuris & facti. Quid ergo distant inuicem? quia naturalis est facti potius, quam iuris, propterea quod destituitur iure animoque domini, quod est ius summū: at ciuilis potius est iuris, quam facti, quia possidetur summo & optimo iure, nempe domini. Sed hæc, quæ ita constituimus, exemplis nobis patefacienda sunt. Fructuarius videtur naturaliter possidere, *l. naturaliter in pr. D. eod.* Quæ ex inscriptione referenda est ad interdictum vti possidetis, quod etiam vsufructuario competit, *l. 1. §. huius autem, D. vti posid.* Tull. in oratione pro Cæcinna. *Cesenniam,* inquit, *propter vsumfr. possedisse non negat.* Possidet igitur fructuarius, vel possidere videtur propter vsumfructum, non dominii, sed vsusfructus iure, quod sæpe dominii effectum habet, & possidet fructuarius ius vtendi & fruendi potius, quam fundum, aut seruum, in quo vsumfructum habet *l. adquiritur §. vlt. D. de adquir. rer. dom. l. 1. §. quod ait, quod legat.* Et quasi possidet igitur potius, quam possidet: quia iuris est quasi possessio, non possessio, quod eius nullum subsit corpus cui incumbatur. Et ita in *l. ait prætor, ex quib. causis maior. fundi possessionem,* inquit, *& vsusfructus quasi possessionem,* & sic etiam in *l. 3. D. de vi & vi arm.* Denique fructuarius possidet naturaliter ius vtendi fruendi, fundum autem fructuarium ipse dominus possidet ciuiliter. Ne igitur dicas, fructuarium fundum possidere naturaliter, & dominum ciuiliter, quia duo non possunt esse in solidum possessores eiusdem rei, nec duo qui possideant ciuiliter, nec duo qui naturaliter: nec duo quorum vnus naturaliter, alter ciuiliter, nec duo, quorum iuste vnus, alter iniuste. Et iampridem explosa est Sabini sententia, qui duos admittebat possessores *l. & habet §. eum qui, D. de precario,* quæ est ex libro ad Sabinum & ex doctrina

Sabini. Et hoc ostenditur in *l. 3. §. ex contrario, D. eod. l. duo, D. de prec. l. si vt certo §. duobus D. commod.* M. Tull. in Lucull. *Nam aut Stoicus constituatur sapiens*, inquit, *aut veteris Academiæ, sed non potest: Est enim inter eos, non de terminis*, id est, *finibus, sed de tota possessione contentio.* Ergo dominus, id est, proprietarius fundum, in quo alter vsumfructum habet, possidet ciuiliter tanquam dominus, quia propter vsumfructum non desiit habere animum possidendi, non deposuit animum possidendi, nec fuit causa deponendi, cum nihil commune habeat vsusfructus cum proprietate, id est, cum nec duo hæc permisceantur, sicut nec possessio & proprietas, nec possessio & vsucapio permiscentur *l. pen. eod. l. 2. § separata, pro empt.* & hæc de fructuario. Tractemus etiam de aliis, qui possident naturaliter tantum non ciuiliter. Creditor rem pignori datam possidet naturaliter, & iure pignoris. B Et hæc igitur naturalis possessio, etiam non caret suo iure, *l. 3. §. vlt. ff. ad exhib.* Et si possidet rem ipsam, solus igitur, vt ante constitui, quia scilicet eo animo debitor eam rem dedit creditori, vt ipse possessionem dimitteret, & eam in creditorem transferret, *l. cum & sortis §. vlt. de pig. act.* Ergo per traditionem pignoris debitor, qui id possidebat ciuiliter vt dominus, desiit possidere, & creditor, cui traditum est, id incipit possidere naturaliter. Excipitur causa vsucapionis, propter quam vtilitatis ratione receptũ est, vt debitor, licet omnino non possideat pignus, vt dixi, ad vsucapionem id possidere intelligatur, id est, ne vsucapio cœpta impediatur, vel interrumpatur per possessionem, quæ reapse & naturaliter est penes creditorem, *l. 1. § per seruum, l. qui pignoris, ff. eod. l. serui, ff. de vsucap.* Et hoc non est nouum, vt perseueret, quæ cœpit, vsucapio, licet is qui vsucepit desierit possidere, ita vt ab initio quidem vsucapio non consistat sine possessione, ex postfacto consistat sine possessione: Et ita fit, vt morte non interrumpatur vsucapio, imo impleatur iacente hereditate, quia hereditas fungitur vice personæ, *l. cœptam, ff. de vsucap.* vt furore non interrumpatur, licet furiosus desinat possidere, cuius animus aberrat vel exulat, *l. iusto § pen. eod.* vt non interrumpatur etiam captiuitate in rebus peculiaribus, *l. si is qui pro emptore, eod.* vt non interrumpatur vsucapio rei mobilis iunctione in ædificium, quo tamen genere desiit possidere *l. rerum, eod.* proinde, vt non interrumpatur, & interpelletur vsucapio cœpta a debitore, possessionis D translatione in creditorem pignoratitium. Et hoc est, quod dicitur, *debitorem, quantum attinet ad vsucapionem videri possidere, licet omnino non possideat.* Ius fingit omnibus illis casibus, eum, qui rite cœpit possidere, & porro possidere, licet reipsa desierit possidere, vt impleatur vsucapio. Et hæc de creditore. Similiter vero *sequester*, apud quem litigatores rem litigiosam deponunt, vel sua sponte, vel auctoritate iudicis possidet naturaliter, si partes possessionem ei dimiserint, id est, si rem apud eum sequestro deposuerint, non custodiæ causa, sed dimittendæ possessionis causa, vt interea neuter rem possideret *l. interesse, D. eod. l. licet §. rei, depos.* Et iusta quoque ea possessio est cum voluntate partium teneatur. Denique & hæc quoque naturalis possessio suum ius habet, non tamen ius dominii optimum maximum. E Colonus autem & inquilinus & sequester custodiæ causa, & depositarius & commodatarius, & is qui precario rogauit, possident certe naturaliter, id est, rem tenent, quod est proprium verbum naturalis possessionis, habere autem ciuilis: Et hos omnes naturaliter possidere ostendunt lex 7. § *neque, comm. diuid. l. videamus §. possessionem, D. de vsufr. l. 1. §. 1. D. pro hered.* Neque possident sine iure, sine titulo, non tamen titulo dominii adquirendi possident, iusto titulo conducti, vel depositi, vel commodati, vel precarii: non tamen iusto titulo, quo dominia rerum adquiruntur. & præterea ij possident sibi vt fructuarii ius vtendi fruendi: Possident sibi creditor & sequester, cui dimissa est possessio: non possident A sibi, sed domino, ij quibus omnibus eo animo possessio conceditur, vt non sibi possideant, sed domino. Hoc agitur inter eos, hoc conuentioni inest. Ideoque rei depositæ, commodatæ vel locatæ, non tantũ proprietatem retinemus, sed etiam possessionem per eos, quibus cessimus possessionem, ita vt nos soli vere possideamus, aut quod idem est per illos, qui tenent rem naturaliter permissu nostro *l. 1 sup. comm. de vsucap. l. 2. de præscript. trig. annor.* Is autem, qui alium vi deiecit possessione etiam possidet naturaliter, & quidem sibi non alii, & qui deiectus est, desiit possidere, quia deposuit animum possidendi. Quem enim posses habere animum possidendi, dum alium conspicis in possessione inuito te? Animo solo retines possessionem si nemo fundo insistat & incumbat, sed si insistat aliquis per vim, vt posui, quî potes animo retinere possessionem, qui plane abiecisti animum possidendi? Imo etiam desinit possidere is cuius animus labascit suspicione, vt in specie *l. si id quod §. pen. D. eod.* Si me absente aliquis ingressus est possessionem, & reuersus suspicor, ne me repellat: Si quidem ingressus est possessionem fundi mei, & depono animum possidendi: hæc suspicio facit, vt desinam possidere, & consequenter desinit possidere, cuius labascit animus dubitatione aliqua iuris sui aut vacillatione, vt in specie *h. leg.* 10. quæ docet lite contestata aduersus possessorem, eum, licet possideat naturaliter, quod non abcesserit fundo propter litem motam, tamen non possidere ciuiliter vt dominum, quia labascit animus dubitatione iuris sui, cui fit quæstio dominii. Et notandum *l.* 10. loqui de C possessione: Nam hac de re est longa differentia inter possessionem & vsucapionem. Possessio ciuilis interrumpitur litis contestatione, vsucapio non interrumpitur, quia nec superueniente qualibet mala fide, *l. aliam, de nouat. l. si post acceptam, l. si a bona fidei, de rei vindic. l. Iulianus §. quantum, D. ad exhib. l. 2. §. vlt. ff. pro emptore l. 2. ff. pro donat.*

Ac postremo, si maritus donauerit rem vxori, vxor eam rem possidet naturaliter sola, non ciuiliter, quia cum ea donatio fit illicita, non est iusta causa adquirendi dominii, nec iusta præsumptio dominii. Maritus nullo modo possidet, quia abiecit possessionem penitus, & eam transtulit in vxorem. Et hoc ostenditur in *l. 1 §. deijcitur, de vi & vi arm. l. si eum qui, de donat. inter vir. & vxor.* Dices, hæc possessio naturalis, quam possidet, qui vi deiecit dominum a possessione, vel quam possidet vxor, cui vir donauit, est sine vllo iure: Ergo non omnis possessio naturalis ex iure semper aliquid habet: Respondeo, & hos quoque qui possident naturaliter habere iuris aliquid. Qua de causa pupillus non potest alienare possessionem naturalem sine tutoris auctoritate, *l. pupillus, D. de adqu. rer. dom.* & ius quod habet, est, quod tueri possit possessionem suam aduersus quoscunque, etiam non iure inceptam. Excepto eo, a quo iniuste possidet, vt, inquam, eam tueri possit interdictis possessoriis, quod probat *l. 1. §. vlt. ff. vti possid. l. 1. §. qui a me & §. deijcitur, de vi & vi arm. l. 1. §. si vir, ff. de adquir. poss.* Ex iis facile intelligere licebit, quid sit naturalis possessio, & quid ciuilis.

Ad legem I.

Per liberam personam ignoranti quoque adquiri possessionem, & postquam scientia interuenerit, vsucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione vtilitatis, quam iurisprudentia receptum est.

Lex I. auctoritate vtitur *l. solutum §. per liberam, de pig. act. & §. ex iis, Instit. per quas pers.* Et eius sententia hæc est: Per liberam personam, quæ non est in nostra potestate, veluti per procuratorem, tutorem aut curatorem, & addere licet ex Accursio vel per seruum alienum, vt *l. si me in vacuam §. vlt. ff. de adquir. possess.* non tantum scienti mihi possessionem esse traditam procuratori, vel alij

alii meo nomine, sed etiam ignoranti mihi omnium rerum possessionem adquiri, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit meo nomine procuratori, etiam accipienti meo nomine. Quod ideo dico, quia si tradidit procuratori meo nomine, & procurator accepit suo nomine, dominium mihi, possessio procuratori adquiritur, *l. qui mihi, de donat. l. per seruum, §. vlt. D. de adquir. rer. domin.* Sin vero tradidit nomine procuratoris, & procurator acceperit meo nomine, procuratori dominium adquiritur, quod tamen præstare mihi tenebitur actione mandati, possessio mihi, *l. rg. D. de adquir. rer. dom. l. quod meo, D. de adquir. possess. l. 1. sup. de his qui a non domin. manum.* quod si non fuerit dominus qui tradidit rem procuratori meo, hæc lex ait, vsucapionis conditionem inchoari posse, id est, vsucapionem eius rei, postquam sciero procuratori fuisse traditam possessionem meo nomine accipienti, non antequam hoc sciero. Vnde notanda est vna differentia inter vsucapionem & possessionem. Possessio & per hanc dominium adquiritur ignoranti, etiam per liberum hominem, volenti tamen possidere, *l. ea quæ, de adquir. rer. dom.* Voluntas requiritur, non scientia traditæ possessionis: Vsucapio autem non competit ignoranti, *l. possessio §. pen. D. de adqu. poss.* Et cum Neratius in regulis scripsisset, *l. 13. D. de adq. rer. dom.* per procuratorem & tutorem adquiri rerum dominia ignoranti, Paulus ad Neratium notauit in *l. si emptam, de vsucap.* vsucapionem tamen non competere ignoranti, quod & Neratius non ignorauit, *l. si rem, eod.* nisi ex causa peculiari, id est, si quid nomine peculij seruus nanciscatur, id etiam dominus ignorans possidet, & vsucapit. Denique hoc solo casu ignoranti vsucapio competit, id est, ex causa peculiari, quod lex *peregre 44. §. quæsitum, de adquir. poss.* ait esse receptum iure singulari vtilitatis causa, ne domini per singula momenta cogerentur inquirere species & causas peculiorum quæ esset molestia maxima. Et in illo §. *quæsitum*, possessioni etiam addenda est vsucapio, vt dicamus, ex causa peculiari ignoranti possessionem adquiri & vsucapionis conditionem. De possessione non minus dubitabatur, quam de vsucapione, an per seruum domino ignoranti adquireretur, quia in ea re, quam nunc adquirit seruus, non habet iussum domini aut voluntatem, vt procurator qui habet mandatum domini, vel ratihabitionem vt *l. communis §. vlt. ff. de adq. poss. l. si ego ff. de negot. gest.* Tutor autem vel curator habet ius & potestatem in personam pupilli, & consequenter administrationem rerum, vt possit plane per eos, etiam ignoranti adquiri possessio, non etiam inchoari vsucapio, antequam sciuerint quæsitam possessionem, quia vsucapio extra causam peculii ignoranti non procedit. Et eadem ratione vtilitatis, *hac l. 1. & l. 8. hoc t. & Paul. 5. Sent. tit. 2.* receptum esse ait, vt per procuratorem nobis adquiratur possessio, ne scilicet cogamur semper corpore nostro apprehendere possessionem, quæ sane non potest adquiri sine corpore simul & animo, sed id possumus expedire corpore alieno, misso homine, cui tradatur possessio, vt volentibus nobis possidere, & tradita acceptaque possessione nostro nomine, ea adquiratur nobis potius quam vacet, quæ vtique erit vacua, nisi nobis adquiratur, quia neque qui tradidit, possidet, quia dimisit possessionem, neque procurator, cui tradita est, quia non habet animum possidendi rem. Rem enim accepit & tenet meo nomine, non suo. Vacua igitur est possessio nisi nobis adquiratur: Et vtilitas rerum expediendarum hoc exigit, vt nobis adquisita intelligatur, licet regulariter ius non patiatur, vt liber homo nobis adquirat sed is tantum, qui iuri nostro subiectus est. At ab hac regula excepta est possessionis causa, *l. 1. sup. per quas personas, l. traditio §. vlt. de adquir. rer. dom.* id etiam *l. 1.* ait, esse receptum iurisprudentia, id est, auctoritate prudentum quorundam, vt in *l. si rem, D. de vsucap.* ait iam fere conuenire inter iuris auctores, vt possessio adquiri possit per liberam personam: fuit enim controuersum olim, quia pugnat cum regula iuris, hodie est certum ex rescripto Seueri & Antonini, id est, ex hac *l. 1.* Tria sunt, quæ adquiruntur, dominium, possessio, obligatio siue actio. Possessio etiam adquiritur per liberam personam, dominium solum non item, sed per possessionem etiam dominium, si dominus tradiderit libero homini nostro nomine accipienti rem datam nostro nomine. obligatio vel actio nulla nostro nomine adquiritur per liberum hominem, excepta obligatione creditæ pecuniæ. vtilitatis etiam causa excepta est, propter necessarium vsum creditæ pecuniæ, vt constat in credita pecunia singularia pleraque recepta esse, *l. singularia, de reb. cred.* Puta vt mutuum contrahatur, etiamsi non meos nummos acceperis, sed mihi debitos acceperis, vel retinueris, quos ipse debuisti ex alia causa in crediti causam, *d. l. singularia.* Cum regulariter non contrahatur mutuum, nisi fiat de meo tuum, vnde scite comminiscuntur deduci nomen mutui. Item vt mutuum contrahatur, etiamsi neque meos, neque mihi debitos nummos accipias, sed alienos, qui tibi numerentur in crediti causam, & a te accipiantur meo nomine, quo casu placet, vt per liberum hominem suos nummos credentem meo nomine, mihi adquiratur obligatio creditæ pecuniæ, & ex ea causa obligatio pignoris, & consequenter actio si certum petetur, & pignoratitia *l. 2. sup. per quas person. l. certi §. si nummos, ff. de reb. cred.* Vnde adiectum est non semper *in l solut. §. per lib. ff. de pig. act.* non semper per liberam personam adquiri pigneratitiam actionem, non scilicet nisi ex causa crediti ex constitutione Iustiniani, quod ante eam non obtinuerat, licet obtinebat adquiri actionem creditæ pecuniæ per liberum hominem, id est, ex *d. l. 2. SC.* etiam Macedon. constat esse singulare in credita pecunia filiofamilias, quod trahitur etiam ad pecuniam creditam seruo vel conditionario homini, vel colono, *l. vlt. quod cum eo, &c.* Olim etiam id erat singulare in credita pecunia, vt ex causa creditæ pecuniæ valeret constitutum sine stipulatione, quod ex constitutione Iustiniani etiam hodie valet ex omni causa, *l. pen. sup. de const. pec.* Illa autem differentia, quam tradit in *l. 1.* inter vsucapionem & possessionem, vt hæc scienti procedat, illa etiam ignoranti adquirat, noua videri non debet: Sunt enim aliæ pleræque. Mala fides superueniens & incidens interpellat, & interrumpit possessionem, non vsucapionem, *l. bonæ fidei, ff. de adqu. rer. dom.* Item litis contestatione interrumpitur possessio ciuilis, non vsucapio. Amittitur possessio si transferatur in creditorem pignoris iure, vsucapio cœpta a debitore perseuerat, *l. 1. §. per seruum. l. qui pig. ff. de adqu. poss.* Et plerisque aliis modis amittitur possessio vsucapione non cessante, vt vere possis constituere sine possessione vsucapionem posse consistere ex post facto, non ab initio. Item malæ fidei possessorem vsucapere posse quod videtur esse παράδοξον, si cognouerit rem esse alienam post cœptam vsucapionem bona fide, non ab initio. Præterea possessio bonam fidem non exigit: vt adquiratur vsucapio omnino exigit bonam fidem *l. 2. §. separata, ff. pro empt.* Ideoque & scientiam exigit, quia *bona fides* nihil aliud est, quam fides recta, sincera. Nec definienda est simpliciter bona fides, ignoratio rei alienæ, sed potius ignoratio iniustæ possessionis, iniusti tituli, vt bona fide possideo, etiamsi scierim rem esse alienam, quæ mihi vendebatur a non dominis, si modo existimauerim eos ius vendendi habuisse, puta domini procuratores fuisse, aut tutores, qui tamen non habebant. Itaque non iuste possideo, id est, ex iusto titulo, quia tamen id ignoro, bonæ fidei sum possessor, *l. bonæ fidei, ff. de V. S.* Et ita, si bonæ fidei possessor possideat seruum, qui mihi noxam nocuit, & eum mihi dedat in noxam, quia noxali actione bonæ fidei possessor tenetur etiam, ne dum dominus: Si inquam mihi eum dedat scienti alienum esse, bona fide eum possideo, quia possideo ex iusta

causa, id est, ex noxæ deditione, *l. generaliter, ff. de nox. act.* atque ita scientia rei alienæ simpliciter non est mala fides, sed scientia iniustæ causæ, iniustæ possessionis. Et si vis nosse quæ præterea requirantur in vsucapione, vna tantum lex est notanda, *l. vlt. sup. Si quis ignor. rem minor. comp.* bonam fidem requirit, & iustum titulum, quo rerum dominia quæri solent, & tempus legitimum, & vt possederit sine interpellatione, & sine controuersia: Nam etiamsi litis constatione non interrumpatur vsucapio, tamen interrumpitur vi naturali amissa possessione, id est, vsurpatione, *l. naturaliter. ff. de vsucap.* aut vi ciuili veluti lapilli iactu, *l. 5. §. meminisse, D. de noui oper. nunc. l. 7. D. quod vi, aut clam.* aut aliis modis plerisque, de quibus dicemus seqq. titulis, quorum ratione exigimus, vt possederit sine controuersia. Et postremo, vt rei dominus sit maior ætate, id est, 25. annor. quia res pupilli non potest vsucapi *l. bonæ fidei, D. de adqu. rer. dom.* Adolescentis res potuit olim vsucapi: Sed hodie ex oratione D. Seueri, nec adolescentis res vsucapi possunt, quia in ea oratione vel SC. alienationis verbo etiam vsucapio continetur, *l. 3. §. pen. D. de reb. eor. qui sub tut. l. alienationes, D. de V. S.*

Ad legem II.

Minus instructus est, qui te sollicitum reddidit, quasi in vacuam possessionem eius, quod per procuratorem emisti, non sis inductus: cum ipse proponas, te diu in possessione eius fuisse, omniaque vt dominum gessisse: licet enim instrumento non sit comprehensum, quod tibi tradita sit possessio: ipsa tamen rei veritate id consecutus es, si sciente venditore in possessione fuisti.

EX leg. 2. huius tituli id tantum notandum est, adquiri nobis possessionem rei, licet in instrumento emptionis non sit comprehensum, traditam possessionem fuisse si modo emptor sciente venditore vt ait (quia sciẽtia venditoris & patientia consensum imitantur) si modo inquam emptor sciente venditore in possessione fuerit, & omnia gesserit vt dominus rei. Possessio non adquiritur verbo aut scriptura sola, sed re ipsa, facto ipso. Et hoc idem ostendit *l. non idcirco, D. de contrah. empt. l. 2. sup. si quis alt. vel sibi.* Et recte *l. 8. sup. comm. vtr. iudic.* Nihil referre, relinquas an transferas possessionem, *vt in §. interdum, Inst. de rer. diuis.* nihil referre, vtrum tradas an permittas alium rem sibi habere, eamve inferre in domum suam, *vt l. si ego, §. pen. D. de iure dot.* Sed notandum quod hæc lex pen. loquitur de vacua possessione, *vt & l. 3. & 7. hoc tit.* quia si non sit vacua possessio, quam quis se tibi tradere dicit, quî possis habere animum possidendi sine quo possessio nulla adquiritur? aut quî possis habere animum possidendi eam rem, quam cernis occupari ab alio. non imbibit nomen possessorie nisi cui vacua possessio tradita est, *vt l. 2. §. 1. & l. venditor, de act. empt.* Denique possessio non adquiritur, nisi quæ vacua est & libera: & ideo non ex facto, *vt ait glossa l. 2.* proponit fuisse possessionem vacuam, sed ex mero iure, quod non sit adquisitio, nisi liberæ & vacuæ possessionis. addamus, quemadmodum *in hac l.* vacuæ possessionis mentionem fieri diximus non ex facto proposito, sed ex mero iure, quod non nisi vacuæ possessionis adquisitio sit: Ita etiam mentionem fieri possessoris, qui diu in possessione fuit, non ex facto proposito, vt Accursius voluit, sed ex iure, propterea quod agebatur de vsucapione vel præscriptione longi temporis.

Ad legem III. & IV.

L. 3. Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita, corpore quæritur: Quamuis enim sint auctorum sententiæ dissentientes: tamen consultius videtur interim (licet animi plenus non fuisset adfectus) possessionem per traditionem esse quæsitam: alioquin (sicut consultiss. viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adqui.

Lex 4. Licet possessio nudo animo adquiri non possit, tamen solo animo retineri potest. Si ergo prædiorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti: præiudicium tibi ex transmissi temporis iniuria generari non potest.

PErtinent hæ duæ leges ad vnam eandemque quæstionem, & notandum ad vtramque possessionem adquiri corpore & animo, id est, apprehensione naturali, actu, facto & animo adquirendi, siue possessio sit naturalis, siue ciuilis, vtraque vtrumque exigit. Et perperam faciunt, qui ex animo definiunt ciuilem, ex corpre naturalem, cum vtraque vtrumque requirat. Ergo & hæc & illa non adquiritur nisi corpore & animo, id est, nudo animo, vel nudo corpore non adquiritur, vt ait *l. 4.* Et idem est nudus animus & solus animus, sicut nudum pactum & solum pactum, *l. maior, ff. de pign.* Sed adquiritur possessio corpore & animo, animo vtique nostro, corpore, aut nostro, aut alieno, veluti corpore procuratoris, tutoris, vel curatoris, cui tradatur nostro nomine, vel corpore filij, vel serui, vel fructuarii, vel coloni, animo vtique nostro non alieno, vt *l. 3. in princ. & §. saltus, ff. eod.* Animo inquam nostro, quia inuito non adquiritur possessio, ignoranti quidem adquiritur, hoc est verissimum, non tamen inuito. Et ignoranti adquiritur per procuratorem vel seruum alienum ex mandato, aut per seruum aut filium proprium ex causa peculiari, vel ex iussu nostro, imo & ex causa peculiari videtur nobis adquiri possessio, animo alieno, puta filij vel serui. Et ita est scriptum in *d. l. 3. § saltus:* sed & hæc ratio adferri posse videtur, quia specialiter ei non mandauimus vt compararet, quod comparauit, neque id declarauimus nos comparare, & possidere velle. Igitur quæritur mihi possessio corpore & animo alieno, vel filii aut serui: Attamen videri potest & filius & seruus id parare & possidere nobis ex causa peculiari animo nostro, quod ei peculium permiserimus *l. 1. §. item adq. ff. eod.* Et hoc colore etiam defendi potest hoc casu, possessionem nobis adquiri non animo alieno, sed nostro, corpore tamen alieno. videtur etiam in casibus relatis ab Accursio in *l. 1. h. tit.* possessio nobis adquiri solo animo nostro non corpore, quod est contra definitionem initio propositam, de non adquirenda possessione, nisi vtroque concurrente corpore & animo. Et ita scriptum est in *l. quarund. ff. eod.* Illis quibusdam casibus quos collegit Accursius posset videri possessionem adquiri solo animo, vt si iussu meo res quæ posita erat sub oculos meos alii tradatur, vel si in re præsenti consentiamus, puta vt columnæ, quæ propter magnitudinem ponderis moueri non possint, meæ sint. Et quæ fit in re præsenti conuentio non est traditio corporis, quia res loco non mouetur, neque attrectatur a me. Ergo eius rei videor possessionem adquirere, quia vtique eam adquiro animo, solo. Sed dici potest etiam hoc casu hanc ipsam rem, quæ ita geritur, esse veluti corporis traditionem, id est præsentiam & conspectum rei haberi pro traditione corporali, vel oculis quodammodo apprehendi possessionem, velut corpore, sicut si venditor ex turri mihi demonstret vicinum fundum, quem vendidit mihi, & dicat se mihi tradere eius fundi, quem indicat, vacuam possessionem, oculis apprehendo possessionem, & super dicto venditoris, qui demonstratam possessionem se mihi tradere dicit *l. 3. § penult. & l. quod meo. § si vendit. ff. eod.* Sicut hodie fit, vt beneficii Ecclesiastici possessio capiatur præsentibus testibus & inspectione sola turris Ecclesiæ: idemque efficit traditio clauium ædium venditarum, vt ædes intelligantur traditæ corporaliter, si claues tradantur in re præsenti. Idemque efficit ædibus

emptis

emptis appositus insularius, id est, custos, *concierge*. Et in *d. l. quarundam, in fi.* quod omnino non improbabis, si legem perlegas, videtur legendum, *vtrubique*, id est, siue mihi emptori, siue ei, cui iusserim, sit tradita custodia rei, corporis quodam genere possessionem æstimandam esse, id est, non solo animo adquiri possessionem, sed & quodammodo corpore. Idemque quoque efficit depositio, vel illatio rei in domum meam, licet eam non attrectauerim. Idemque traditio instrumenti auctoritatis, quo fretus probo emptori me ius vendendi habere, rem mihi iure quæsitam esse, quam vendo, rem omnino esse meam: tradita res videtur si sit traditum instrumentum auctoritatis, quodam genere corporis: instrumentum instar est rei eius, de qua conscriptum est, vt gleba si apprehendatur, instar habet totius fundi, & habuit olim in rei vindicatione. Et hoc de instrumento est ex B *l. 1. C. de donat.* Idem efficit conductio vel retentio vsusfructus, *l. quisquis, eod.* Quod sic declaro. vsufructuarius ius vtendi fruendi possidet sibi, id est, quasi possidet, fundum proprietario alieno nomine, non suo. non possidet igitur ipse fundum, sed is, cuius nomine possidet. Igitur si is qui sibi fundum possidebat pleno iure tanquam dominus, in eo constituerit habere tantum vsumfructum, dum vult proprietatem fundi transferri in Caium per retentionem vsusfructus, vel conductionem fundi, si eum possideat vt colonus, videtur Caium fecisse possessorem fundi corpore suo, volentem scilicet Caium eundem fundum sibi adquirere. Voluntate ergo & animo Caij, & corpore suo. Vnde ita concludamus, C vt corpore videatur adquisita possessio, non esse necessarium contactum corporis, non esse necessariam attrectationem, & vt Græci dicunt, χρείαν ἐς ἐντῆς σωματικῆς ἀφῆς: Nam & oculis apprehenditur possessio voluntate domini, aut bonæ fidei possessoris, veluti corpore nostro & traditione instrumenti auctoritatis vt dixi. imo & signo imposito rei, vt trabes mihi videntur traditæ, si eas mihi adsignauero, *l. quod si neque, in fi. D. de peric. & comm. rei vend.* Et aliis plerisque modis possessio quæritur si non corpore, saltem veluti corpore, vel quodam corporis genere, & corpore etiam alieno. Restat igitur nullo casu possessionem adquiri solo animo nostro, nullo casu animo alieno: nullo casu solo corpore nostro, vel alieno. Inde vero pendet quæstio *l. 3. an infanti videatur adquisita possessio rei donatæ, quæ ei vacua tradita* D *est?* Et causa dubitandi hæc est, quia infantis non est plenus animi affectus, infantis nulla voluntas est in adquirenda possessione. Corpus solum non sufficit, sed animo opus est adquirendi, affectu, voluntate, διανοίᾳ, & προαιρέσει. Et cum placeat tamen auctoritatis causa per tutorem infanti adquiri possessionem, *l. 1. §. per procuratorem, ff. eod.* consequens est, vt etiam per infantem, cui traditur res de manu in manum, videlicet tutore auctore, vt rectissime Ioann. supplet ad *l. 3.* & suppleri necesse est ex *l. quamuis §. infans, ff. eod.* Alioquin possessio videretur adquiri solo corpore infantis, quod fieri nequit, non magis, quam si quid in manu dormientis ponas, non intelligetur adquisiuisse possessionem. recte comparat dormientem infanti, vt *l. 1. §. adipiscimur, eod.* sed auctoritate tutoris suppletur, quod deest animo infantis. Id- E que ait *§. infans*, receptum esse vtilitatis causa, vt interueniente auctoritate tutoris quodammodo animo infantis videatur adquiri possessio, qui vtique animo præditus est, etiamsi non pleno affectu animi, quia hic defectus ei suppletur & corrigitur auctoritate tutoris: nam alioqui infantis nullus est sensus, nullum iudicium, nullus affectus. & est ridiculus Dynus, dum asserit in hac *l. 3.* infantem solum sine tutoris auctoritate posse adquirere possessionem quarundam rerum, veluti puparum aut imaginum, quibus infantes delectantur, & ita intelligendam esse *l. 3. hoc tit.* vt istas res in quas cadit affectio infantis etiam sine tutoris auctoritate adquirat corpore suo, & puerili illo affectu suo. Prudentius Ioannes ex iure supplet tutoris auctoritatem, vt scilicet per infantem adquiratur possessio tutore auctore: & hoc supplemento tolluntur omnia, quæ obiici possunt huic *l. 3.* alioqui infantis nullus est affectus, nulla voluntas, nullum iudicium. Et scribens etiam de possessione idem D. August. 14. de Trin. *Infans*, inquit, *licet dominus sit omnium, quæ iure eius sunt, nihil possidet mente sopita; quia possessio neque adquiritur, neque retinetur sine animo adquirendi, vel retinendi.* Et quod ait *d. l. 3.* hoc confirmat responso Papiniani, in eo est singularis, neque id responsum reperitur alibi. Ad hæc notandum est, non adquiri quidem possessionem nisi corpore & animo, retineri tamen solo animo, quod est perpetuum in iure, vt si decedam de fundo, atque eundem incultum & squalidum relinquam, non derelinquendi animo, sed forte metus necessitate, si illinc corpore abscedam nullo relicto, vt fit in bellis ciuilibus, quæ est species *l. 4.* animo solo retineo possessionem: vel etiam si ea sit conditio agrorum, vt eis continuo insistere non possim, vt si sint saltus hyberni vel æstiui, vel si sint agri inculti, puta syluæ, & pastiones. horum agrorum possessionem, dum his longe absum, possessionem retineo nudo animo, *d. §. saltus, & l. peregre, in fine, ff. eod.* Quod & de omni agro dici potest, si eo corpore abscedam, non animo *l. 1. §. quod vulgo, D. de vi & vi arm.* Et hinc explicanda species *legis clam. §. qui ad nundinas, D. eod.* Finge: Ad nundinas profectus sum, nemine relicto in fundo meo, retineo possessionem animo solo, & licet me absente aliquis occupauerit possessionem fundi, adhuc tamen possideo solus, vt *l. 3. §. in amittenda, D. eod.* donec reuersus a nundinis intellexero alium occupasse possessionem, & suspicatus fuero me regredientem ad fundum posse ab eo repelli, quia iam depono animum possidendi, & ille incipit clam eum possidere, quod clam ingressus sit in fundum, nimirum me absente: vel incipit vi possidere, si ingredientem me repulerit, ego amitto animum possidendi, mihi labitur animus possidendi, *l. & si nolit, l. si id quod §. vlt. D. eod. l. 1. § siue autem, D. de vi & vi armata.* Quod autem diximus, animo solo retineri possessionem, hoc significamus, eam non amitti corpore solo, nisi & animus amittēdi fuerit. Et hoc est, quod dicitur in *l. 8. ff. eod. l. fere quæcunque, de reg. iur.* possessionem non amitti nisi corpore & animo, id est, si corpore discedam a fundo, me non amittere possessionem, si mihi non fuerit animus derelinquendi fundi, id est, si animo retineam possessionem, atque ita non amitti solo corpore, nisi concurrat & animus. Et ita nihil obstat *d. l. 3. § in amittenda,* quæ dicit possessionem amitti solo animo: nam corpore quidem solo non amittitur, nisi & deponendæ, & derelinquendæ possessionis fuerit animus, quia animo solo retineri potest *l. quamuis saltus, D. eod.* Animo tamen solo amittitur, licet corporaliter e fundo non discedam, sed eum possidere constituam alieno nomine, vt colonus & fructuarius, *l. quod meo, ff. eod.* Si quem fundum possedi vt meum, nunc possideam vt alienum, ex causa vsusfructus vel conductionis, eundem possideo corpore meo alii, sed non mihi. Itaque non possideo, sed is possidet cuius nomine possideo. Atque ita fit, vt animo solo amittam possessionem licet corpore fundo non excesserim. idem fit expeditius si possessionem retinebam animo solo, non corpore meo aut alieno: Nam & hanc amitto solo animo. Igitur non eadem est ratio adquirendæ & amittendæ possessionis. Et comparatio adquirendæ & amittendæ, quæ fit in *d. l. 8. & d. l. fere quibuscunque,* vt articulus, *fere* declarat, quod Harmenopulus in eam rem notat, & eandem interpretationem sequitur Bulgarus, Placentinus, & Ioannes, clauder, quia perpetuum est, non adquiri possessionem nisi corpore & animo; amittitur autem animo solo, licet corpus eidem rei incumbat. Contra vero non amittitur corpore solo, nisi & animum abiecerim possidendi, quia solo animo retineri potest. Atque ita apparet claudere comparationem

illam, nec omnino eandem rationem seruari in amittenda & adquirenda possessione.

Ad legem V.

L. 5. Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione, ad iniquæ venditionis vitium esse prolapsum: præses prouinciæ, inquisita fide veri, dominij tui ius conuelli non sinet.

EX *l. 5.* notanda est regula iuris vetustissima, quæ etiam hodie locum habet, *neminem sibi ipsi, id est, per se solum mutare posse causam possessionis.* Causam possessionis titulum dicimus, quo possidemus, quam mutat in specie *h. l. 5.* qui fundum naturaliter possidet alieno nomine, vt colonus, per quem dominus possidet ciuiliter, Theoph. in §. *possidere, de interd.* si postea constituat eum fundum suo nomine, & pro suo possidere, & vendat eum tanquam suum, quæ illicita venditio est, quia non potuit sibi mutare possessionis causam, & ius dominii non mutat, id est, nihil domino præiudicat, quin etiam, vt Sabinus scripsit lib. *de furtis*, sicut Gellius refert *lib. 11.* ex ea causa furti condemnatum colonum, qui fundo, quem conduxerat vendito, dominum possessione eius interuerterat, cum scilicet nondum abolita esset sententia existimantium, etiam fundi furtum fieri, *l. quam rem, D. de vsuc.* Hodie ex ea causa colonus teneretur non furti, sed ex locato in id, quod interest, & integra est domino rei vindicatio, si emptor rem non vsuceperit, quia non est dubium, quin eum fundum bonæ fidei emptor vsucapere possit, licet eum emerit a malæ fidei venditore, maxime ex *Nouel.* 119. si non ignorante domino emerit. Et miror hoc in hac *l. 5.* Irnerium & Accursium in dubium reuocare: Ioannes nihil de eo dubitabat. Quod autem ex Sabino retuli, colonum, qui fundum alii vendit, dominum possessione interuertere, valde notandum est: Nam ex eo intelligitur, quod licet ius dominii non conuellatur, vt ait *l. 5.* amittatur tamen possessio, quam dominus possidebat per colonum, fundo a colono alii vendito, neque ob id solum amittitur, quod constituerit possidere suo nomine: quia non potuit sibi mutare causam possessionis, sed quod fundum alii vendat, & tradat, id est, alio ingresso fundum, dominus amittit possessionem, non etiam dominium. Et ita in *l. 3. §. quod si seruus, D. eod.* si seruus & colonus decesserint discesserintue: Si decesserint, quod mortem significat, vel discesserint de possessione fundi, animo retineo possessionem, at si alii tradiderint, sic legendum, amitto possessionem, etiamsi hoc ignorem, vt in *l. peregre §. vlt. eod.* In specie igitur huius legis mutat sibi ipse causam possessionis, si id, quod possidebat pro alieno, constituat possidere pro suo. Idem non est dicendum ex contrario, si quis quod possidebat suo nomine, iustoque titulo, id constituat possidere alieno nomine, puta vt colonus, vel fructuarius: Nam hic non mutat sibi causam possessionis, sed desinit possidere. Nec enim idem est possidere, & alieno nomine possidere, nam is possidet, cuius nomine possidetur *l. quod meo, D. eod.* Et præterea hic iniuriam nemini facit, ille facit, dum illud, quod possidebat alieno nomine, incipit possidere suo. Item non mutat etiam sibi causam possessionis, qui dimissa prima possessione & derelicta eiusdem rei, denuo ex alia causa possessionem nanciscitur, sed noua quæ superuenit causa, possessionem quam amiserat, ei restituit, *l. qui bona fide §. vlt. eod.* Item si quod possidebam naturaliter alieno nomine, veluti ex conducti, vel depositi, vel commodati causa, si id a domino emero, vel ab eo donatum accepero, non muto mihi causam possessionis, sed mutat eam mihi quæ extrinsecus accedit causa emptionis vel donationis *l. 3. §. illud quoque, eod.* Et ob id *l. 5.* ait, nulla extrinsecus accedente causa neminem sibi ipsi posse fabricare nouam causam possessionis.

Ad legem VI, VII, & IX.

L. 6. Si nulla ex causa ingressum agrum tuum sine viribus eum cuius meminisli, præses reppererit, nec vlla præscriptione interpellatur petitio: restituere tibi possessionem cum omni causa non dubitabit.

L. 7. Improba possessio firmum titulum possidenti præstare nullum potest. Vnde ingredienti in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino, vel actore, qui eius rei concedendæ potestatem habuit, causam iustam possessionis adipisci non potuisse certum est.

L. 9. Nec ex vera venditione possessionem, quam non fuerat emptor adeptus, improbe retinere potest, ac multo minus is, qui adseueratione falsa velut emptor, cum sine obligatione pignoris pecuniam mutuo dedisset, fundum irrumpens alienum, retinendi iustam causam habet.

EX *l. 6.* cui adiungenda est *l. 7. & 9.* notandum est, aduersus eum, qui ex nulla iusta causa possidet fundum alienum domino dari rei vindicationem cum effectu, per quam ei restituatur possessio, & consequatur etiam omnem causam, id est, fructus & partus, & alias accessiones fundi, *l. 17. §. 1. D. de rei vind.* videlicet si possessor munitus non sit præscriptione 30. ann. quæ datur sine iusta causa possidenti. Male Accurs. in *l. 6.* cum fundum ponit ab eo alii fuisse venditum, quia hoc lex non ponit. Et posito emptore, etiam male idem Accursius ait, eum emptorem teneri vtili interdicto vnde vi, quia nullam vim fecit, aut quid proximum vi. At eum, qui fundum occupauit sine iusta causa forte absente, vel inuito domino, si vi possideat, fateor domino teneri interdicto vnde vi, vel si clam interdicto de clandestina possessione. *l. 7. §. Iul. com. diu.* Vtrumque interdictum restituit possessionem. emptorem si quis ab eo emerit, nego teneri his interdictis, quia nec vi, nec clam fecit quidquam. Et huic *l. 6.* est affinis *l. 7.* quæ definit, eum sine iusta & firma causa fundum possidere, qui fundum ingressus est non consentiente domino, vel procuratore, aut tutore, vel actore fundi, siue villico, qui eius rei concedendæ potestatem habet; quia scilicet mala fide possidet, & vt ait *l. 7.* improba possessio, id est, malæ fidei possessio firmum titulum præstare non potest: quod vtique verum est, etiamsi reuera venditio interuenerit, & ex ea causa vt emptor ingressus sit fundum, eumque teneat sine voluntate domini, quia vitiosa, improba & malæ fidei hæc possessio est, quæ etiam verum titulum corrumpit & vitiat. At quæro, quid si emptor pretium numerauit, deinde ingressus sit fundum sine voluntate venditoris, an fundum possideat mala fide, & cum vitio? quod non videtur ex *l. nemo prædo, D. de reg. iur.* in iure prædo non est tantum qui vi possidet, sed quicunque mala fide, *l. non solum, 13. de nox act.* Ergo secundum illam regulam non videtur possidere mala fide cui pretium rei abest, quam possidet. Contra puto, quia non est tradita possessio voluntate venditoris. denique vt non sit prædo, qui pretium numerauit, etiam requiro, vt tradita ei res sit sine vitio, id est, consentiente venditore. Et quamuis vbi res est mobilis, quia rei immobilis furtum non fit, emptor, qui post solutum pretium, rem surripuit, non teneatur furti venditori, quia nihil interest venditoris, qui iam pretium accepit, *l. eum qui §. adeo D. de furt.* Tamen non ideo minus mala fide possidet, si ingressus sit possessionem furtim sine voluntate domini. Nam vt rectissime ait Glos. in *l. 9. h. t.* quæ hoc, quod dixi comprobat simul atque *l. ex stipul. D. eod.* Hæc duo sunt diuersa, mala fide possidere, & furtum rei facere, non contraria. Nam est differentia Dialecticorum inter contraria & diuersa. Contraria se mutuo impugnant, diuersa distinctam rationem habent. Quare perite glossa ait, illa esse diuersa, non contraria, quia non omnis, qui

qui fur non est, vel qui furti non tenetur, est bonæ fidei possessor. Non etiam is tantum est malæ fidei possessor, qui fur est. Idem dicendum opinor, si quis sciens rem alienum emerit, & occupauerit possessionem sine voluntate venditoris aut domini: Nam & hic, licet precium numerarit, malæ fidei possessor est, quod vitiose rem possideat. Et illa regula, *nemo prædo est, &c.* quæ ducitur ex *l. 13. §. si quis sciens, D. de pet. hered.* de eo intelligenda est, qui sine vitio in possessione est, vt si pretium numerarit, non videatur rem mala fide possidere, licet sciens alienam emerit, quia non omnis scientia rei alienæ est mala fides, *l. generaliter, de nox. act. l. bonæ fidei, D. de V. S.* sed scientia iniusti tituli. Et iniustus non est titulus emptoris, qui pretium numerauit, cui pro re abest pretium, quanti res digna est, licet emerit rem sciens esse alienam. Et ita Vlpiano videtur in *d. §. si quis sciens.* Qui tamen refert alios quosdam aliud arbitrari, nempe prædonem esse eum, qui pretium numerauit, si sciens emerit rem alienam: & ex iis fuit Iulianus, vt apparet ex *l. non solum §. 1. D. de vsucap.* qui duo loci sine calumnia & crimine iuris reconciliari non possunt, cum & Vlpianus dicat quosdam aliud arbitrari, quia id ipse arbitretur.

Ad legem vltimam.

Lex vltima. Ex libris Sabinianis quæstionem in diuinas nostri numinis aures relatam tollentes, definimus, vt siue seruus, siue procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit, vel alij prodiderit, desidia forte vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat, sed ipse si liberæ conditionis est, competentibus actionibus subiugetur, omni iactura ab eo restituenda domino rei vel ei, circa quem negligenter vel dolose versatus est. Sin autem nec dum sub manibus procuratoris, vel coloni, vel inquilini, vel serui possessio facta est, sed ipse eam accipere desidia vel dolo supersedit: tunc & ipse qui eum transmisit, ex mala sua electione præiudicium, circa eam possessionem patiatur. ex memoratarum personarum vel machinatione vel negligentia accedens. Hoc etenim tantum sancimus, vt dominus nullo modo aliquod discrimen sustineat ab his, quos transmiserit: non vt etiam lucrum sibi per eos aliquid adquirat: cum & antiqua regula iuris, quæ definiuit deteriorem conditionem per seruum domino nullo modo fieri, tunc locum habeat, cum dominus de damno periclitetur, non cum sic lucrum per seruum adquiri desiderat. Salua videlicet in hoc casu domino rei, vel ei, qui ad eam detinendam præfatas transmiserit personas, aduersus eas omni actione (si [illegible] ea ex legibus ei competit) seruata.

Lex vltima dirimit controuersiam vnam, quæ fuit inter Sabinianos & Proculianos circa istam speciem. Colonus per quem possidebam fundum discessit e fundo animo deserendæ possessionis, non etiam fundum alii tradidit, quo casu possessionem amitterem vt antea dixi, sed tantum discessit e fundo sponte sua, non expulsus, animo derelinquendæ possessionis, quæritur an dominus possessionem amittat, quam nondum alius est ingressus, vel quam ipse nondum neglexit? Proculus dicebat, facto coloni dominum non amittere possessionem, & exstat Proculi sententia in *l. cum quis, D. de dolo.* Sabinus autem existimabat, dominum amittere possessionem, si colonus fundo discessit. Et ideo Pomponius scribens ad Sabinum in *l. si colonus, D. eod.* ait: *Si colonus non animo deserendæ possessionis exierit de fundo, eundem fundum dominum possidere,* id est, non interpellari possessionem. cur si non animo deserendæ possessionis? quia si animo deserendæ possessionis Sabinus putauit, dominum possessionem amittere, vt apparet ex *l. si de eo fundo §. 1. D. eod.* quæ est Africani, Africanus Sabinianus est, cum sit discipulus Iuliani, qui Sabinianus proculdubio fuit: in qua lege manifesto fit differentia inter colonum qui discessit, & colonum qui decessit: Nam si colonus vita decesserit, dominus non amittit possessionem: vt morte mea non interpellatur possessio, etsi nondum adita sit hereditas *l. cæptam l. iusto §. nondum, D. de vsucap.* ita nec morte coloni mei. Et in hoc consentiebant omnes, vt decedente colono non amitteretur possessio. at discedente colono a possessione Sabinus existimabat protinus amitti possessionem. Iustinianus hanc controuersiam dirimit *in hac l. vlt.* & pronunciat pro Proculianis, vt nihil intersit, decesserit an discesserit colonus, id est, vt neutro casu amittat dominus possessionem, vt etiam est definite scriptum in *l. 3. §. quod si seruus, D. eod.* Et quæ de colono diximus, eadem obtinent in procuratore, tutore, curatore, actore, fructuario, depositario, commodatario, per quem fundum possidemus, vt non interpelletur possessio nostra, sed perseueret, siue illi discesserint siue decesserint interim, dum ab alio possessio non arripitur, quia non est æquum, vt dolus earum personarum vel culpa damnum nobis inferat possessionis. Loquimur de iis, qui discedunt, qui deserunt possessionem, & produnt cuilibet volenti ingredi, licet nondum exsistat quisquam, qui ingrediatur: Non loquimur de iis personis, quæ missæ possessionis apprehendendæ causa eam non apprehendunt: Nam hoc casu sane non adquiro possessionem. Denique per eos fieri potest, vt non adquiram possessionem corpore eorum, non etiam vt eam amittam, quam meo nomine tenebant. Et ita, cum de damno quæritur, id est, de amittenda possessione, dolus coloni vel negligentia, vel culpa domino nihil nocet. Cum autem de lucro quæritur, id est, de adquirenda possessione, dolus coloni, vel culpa, dolus serui, vel culpa, (nam & id in seruo locum habet) dolus procuratoris vel culpa & aliarum personarum nocet domino, vt in *l. bona fide §. 1. D. ad Vell.* Et hac distinctione inter damnum & lucrum etiam vtitur hæc *l. vlt.* quæ ostendit eandem distinctionem adhiberi debere ad regulam iuris in *l. melior, D. de reg. iur.* Quæ vult seruum conditionem domini etiam ignorantis meliorem facere posse, non etiam deteriorem, si de damno agatur: Nam si de lucro agatur, potest domini conditionem facere deteriorem, vt si nolit apprehendere possessionē rei, quam dominus iubet apprehendere. Et vno tantum casu inuenio etiam in damno, per seruum domini conditionem deteriorem fieri, puta si seruus alii noxam fecerit, qua ex re maxime si dominus soluendo non sit, id est, si de suo non potest sarcire noxam & damnum a seruo illatum, damnum ipsi domino infertur, id est, amittit ipsum seruum, quia cogitur eum noxæ dedere. Et in hoc casu tantum dolus serui & culpa domino damno & fraudi esse potest, vt *l. 1. §. quod ergo, de vi & vi armata.*

AD TITVLVM XXXIII.

De præscriptione longi temporis.

Qvædam sunt res, quæ etiamsi vsucapi non possint, longi temporis præscriptione adquiri possunt. Huiusmodi olim erant prædia prouincialia, sed hodie etiam vsucapi possunt, ex constit. Iust. in tit. *de vsucap. transform.* Huiusmodi etiam sunt hodie prædia superficiaria, itemque vectigalia, id est, emphyteuticaria: Nam si a non domino prædium accepero, vt in eo haberem ius superficii, vel ius emphyteuseos, quod quidem ius tribuit actionem in rem vt *l. superficiario, de rei vind. l. 1. §. 1. D. si ag. vect. pet.* ius illud vsucapere non possum, cum sit incorporale, sed tamen longi temporis vsu & quasi possessione longa adquirere possum *l. cum sponsus, §. in vectig. D. de Publ. in rem act. l. si finita §. sed in vectigalib. D. de*

damn.inf. Huiusmodi etiam sunt seruitutes prædiorum, quoniam earum vsucapioni lex Scribonia obstat *l. 4. §. pen.de vsucap.* Adquiri tamen possunt præscriptione longi temporis, *l.si quis diuturno, D. si seruit. vind.* & *l.apparet, §.pen.D.de itin.act.priu.l.vlt.in fi.hoc tit.* Et vt alias etiam differentias exequamur, quæ sunt inter vsucapionem & longi temporis præscriptionem: Vsucapione dominium adquiritur, non præscriptione aut possessione longi temporis. Vsucapio parit actionem in rem directam; possessio longi temporis exceptionem tantum, & inde præscriptionis nomen: Nam præscriptio & exceptio idem est, & in h. t. de præscr. long. temporis, id est, de adquirenda exceptione longi temporis, quæ est exceptio peremptoria, ideoque non est necesse eam opponi statim initio litis, quia satis est si contestetur, id est, si is vnde petitur testetur se eam exceptionem habere *l.9.h.t. l. 8.sup.de excep.l.2.inf.sent.resc.non poss.* Et hoc distant peremptoriæ exceptiones a dilatoriis, quod dilatoriæ, vt præscriptio fori, aut exceptio procuratoria, non satis est, si contestentur initio, id est, si qui eas habet, testetur se habere, & se iis quandoque vsurum, cum animo sederit. non hoc satis est: sed statim in initio & limine quæstionis opponendæ sunt, & post litem contestatam serius opponuntur *l. exceptionem sup. de prob. l. vlt. C. de except.* Cum tamen peremptoriæ exceptiones quandocunque ante sententiam opponi possint: Et satis sit si initio fuerint contestatæ nec oppositæ, siue additę formulæ actionis, vt in dandis actionibus solebat prætor obiectas adiungere. Denique præscriptio longi temporis quandocunque ante sententiam opponi potest. Et sufficit si initio reus qui conuenitur ante protestatus fuerit, vt in *l.9.h.t.* Et hanc quidem exceptionē parit possessio longi temporis, cuius ope possessor retinebit possessionem, & repellet omnino actorem si eam probauerit, id est, se diu possedisse, & perimet litem, vnde *peremptoria* dicitur. Et olim quidem ex possessione longi temporis non dabatur nisi exceptio siue retentio, per exceptionem longæ possessionis. Sed postea placuit, vt cui adquisita esset longi temporis præscriptio, ei daretur vtilis actio in rem, forte amissa possessione vt in *l.pen.inf.de præscr.30.ann.* Quam actionem etiam illa lex ait, *veteres leges dedisse*, puta *d.l. si quis diuturno, & l.1.§.vlt. D.de aqua plun.* vt hac ratione quod ex longa possessione paretur, non tantū exceptio, sed etiam vtilis vindicatio rei, possimus dicere, longam possessionem non minus prępstare securitatem possessori, quam vsucapionem *l.7.sup.de comm.rer.alien.* Sed adnotemus alias differētias. In rebus mobilibus vel se mouentibus, puta in seruis, in animalibus cessat longi temporis præscriptio, sed in iis vbique gentium, & in Italia, & in prouinciis, vt semper obtinuit, locum habet vsucapio, vt in *d.tit.de vsuc.transf.* & *d. l.2.tit.seq.* Cum ait, *in lite proprietatis seruorum, quæ dicitur lis dominij, & pet.dominij* in *l.5.h.t.* id est, proprietatis: In ea, inquam, cum locum habeat vsucapio, superfluo perueniri ad præscriptionem longi temporis, cum vsucapio sit breuioris tēporis, nempe anni ex iure veteri, hodie triennii. Cæterum ab hac definitione excipio seruos rusticos, qui prædiis adhærēt, quia inter res immobiles numerātur, ideoque in iis non minus, quam in prædiis locus est præscriptioni longi tēporis, *l.3.D.de diuersis & temp.præscr.* vt idem iuris sit in parte, quod in toto, vt in *l. 3.pro derelicto*, quia mancipia rustica pars ruris sunt & fundi. Et vt ait Iulianus *in Nou. 7.* sunt veluti membra rerum immobilium, ergo partes. Obstat tamen lex *rescriptis, D.de diuers.& temp.præscript.* quæ vexat ingenia multorum, dum ait, *quibusdam rescriptis D. M. Antonini caueri, vt in rebus mobilibus locus sit præscriptioni diutinæ possessionis.* Non dicit *in mācipiis prædiorum, sed generaliter in rebus mobilibus*, quod pugnat cum *l.2.tit.seq.* Nec verum esse potest vllo modo, nisi in mancipiis rusticis, quæ pro rebus immmobilibus habentur. Et magna est quæstio in foro, quæ res mobiles vel immobiles sint propter societatē, quæ contrahitur moribus inter virum & vxorem, rerum scilicet mobilium: Vnde multum interest scire, quæ res sint mobiles & immobiles. Et pleræque res sua natura mobiles rerum immobilium iure censentur ex accidenti, vt mancipia rustica, in quibus ea ratione locus est præscriptioni longi temporis, non in omnibus rebus mobilibus, & sane constans non est scriptura *d.l.rescrip.* Flor. & Basil. habent *in rebus mobilibus.* vulgo scriptum est *in rebus soli*, quæ scriptura si accipiatur, nullus est labor, aut soluti sumus omni labore. Alij habent *in reb. soli immobilibus.* Vnde arbitror ea rescripta Antonini pertinuisse ad prædia prouincialia, & ita accipiendam esse *d. l.* & referendam esse ad agros prouinciales, qui vsucapi non poterant, sed Antoninus rescriptis cauerat, etiam in rebus soli immobilibus præscriptioni longi temporis locum esse, vt sic vsucapioni locus non esset, & scripserat *in rebus soli prouincialis immobilibus*, sed verbum *prouincialis* sustulit Tribonianus, quia sublata est locorum differentia: aut sane si nolis retinere verbum *soli*, omnino legendum est, *in rebus immobilibus*, quod mendum etiam *in Bas. ad l.2.sup. de seru.& aqua*, quæ ait, *seruitutem tempore adquiri exemplo immobilium*, quod est verissimum, quia rebus immobilibus seruitutes hærent vt *l.pen.D.eod.* Et tamen Eustathius *in lib.de temp.* & auctor. Basil. legunt, *exemplo mobilium*, quod ferri non potest, non magis, quam vt legas in *d.l.rescriptis, mobilibus.* Igitur vel vt vulgo, legas *rebus soli*, aut quæ vetus est lectio, *in rebus soli immobilibus*, quæ mihi ex eo magis placet, quod prodat flagitium Triboniani, qui non declarauit, cuius soli, quia Iustin. *soli Italici & soli prouincialis differentias sustulerat.* Est etiam aliud discrimen inter vsucapionem, & præscriptionem. Vsucapio litis contestatione non interrumpitur, quod & probaui in *l.10.sup.t.prox.* imo pendente lite peragitur, & perficitur, & est efficax si forte lis omittatur, aut possessor absoluatur. sed si possessor condemnetur, redditur inefficax officio iudicis, quia cogitur rem non restituere, cum desierit esse actoris per vsucapionem, sed actori tradere, quia ipse pendente lite vsucapione factus est dominus rei, quam æquum est ei tradi possessore condemnato quod res eius fuerit initio litis, cum nondum completa esset vsucapio *l. si post acceptum, de rei vin. l. sicuti. §. sed si quæratur. D. si seru. vind.* Possessio autem siue præscriptio longi temporis litis contestatione interrumpitur, vt nec mora litis proficiat ad complendam præscriptionem longi temporis, vt & omissa lite intelligatur interrupta possessio longi temporis, nec prosit quidquam ei, qui ante litem motam eam non adimpleuerat, *l.1. 2. & 10.h.t.l.mora litis, sup.de rei vin.* Et ratio differentiæ inter vsucapionē & præscriptionem longi temporis hæc est, quia vsucapio significat ius, quod vtique per se procedit, etsi non possideat is, qui cœpit vsucapere. Possessio longi temporis est facti, quod factū, si non continuetur & inquietetur, si lite contestata interpelletur, nec procedere potest præscriptio longi temporis. Et explicanda nobis est species *l.1.h.t.* quæ talis est: Post litē possessori motam de fundo, quē possidebat, (quæ res eum malæ fidei possess. facit, vt & desinat possidere ciuiliter *l.10.sup.t.prox.* Post motam, inquam, litem & mox *omissam*, is fundum vendidit bonæ fidei emptori, qui eum 20. annis possedit sine interpellatione; an tutus est emptor exceptione longi tēporis, id est, *an nocet ei mala fides venditoris?* Et sane verius est tutū eum esse, quia mala fides vēditoris ei non nocet, si ipse non vtatur accessione tēporis, quo venditor possedit, sed ex sua persona tantū sumat præscriptionem longi temporis, *l.an vitium, D. de diuer.& temp.præsc. & l.apud Cels.§.de auct.D. de dol.exc.* Et hoc est, quod Paulus ait *5. Sent. tit. 2.* quod sumpsit ex hac lege, vt opinor, idem omnino exprimens, & statuens, quod hæc *l. 1.* & vtens iisdem fere verbis: *si post motam intra tempora quæstionem res ad nouum dominum*, id est, possessorem, vt in *l. 1.* dominus, id est, possessor, *emptione transierit, nec ille per 20. annos inquietatus fuerit*, quibus scilicet possedit ex

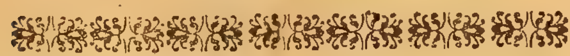
sua persona, *auelli ei possessionem non oportet*; sed hoc ita demum procedit *ex Nou.* 119. si non ignorante domino emerit a malæ fidei venditore. Nam si emerit ignorante domino, vitium ei nocet, ne adquirat possess. longi temporis, puta 20. annor. & sunt ei necessarii 30. anni, quibus rem possederit sine interpellatione. Et addit hæc *l. in fi. quod etiam in Repub. obseruare oportet,* quod reiecta glossa Accurs. interpretandum est ex alia sententia Pauli *eod. tit.* vt aduersus Rempub. bonæ fidei emptori in eadem specie qui emit a malæ fidei venditore, prosit 20. annor. præscriptio. Verba Pauli hæc sunt: *Viginti annor. præscriptio etiam aduersus Remp. prodest ei, qui iustum initium possessionis habuit, nec medio tempore interpellatus fuit.* Quæ verba Pauli sunt tibi pro glossa huius versic. *quod etiam:* Nam opinor, & hanc & illam sententiam Paulum sumpsisse ex *h. l.* 1. At, quæ est alia pars *h. l.* 1. si is, cui mota est lis de fundo, & mox omissa, postea 20. annis fundũ possederit, an habeat præscriptionem longi temporis? minime, quia mala fide possedit, & malæ fidei possessori hæc præscriptio non opitulatur, sed præscriptio 30. annorũ. Hoc vero videtur pugnare cum constitutione Iustiniani in tit. *de vsuc. transf.* in qua ostendit vt in vsucapione, ita in præscriptione longi temporis satis esse, si quis ab initio bona fide rem possedit: malam fidẽ superuenientem, nec præscriptionem siue possess. longi temporis, nec vsucapionem interrũpere, si ab initio, vt dixi, bona fide possederit. Sed addendum est vt respondeamus, si bona fide ab initio possederit, nec lite mota interpellatus fuerit: Nec enim omnis mala fides superueniens interrumpit præscriptionẽ longi temporis, vt vult Iustin. illo loco, sed illa tantum, quæ litis contestatione inducitur, eoque, vt posui ante, maxime possessio longi temporis distat ab vsucapione: Nam vsucapio litis contestatione non interrumpitur, imo suspensa lite perficitur, dum agitur negotium proprietatis in iudicio. Fuit etiam olim differentia in tempore inter vsucapionem, & præscriptionem longi temporis: Nam rerum immobilium aut seruitutum prædialium, quæ etiam pro immobilibus habetur, vsucapio fuit biennii, præscriptio longi temporis, quæ definitur esse 10. inter præsentes & 20. inter absentes, apud Paulum *d. l. sentent. t. 2. & l. 9. l. pen. h. t. l. pen. inf. quib. non obiic. l. vlt. sup. si quis ign. &c. l. si cum §. Aristo, ff. qui & a quib. manum.* Quod etiam dicitur diutinum & diuturnum tempus, diuturna possessio. Hodie tamen etiam vsucapio rerum immobilium, vel seruitutũ prædialium est longi temporis vsucapio. Nec vlla igitur in tempore est differentia inter vsucapionem & præscriptionem. Illud etiam est cõmune vtriusque, vt vtraque exigat bonam fidem, & iustum verumque titulum *l. 5. 6. 8 h. t.* & vt iure tantum successionis nudæ, quod notandum ex *l. 4. h. t.* longa possessio non prosit successori, puta heredi, aut bonor. possessori, si rem alienam inuentam in hereditate diu possederit vt hereditariam, videl. si defunctus eam mala fide possederit, vel sine iusto, & vero titulo, quia vitium defuncti nocet heredi *l. 1. & 4. sup. de vsuc. pro hered. l. 3. sup. comm. de vsuc.* Et hoc distat successor iuris a successore rei, puta emptore: Nam emptori non nocet vitium venditoris. recte dixi emptori: nam donatario nocet vitium donatoris, quia rem habet ex causa lucratiua. ac similiter legatario vitium defuncti, *d. l. apud Cels. §. si quis, D. de doli except.* vt sit in hac re differentia inter causam lucratiuam, & non lucratiuam. Qui rem habet ex causa lucratiua, puta legati aut donationis, ei vitium sui auctoris obest, siue redundat in eum. qui ex causa non lucratiua, veluti emptor, qui pretio rem suam fecit, ei vitium, siue dolus auctoris sui non nocet. Et videtur etiam (quantum colligo ex constitutione *tit. de vsuc. transf. in fi. & ex l. pen. h. t.*) in quæstione de accessione possessionis fuisse differentia inter causam lucratiuã, & non lucratiuam, nimirum hæc: vt qui ex causa non lucratiua rem habet, puta ex emptione, possit vti accessione temporis, quo venditor possedit, id est, tempus possessionis venditoris coniungere possessioni suæ, atque ita complere & conficere legitimum tempus. An autem is, qui ex causa lucratiua rem habet, possit ex persona auctoris sui vti accessione temporis, ad vsucapionem vel præscriptionem, arbitror fuisse controuersum, licet in causa lucratiua idem admittat lex Pomponius §. *pen. de adqu. possess.* sed hoc definiuit Iustinianus in *l. vlt. hoc tit.* vt qui ex causa lucratiua rem habet, vtatur accessione temporis, quo possedit auctor suus.

Ad legem vltimam.

L. vlt. Cum in longi temporis præscriptione tres emergerẽt veteribus ambiguitates: prima propter res vbi positæ sunt: secunda propter personas, siue vtriusque, siue alterutrius præsentiam exigimus, & tertia, si in eadem prouincia, vel in eadem ciuitate debent esse personæ, tam petentis, quam possidentis, & res pro quibus certatur: omnes eas præsentis legis amplectimur definitione, vt nihil citra eã relinquatur. Sancimus itaque debere in eiusmodi specie vtriusque personæ, tam petentis, quam possidentis spectari domiciliũ: vt tam is, qui dominij vel hypothecæ quæstionem inducit, quam is, qui res possidet, domicilium habeat in vno loco, id est, in vna prouincia: hoc etenim magis nobis eligendum videtur, vt non in ciuitate concludatur domicilium, sed magis prouincia: & si vterque domicilium in eadem habeat prouincia, causam inter præsentes esse videri, & decennij magis præscriptione agentem excludi. De rebus autem de quibus dubitatio est, nulla erit differentia siue in eadem prouincia sint, siue in vicina, vel trans mare positæ, vel longo spatio separatæ. Sin autem non in eadem prouincia vterque domicilium habeat, sed alter in alia, alius in altera: tunc vt inter absentes causam disceptari, & locum esse viginti annorum exceptioni. Nihil enim prohibet, siue in eadem prouincia res constitutæ sint: siue in alia super his controuersiam iudicio prouinciali moueri, & multo magis in hac florentissima ciuitate, &c.

IN hoc tit. restat hæc quæstio, qui dicantur *præsentes & absentes:* Nam longi temporis præscriptio inter præsentes continuo decennii, inter absentes continuo 20. spatio comprehenditur, & præsens adquirit præscriptionem decennii aduersus præsentem dominum, vel creditorem hypothecarium, absens vero præscriptionem vicennii aduersus dominum etiam, aut creditorem hypothecarium. Et Iustinian. in *l. vlt. h. t.* definit, *præsentes esse eos, qui in eadem prouincia domicilium habent,* vt domicilium hoc casu non concludatur in vna ciuitate, vel vno municipio, sed latius in vna prouincia. Et *in prouincia* dicitur *domicilium habere*, qui in ea sedem & rerũ suarum omnium rationem collocauit, vt *l. in lege censoria, de verb. sign. l. si eum seruum, D. de fideic. libert. l. ciues, ℑ. de incolis.* In ea prouincia dicitur quis domicilium habere, in qua sedem posuit, laremque, & summã rerum suarum. Quid ergo si quis in diuersis prouinciis domicilium habeat? nã posse fieri vt quis in diuersis prouinciis domicilium habeat ostendit *l. Labeo, & l. adsumptio D. ad municip.* & sane qui in diuersis prouinciis domicilium habet, etiam in omnibus iis pro præsente habebitur, vt domus siue domicilium eius, præsentia eius sit; licet in ea ipse non moretur semper. Quid præterea dicemus si quis sine domicilio sit? Quid fieri possit ostẽdit *l. eius §. Celsus, D. eod.* vt si quis relicto suo domicilio nauiget vel iter faciat, quærens quo se conferat, & vbi cõsistat. Hic sane est sine domicilio vagus & errans, ἀοικος, ἀνέστιος, animo tantum retinens possess. rei alienæ quã constat retineri solo animo, vel suæ rei possess. negligens. Et Ioan. ait, hunc erronem vbique locorum, vbique gentium pro præsente haberi, vt qui certam & stabilẽ sedem non habent, vbique intelligantur habere sedem, & totius mundi ciues & incolæ, vt de Socrate dicitur, qui *se mundanum esse* dicebat. Ad hæc quæritur, *quid sit dicendum, si possessor rei alienæ aut dominus, aut etiam creditor hypothecarius, quibusdam annis sit præsens, quibusdam absens: finge præsentem fuisse*

octo annis, absente biennio, an decennio quæratur præscriptio longi temporis? Qua de re nuper me consulebat quidam ex Lutetia, & similiter scribebat magnam ea de re fuisse controuersiam inter patronos fori, quod miror, cum definita sit hæc quæstio in *Nou.119.cap.8.* Cuius sententia etiam inserta est in h. t. in authentica *Quod si quis, &c.* Et definitio hæc est, vt quantum temporis occupauit absentia, tantum temporis post decennium præsens sit, vt adquirat præscriptionem longi temporis, puta si præsens octo annis fuerit, absens duobus, vt post decennium adhuc exspectet biennium. Præterea Iustinianus definit etiam in hac l. vlt. an rei præsentia sit necessaria, id est, *an necesse sit rem quæ possidetur esse in eadem prouincia.* Et statuit sufficere præsentiam personarum, nec requiri præsentiam rei, quia quælibet res potest vbique vindicari, vel dominii iure, vel hypothecæ. Non igitur tantum eo loci vindicari potest, quo & sita est, sed etiam alibi & quocumque alio loco, vt in *l. 10. D. de rei vind. l. vlt sup. vbi in rem actio.* modo possessor conueniatur, vbi domicilium habet, quia sequitur quisque forum domicilii sui, & actor forum rei, ex regulis iuris. Et eleganter ait Iustinianus in h. *l. vlt. actiones, quoniam sunt res incorporales, vt est certissimum, vbique suum effectum corporalem ostendere;* facile res incorporalis vbique suum effectum habet, quæ loco certo non coercetur. Sed quomodo rei incorporalis actio habet effectum corporalem, *effectum in corpore.* vt vsusfructus qui est res incorporalis, dicitur esse ius in corpore, ita actio est ius in corpore, nimirum ius persequendi corporis. Denique effectus rei incorporalis exercetur in re corporali. Et hoc est quod ait, *rei incorporalis effectum esse corporalem vbique locorum,* id est, agi etiam alibi posse, quam quo situm est corpus, de quo agitur. Præterea addit Iustinianus in h. *l. vlt. in adquirenda præscriptione longi temporis, non esse spectandum, dominus sciuerit, vel ignorauerit rem suam possideri ab alio, quoniam vtrobique procedit præscriptio longi temporis.* Et hac distinctione, dominus sciuerit, an ignorauerit, vtimur tantum vno casu a me inculcato sæpius ex *Nouella 119.* si quis a malæ fidei possessore rem bona fide acceperit, vt si hoc fecerit sciente domino, locum habeat præscriptio longi temporis, si hoc ignorante domino, cesset præscriptio longi temporis, & sit ei necessaria præscriptio 30. annorum ne inquietetur a domino.



AD TITVLVM XXXIV.

In quibus caussis cessat longi temporis præscriptio.

Docet primum longi temporis præscriptionem cessare, si dominus agat rei vindicatione aduersus colonum, qui ab eo fundum conduxit: Nam colonus petentē dominum longa temporis præscriptione nullo modo repellere potest, cui initio fundum possedit non sibi, vt *l. 1. sup. comm. de vsuc. l. 1. de præsc. 30. ann. l. 1 h. t.* In specie huius *l. 1.* ponitur, *colonum per illius nouercam, cuius fundum conduxerat, vt nouercæ solent priuignis pertinaciter esse infensæ, & vt Euripides ait,* προγόνοις δ' ἀμαρῆς δυσμενεῖς αἰεί ποτε. *per nouercam igitur subtraxisse instrumenta, quibus dominus siue locator fundi probare potuit dominium fundi ad se pertinere,* id est instrumenta locationis, vt Græci interpretes, συμβόλαια τῆς μισθώσεως, & instrumenta, quibus apparet colonum soluisse mercedem fundi nomine, quæ instrumenta dicuntur antapochæ in libris nostris, vt *l. plures, sup. de fide inst.* Atque ita ponitur, *colonum subtractis instrumentis fundum suo nomine possedisse:* quod nequaquam potuit, quia nec potuit sibi ipsi mutare caussam possessionis, id est, sibi ipse adfingere nouam caussam possessionis *l. cum nemo, sup. de adquir. possess.* Atque ita vindicanti domino nulla temporalis præscriptio oberit, quam ei obiiciat colonus siue conductor fundi. Item cessat longi temporis præscriptio, si res possit vsucapi: Nam vbi vsucapioni locus est, superuacua est præscriptio longi temporis, id est, *non necessaria.* Cessat etiam longi temporis præscriptio si agatur personali actione, quod notandum est, vel etiam actione mista, id est, *reali & personali.* Nam mista actio personalis est & perpetua, vt non possit tolli præscriptione longi temporis. Mixta, veluti petitio hereditatis, familiæ erciscundæ, communi diuidundo vt *l. 3. & 4. hoc tit. l. hereditatis, sup. de petit. hered. l. 8 sup. de iure delib.* Item præscriptio longi temporis pertinet ad actiones in rem, quæ sunt de proprietate rei, non ad actiones in personam quæ sunt de debito rei, de obligatione, quoniam fere omnes actiones in personam sunt perpetuæ, id est, *durant 30. annis,* nec perimuntur longo tempore. Et si quæras rationem differentiæ, *cur actio in rem longo tempore perimatur, non actio in personam, petitio dominij, non petitio eius, quod debetur?* dicam, non tam longum tempus perimere actionem in rem, id est, mutare dominium vi ipsa, quam vsum longi temporis: vsum diuturnum. In actione autem in personam debitoris nullus est vsus, qui perimat actionem, id est, nulla subest res corporalis, cuius vsu perimatur obligatio. Et adnotandum ex *d. l. 4.* cessare præscriptionem longi temporis, si socius pro sua parte agat aduersus socium rei vindicatione, qui forte fundum communem pro indiuiso sibi possidet in solidum: Nam etsi ita eum possederit longo tempore, vindicantem socium partem suam non repellet præscriptione longi temporis, quia mala fide in solidum possedit rem communem, & sine iusto, veroque titulo. Et eleganter *l. 3.* quod est commune pro indiuiso, vocat commune indiuiduum. aliud est commune diuiduum, id est, pro diuiso, aliud commune indiuiduum, quod & indiuisum dicitur, vt Vrbicus scribit, *compascua alios vocare communalia, quod est etiam idiotismi nostri verbum, alios pro indiuiso.* Et postremo notandum ex *l. vlt. hoc tit.* ei etiam non dari præscriptionem longi temporis licet diu re vsus sit, qui eam rem non possidet animo domini, vt si seruum alienum possideat vti liberum hominem. Et hæc est species: seruum meum non habui pro derelicto, alioquin posset vsucapi tit. pro derelicto, si non fuerit plane meus, sed a me bona fide possessus: seruum igitur meum non dereliqui, sed cum is in acie vulneratus fuisset ab hostibus, cum tuis sumptibus curasti existimans esse liberum, & diu eum hominem possedisti non animo domini, quia existimabas esse liberum: Ideoque vindicantem dominum non repelles præscriptione longi temporis, sed exceptionē doli mali, si non reddat sumptus curationis, quos tu bona fide fecisti, *l. sin autem §. pen. l. sumptus, D. de rei vind.* Atque ita præscriptio longi temporis non procedit sine possessione ciuili: ex naturali tantum non procedit, quæ scilicet non tenetur animo domini.



AD TITVLVM XXXV.

Quibus non obiicitur longi temporis præscriptio.

IN hoc titulo ostenditur longi temporis præscriptionem non obiici, vt generaliter hic proponitur, cum effectu, iis qui iuuantur restitutione in integrum: Nam restitutio in integrum rescindit præscriptionem longi temporis. Et ita vt ostendit *l. 1. & vlt. h. t.* militi restituto in integrum non imputatur tempus, quo in expeditione fuit, residuum tempus imputatur ei, quo fuit in suis ædibus vel aliis locis citra expeditionis necessitatem, vt si triennio in expeditione fuerit, triennium ei non imputatur, quo rem suam alius possedit, residuum tempus imputatur *l. pen. hoc tit.* Eademque ratione ostendit lex secunda, quæ scripta est ad Aurelium archiatrum. Archiatro, id est, medico principis, restituto

restituto in integrum aduersus præscriptionem longi temporis, non imputatur tempus iustæ absentiæ, & publici muneris, *le temps de son quartier.* Illud etiam singulare est quod trahitur ex hac lege secunda, causas archiatrorum pertinuisse ad cognitionem præfecti prætorio. Quod etiam dici potest de his omnibus, qui seruiunt in comitatu principis, *a la Cour* deque archiatro loqui legem demonstrant illa verba, *ob medendi curam a comitatu nostro, &c.* Et addamus etiam simili ratione Reip. causa, absenti vel forte ex alia iusta causa fortuita, & necessaria, non voluntaria, non adfectata, nam hæc omnia requiruntur, non imputari tempus absentiæ, quoniam possunt in integrum restitui ex generali clausula edicti ex quibus causis maiores, nempe ista, *Si qua mihi iusta causa*, esse videbitur, ex qua restituuntur maiores 25. annis ob quamcunque absentiam fortuitam & iustam, *l. 4. hoc tit.* Et similiter quia ex eodem edicto captus ab hostibus & postliminio reuersus restituitur in integrum, præscriptio longi temporis non obiicitur, quantum attinet ad id tempus, quo fuit apud hostes, hoc ei imputari non debet *l. 6. h. t.* Et similiter, *vt ostendit lex 3.* minori viginti quinque annis cum effectu non obiicitur præscriptio longi temporis *ex l. vlt. sup. si quis ign. rem minoris,* quia olim minor viginti quinque annis restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. Currebat igitur ipso iure aduersus eum præscriptio longi temporis, sed aduersus eam restituebatur in integrum, quæ restitutio præscriptionem infirmabat. Sed hodie amplius beneficium est quod Iustinianus dedit minoribus viginti quinque annis, vt scilicet aduersus eos nulla præscriptio tẽporis ipso iure currat, excepta præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, id est, *vt ipso iure sint tuti etiam sine restitutione in integrum l. vlt. sup. in quib. caus. in integr. &c.* Qua de causa vt arbitror, *lib. 2.* inter titulos de restitution. in integr. quæ dantur minori viginti quinque annis, ponitur titulus, *si aduers. vsucap.* quia minor indiget restitutione, nullus ponitur titulus, *si aduersus præscriptionem longi temporis:* quia ipso iure munitus est beneficio Iustiniani. Etiam in hoc titulo repetitur, quod habuimus in titulo superiori, agenti in personam non opponi præscriptionem longi temporis *l. 5. hoc tit.* sed agenti in rem, cuius rei rationem exposui.

AD TITVLVM XXXVI.

Si aduersus creditorem præscriptio opponatur.

Nihil præterea veteres libri habent, quam si aduersus creditorem. Et similis est titulus in *lib. 2. Si aduersus creditor.* qui tamen pertinet ad restitutionem in integrum, hic vero ad præscriptionem longi temporis. Et ostendit præscriptionem temporis non tantum pertinere ad perimendam actionem in rem, quæ domino competit, sed etiam ad actionem in rem hypothecariam, quæ & Seruiana dicitur, & creditori competit. vtramque perimi præscriptione longi temporis, quod etiam indicat *l. pen. sup. de præscript. long. temp. & l. 7. & vlt. sup. de oblig. & act.* Et huic sententiæ nihil obstat *l. cum postulassem §. vlt. D. de damno inf.* cui nescit respondere Accurs. quia ea lex de vsucapione loquitur, non de præscriptione longi temporis, & de vsucapione legitima rerum immobilium, quæ ante Iustinianum fuit biennij, & perimit quidem actionem in rem, quæ est de dominio, quia dominium illa vsucapio mutat. Non mutat tamen causam pignoris, neque hypothecariam perimit, *l. vsucapio inf. de pig. l. iusto errore 44. §. non mutat D. de vsucap.* At præscriptio longi temporis perimit actionem hypothecariam. Hodie autem vsucapione Iustiniana rerum immobilium, quia etiam est longi temporis, sicut præscriptione verissime dices vtramque actionem perimi, id est, in rem, & hypothecariam. & similiter rectissime dices, si res mobilis hypothecæ data sit, vsucapione Iustiniana, quæ triennij est, vtramque actionem perimi, & errare eos, qui in *l. 1. h. t.* in re mobili hypothecæ data exigunt præscriptionem longi temporis. Proinde ita statuamus, vsucapione Iustiniani rei mobilis vel immobilis hodie vtrãque actionem perimi, & olim etiam vsucapione rei mobilis, quæ vigebat vbique, id est, *vsucapione anni:* quia de re mobili nulla erat comparata præscriptio temporis, sed vsucapio rei mobilis omnia iura perimebat. Quod ante diximus actioni hypothecariæ obiici recte præscriptionem longi temporis, verum est, quoties creditor agit aduersus hypothecæ extraneum possessorem. Nam quoties agit aduersus debitorem vel eius heredem, non sufficit præscriptio longi temporis ad submouendam actionem hypothecariam, sed necessaria est præscriptio quadraginta annorum, vt indicat *l. 1. & 2. hoc tit.* Et apertius *l. cum notißimi. inf. de præscript. 30. annorum,* quæ exigit etiam præscriptionem quadraginta annorum, si creditor agat hypothecaria aduersus posteriorem creditorem.

AD TITVLVM XXXVII.

De quadriennij præscriptione.

In hoc titulo agitur de præscriptione quadriennij, quæ datur fisco, vel aduersus fiscum. De ea, quæ datur aduersus fiscum est *l. 1.* vt scilicet aduersus vindicationem bonorum vacantium siue caducorum, quæ fisco competit, possessori non sit necessaria præscriptio longi temporis, sed sufficiat præscriptio quadriennij aduersus fiscum, si post quadriennium vindicet bona, quasi vacantia & caduca, quæ alius iusta possessione tenere cœpit, *l. 1. §. Diuus, D. de iure fisc. l. intra, D. diuers. temp. l. quamuis, D. de vsuc. l. 3. §. si vacantia, D. si quis omissa causa testam.* Ex quibus omnibus locis etiam intelligitur, quadriennium illud numerari a die, quo bona vacare cœperunt, id est, qua omnes ad quos ea bona pertinere poterant, ea repudiarunt. Ne igitur dicas cum Accursio: Quadriennium numerari a die, quo bona nuntiata sunt fisco, quo hæc res delata est fisco, quod nec posset probari. Additur etiam in *l. 1. eos qui bona vacantia ex beneficio & liberalitate Principis promeriti sunt, statim dominos fieri & securos esse aduersus fiscum, siue officiales fisci, Principem de suo fisco quantumque velit posse largiri, eamque donationẽ ratam esse.* De præscriptione quadriennii, quæ datur fisco, est *l. 2. & 3.* vt post quadriennium, quam fiscus rem forte alienam, vel quam communem habuit cum priuato vt *l. 2. sup. de rer. comm. alien.* vel rem alii pigneratam, quasi vacantem, vel caducam, alienauit, dominum vel creditorem agentem in rem, vel hypothecaria, repellat præscriptione quadriennii, nec ei sit necessaria præscriptio longi temporis. Is autem qui a fisco rem accepit, puta emit, aut permutauit, aut ex causa transactionis accepit, vel etiam ex largitione principis, vt is statim securus sit aduersus dominũ, vel creditorem hypothecariũ: domino vel hypothecario creditori non licere congredi cum eo, qui rem a fisco accepit, sed cum fisco ipso intra quadriennium ex *l. 2. h. t.* Olim ei, qui rem a fisco accepisset ne posset inquietari, vel interpellari a domino, erat necessaria præscriptio quinquennii ex edicto Marci & Commodi, de quo in *§. pen. Instit. de vsuc. l. vlt. sup. si aduer. fisc.* Hodie statim securus fit: sed in fiscum, domino vel creditori integra est actio in rem, vel hypothecaria quasi dolo desierit possidere intra quadriennium tantum. Quare Tribonianus ius vetus inflectens ad ius nouum in *l. neque, sup. de restit. milit.* pro quinquennij reposuit quadriennij, quod etiam Basilica sequuntur. Nec tamen quidquam mutauit in *d. l. vlt. si aduers. fiscum,* quia referebat in ea ius antiquum. Securitas eadem olim erat data certis emptoribus quorundã patrimoniorum, quia ea emissent a fisco ex constitutionibus Leon. & Zenonis in *l. 2. de prædiis tamiacis lib. 11.* Hodie datur omni-

bus emptoribus, vel aliis, qui a fisco rem acceperūt quasi A rem fisci, emendata hac in re Nouella Leonis, *de bonis vacant.* correcta etiam, vt & Fulgosius recte sentit *l. 13. §. item si quis a fisco, de petit. hered.* quæ ait, *eum, qui hereditatem quasi vacantem a fisco emit, quæ tamen non vacabat, agnato, qui nunc emersit, cum nullus putaretur superesse agnatus defuncti, teneri vtili petitione hereditatis, veluti emptorem vniuersitatis.* Ergo, qui hereditatem emit a fisco, non statim tutus est, quia tenetur petitione hereditatis, quod velim intelligi secundum ius vetus, nisi emptor ille munitus esset præscriptione quinquennii. Denique ille §. accipiendus est secundum ius vetus, quod obtinuit ante hanc constitutionem Zenonis. Ideo si obiiciatur, dicam eum *h. l.* corrigi. Ac præterea si obiiciatur huic *l. 2. l. 1. sup. de hered. vel act. vend.* quæ dicit, eum, qui emit a fisco hereditatem, tanquam caducam teneri creditori- B bus hereditariis, quibus defunctus teneretur: Responde, Zenonem in hac lege dare tantum securitatem eis, qui emerunt a fisco, quibuscum agitur de domino vel hypotheca, vt est expressum in *h l. 2.* non si cum eis agatur de ære alieno, quia respondere tenentur creditoribus hereditariis, *l. cum qui, D. de iure fisci.* Et similiter, si obiiciatur lex 5 *sup. de liber. causa,* quæ ait, *ancillam quam quis emit a fisco posse proclamare ad libertatem,* id est, *cum emptore experiri præiudicio:* Dicamus similiter ex Thalelæo, Zenonem dare securitatem emptori, si cum eo agatur de dominio vel hypotheca tantum, non si de statu empti a fisco mancipii. Additur item in hac *l. 2. vlt. emptorem, qui soluit pretium fisco, licet de soluto pretio apocham non acceperit a fisco, tamen vt eo etiam nomine securus sit, si modo ex gestis scriny,* id est, *ex rationibus fiscalibus appareat eum* C *soluisse,* quod confirmat *lex 2. infra de conuen. fisc. deb. l. 2. de lib. 12. l. illatæ. de fide instrum.* Nec omittam circa principium huius *l. 2. illo loco etiam* legendum esse *eos quin etiam quibus quæcunque res, &c.* Et ita in Basilicis, εἰς ὧσιν οἱαδήποτε πράγματα, *quibus quæcumque res.* Quod autem Zeno constituit in hac leg. 2. de alienationibus factis a fisco, vt ne vllo modo inquietentur illi, in quos factæ sunt, sed securi permaneant, quasi pleno iure domini, atque optimo, firmissimoque Iustinianus in *l. 3. hoc tit.* id trahit ad alienationes factas ab Augusto vel Augusta, non ex rebus fiscalibus, sed ex dominio eorum, & priuata substantia, vt hæc etiam alienationes nullo modo reuocari possint, sed tantum, vt possit eo nomine conueniri domus Augusti vel Augustæ intra quadriennium: non dicit conueniri principem, quia cum principe nulla est D actio, sed conueniri res eius priuatas, censum eius, curatores domus eius, siue procuratores, qui ea bona administrant, id est, curatores rei dominicæ, id est, rei, quæ pertinet ad dominum, id est, principem, qui est dominus rerum, procuratores rei priuatæ. Idem est res dominica, res priuata, & res diuinæ domus, aut dominicæ domus, ad quos curatores scripta est *l. 3. hoc tit.* Denique quod legis sententia statuit de fiscalibus auctionibus, vt ratæ, & perpetuæ sint, id Iustinianus trahit ad alienationes, quas fecit Augustus, vel Augusta de suis propriis bonis aut tanquam suis, quia nihil refert, vendatur res fiscalis, aut donetur, an res priuata Principis, quia vtraque res est Principis. Et hoc est, quod ait, *omnia esse Principis.* Neque enim intelligit omnia, quæ sunt singulorum hominum, sed omnia, id est, fiscalia: Nam & hæc sunt, E quasi propria principis, *l. 2. § hoc interdictum, D. ne quid in loco publico.* Et preterea, quæ pertinent ad dominium, & proprietatem priuatam ipsius, sunt in proprio patrimonio Principis vel Augustæ. Omnia ergo sunt Principis, id est, fiscalia & priuata δημόσια. Et tamen Seneca 7. de beneficiis etiam scribit, iure ciuili omnia esse principis, quæ scilicet quisque habet. Sed recte *cap. 5.* id ita interpretatur, *Omnia esse Principis imperio: singulorum e. dominio.* Et ita *cap 6. Cæsar omnia habet fiscus eius priuata tantum ac sua* (id est, *fiscalia*) *vt vniuersa in imperio eius sunt, in patrimonio propria.* Vnde apparet, principem non habere in patrimonio, nisi propria, quæ dicuntur *dominica. du domaine.* Restat illud in hac lege tertia, *Curatores rei priuatæ Principis, tantum quid vendunt.* Et est suauis Accursius, in *h. l. 3.* dum refert, eo tempore, quo Fredericus Imperator summus belli dux, vastabat Italiam, fuisse interrogatum Martinum Iurisconsultum ab Imp. apud Roncaliam, quæ ciuitas est supra Padum vicina Placentiæ, ex qua vrbe legitur data fuisse constitutio Frederici de priuilegiis studiosorum quæ posita est *sup. ne filius pro patre,* eo inquam loci interrogatum Martinum a Principe, an omnia essent principis, respondisse, *Armato principe omnia eius esse, etiam quantum ad proprietatem, timore vel amore,* inquit Accursius, Restat igitur in *h. l. 3.* curatores rei priuatæ, qui vendunt ex epistalmate Principis, i. ex mādato, non debere se obligare euictionis nomine, vt solent priuati venditores, quia ipso iure emptores statim securi sunt aduersus omnes & eis, quorum interest, ob eam rem competit tantum actio aduersus diuinam domum intra quadriennium, non post quadriennium.

AD TITVLVM XXXVIII.

Ne rei dominicæ vel templorum vindicatio temporis exceptione submoueatur.

IN hoc titulo ostenditur, præscriptionem longi temporis cessare aduersus vindicationem rerum dominicarum, vt inde affinitas huius tituli cum *l. vlt.* tituli superioris manifesta fiat, quæ etiam est de rebus dominicis: & cessare etiam præscriptionem longi temporis aduersus vindicationem rerum, quæ pertinent ad sacra templa. Quod verbum *sacra,* siue *sacrorum,* quod est in *l. 2. hoc tit.* laudo abesse a quibusdam libris, quia in his libris dixit *templa,* quæ fuerunt paganorum, quæ tum esse prophana putabantur. Denique cessare hanc præscriptionem aduersus vindicationem rerum priuatarum principis, & rerum iuris templorum. Et *l. 2.* sic est emendanda, *vniuersas terras, quæ a colonis, siue emphyteuticariis dominicis* (id est, qui terras a curatoribus diuinæ domus acceperunt locationis, conductionis iure, vel emphyteuseos) *rei priuatæ,* (non, *Reipublicæ*) *vel iuris templorum.* quæ vult prædia dominica quæ vendiderunt coloni vel emphyteuticarii dominici contra leges, retrahantur & reuocentur in iura Principis non obstante præscriptione longi temporis, & ne reddito quidem pretio emptori, qui accessit ad illicitam venditionem, vt in *l. 1. ∫. de prædiis Curial.* Et nihil refert, vtrum sit res mobilis, quæ ad dominicam domū pertineat, aut animalis, puta seruus dominicus, aut colonus, aut coloni filius, vel nepos, qui seq. conditionē parentis, conditionē colonariam, an res immobilis. Et additur item in *l. 3.* emptori harū rerum nec prodesse præscript. longi tēporis, nec rescripta obreptitia, quæ impetrarunt forte suæ poss. firmandæ causa, nec etiam professionem noui census, vt puta, si in agendo censu publico, ille rem dominicam, quam emit illicite, referat in censum quasi suam, quia non ideo magis fit eius, *l. quæ quisque, D. de adquir. rer. dom. l. forma §. si cum ego, D. de censibus.* Cicero pro Flacco: *primo pertimuit cum te audisset, seruos suos esse censum. retulit ad Iurisconsultos. Constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua facere posset, eum maximam habiturum esse rerum omnium copiam.* Itaque census falsa professio nihil alieno iuri præiudicat, quod optime ostendit *l. vlt. hoc tit.*

AD TITVLVM XXXIX.

De præscriptione 30. vel 40. annorum.

QVemadmodum vsucapioni, quando locum non habet, vt in re incorporali, diximus *sup. tit. 33.* succedere præscriptionem longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, &

20. inter absentes: Ita vero demum illi præscriptioni longi temporis, vbi locus non est, subiicitur præscrip. longissimi tẽporis: vt si agatur in rem vel hypothecaria aduersus malę fidei possessorem, vel si agatur in personam, ibi tum succedit præscriptio longissimi temporis, id est, 30. ann. Et rursus cessante præscriptione 30. ann. succedit præscriptio 40. annorum, quod hic titulus ostendit. Hæc autem præscriptio 30. annorum si primam originem quæras, proficiscitur ex constitutione Theodosii Magni: nam ante eum, aduersus malæ fidei possessorem actio in rem vel hypothecaria erat perpetua, id est, sempiterna, & nullis sæculis interitura. Itemque actio in personam, & mixta in prouinciis erat æterna, atque perpetua. Et cur actio in personam fuerit perpetua, & sempiterna, actio in rem temporaria, id est, 10. aut 20. annorum aduersus bonæ fidei possessorem, exposui *tit.* 34. At ex constitutione Theodosii, nullæ actiones sunt perpetuæ, æternæ, vel sempiternæ: Imo omnes qualescunque, siue in personam, siue in rem, vel mixtæ, vel hypothecariæ, id est, siue domino competant, siue creditori, etiamsi agatur aduersus malæ fidei possessorem, aduersus prædonem 30. annorum continuorum præscriptione tolluntur. Et generaliter quibus in causis, vel quibus in locis, nullam obstare præscriptionem temporis legimus, vt in *l. vlt. sup. ne de statu defunct. &c.* & aliis plerisque in locis; illis tamen omnibus casibus obstat præscriptio 30. annorum. quamobrem eam Cassiodorus lib. 5. Variarum, vocat *patronam humani generis.* Et Nouella Valent. *de 30. ann. præscriptio omnibus causis opponenda,* per eam præscriptionem 30. annor. Theodosium humano generi profunda quiete prospexisse, ne quis scilicet cuiquam tot annorum mouere possessionem possit. Imo hoc plerisque locis hodie inualuit, in Gallia vt in hac prouincia Biturigum, vt in omnib. causis sit necessaria præscriptio 30. annor, abolita præscriptione longi temporis quam illa absumpsit, aut redegit in suam potestatem. Denique, vt etiam bonæ fidei possessori aduersus actiones in rem vel hypothecariam nihil prosit præscriptio longi temporis, sed præscriptio 30. annorum, quod est contra Constitutiones Impp. Roman. Huius præscriptionis auctorem feci Theodosium magnum ex supradicta Nouella Valentiniani, & Theodosii iunioris, in qua hoc ius, vt silentio 30. annorum omnis actio perimatur, omne ius quod alii competit, Valentinianus tribuit Theodosio patri suo. Non ergo Theodosio iuniori collegæ suo, sed Theodosio magno: Namque solent Imperatores antecessores suos appellare *patres,* pio & augusto nomine, licet non fuerint eis parentes, vt in eadem Nouel. Valentinianus Honorium vocat patrem suum, qui ei fuit auunculus non pater, & intelligit illo loco *l. 1. C. Theod. de inquilinis & Colonis:* Cuius inscriptio ex ea Nouella omnino ita emendãda est, vt ea lex tribuatur non Cõstantino & Iuliano, vt perperam formis est expressum, sed Honorio & Theodosio. Et *ex eadem constitutione Theodosii magni de præscriptione tricennij,* idem Valentinianus *Nouella de Episcopali iudicio refert, Theodosium magnum non imputasse in tricennium, in præscriptionem tricennij tempus pupillaris ætatis, quo scilicet, quis rem pupilli possedisset:* Nam vt vsucapi res pupilli non potest: ita nec longo aut longissimo tempore adquiri. At eam constitutionem Theodosii magni non habemus. Nam *l. 3. hoc tit.* non est eius, sed Theodosii iunioris, quæ tamen idem statuit, quod illa: & similiter a 30. annis subtrahi domini aut creditoris ætatem pupillarem. Et vt *hanc l. 3.* soli Thodosio iuniori tribuam, moueor C. Theod. in quo exstat plenior titulus, *de actionibus certo tempore finiendis,* vbi soli Theodosio tribuitur. Moueor inscriptione. Inscribitur Asclepiadoto Præfecto prætorio, qui eo honore functus est tantum sub Theodosio iuniore, cui etiam idem Theodosius semper solet solus scribere, aut suas dirigere constitutiones. Moueor item subscriptio-

A ne, quæ, Victorem consulem præ se fert, & quidem solum, nec enim addi volo collegam, collegam Castinum cuius memoria damnata erat ob crimen læsæ Maiestatis (nam nomina consulum damnatorum eo crimine, eradebantur e Fastis consularibus) Nolo item addi Symmachum, qui non fuit collega Victoris, sicut etiam nullus additur Victori collega in *l. vlt. sup. de codicill. l. vlt. C. Theod. de inoffic. test. l. vlt. C. Theod. de cognitionibus l. pen. eod. Cod. de collat. donat. poss.* Quam legem penultimam manifestum est esse Theodosii iunioris tũ ex serie Imperatorum, & recto ordine, qui vtique semper seruatur in legum dispositione. tum ex mentione, quam facit aui, patris & patrui. Theodosio iuniori, nimirum auus fuit Theodosius magnus, pater Arcadius, patruus Honorius. Et vt alio argumento comprobem

B *hanc legem* 3. non esse Theodosii magni, Valentinianus *in d. Nouella, de triginta annorum præscriptione* refert *in constitutione Theodosii magni, de præscript. 30. annorum,* fuisse adscriptum verbum (*omnia*) nimirum, vt omnia iura præscriptione tricennii tollantur, quod verbum Valentinianus vocat peremptorium, quod illo nulla actio excipiatur, quale nullum est in hac *l. 3.* nec in *l. 1 C. Theod. de actionibus certo tempore finiendis.* vbi hæc lex habetur integrior. Non est igitur hæc lex Theodosii magni, sed Theodosii iunioris: neque vero vsquam extat l. Theodosii magni, de præscriptione tricennii; credo quod nunquam fuerit in Occidẽte perlata, neque vero perferri potuerit, quia tempore Theodosii magni, imperium Occidentale Eugenius quidã inuaserat, adeo vt vere scribat Sidonius Apollinaris 8. *Epistolarum,* in-

C tra Gallias nescitam fuisse præscriptionem 30. annor. ante Valentinianum Collegam Theodosii iunioris, qui præerat Orienti; Valentinianus Occidenti, & ante consulatum Asterii, sub quo data est illa Nouella Valentin. *de 30. anno. præscrip.* videl. tum vtroque Imperatore in regno suo legem de 30. ann. præscriptione, quã Theodosius magnus tulerat, non pertulerat, suo nomine perferente, atque etiam ampliante interpretationem. Quãobrem non est mirum, si in C. Theod. cuius conditor fuit Theodosius iunior, non senior, de præscriptione tricennii, exstent tantum constitutiones Theodosii iunioris, vt h. l. 3. & Valentiniani, nulla Theodosii senioris, qui & eam legem perferre non potuit. Quod autem est scriptum *in capite vigilanti, de præscript.* præscriptionem tricennii primum introduxisse Ephesinum

D Legislatorem, vel vt est *in Tomo 2. Conciliorum sub Alexandro tertio,* Euphegium patruum Origenis, & quod ibi annotatur, *illud caput vigilanti* esse sumptum ex libris stromatôn Clementis Martyris, id omne perridiculum est, vt merito annumeretur illud caput inter cassa palearum, qualia multa sunt in decretis & decretalibus. Porro, vt cætera quæ sunt in *l. 3.* absoluamus, posita præscript. 30. annor. quæ vult omnes actiones tolli, etiamsi agatur contra malæ fidei possessorem; quia exiguntur 30. anni continui, quibus possederit sine interpellatione, docet etiam lex præscriptionem 30. annorum interpellari tantũ per conuentionẽ exsecutoris, & libellum conuentionis, qui Gallice dicitur *adiournement libellé:* non interpellari solo libello oblato Principi, id est,

E precibus oblatis soli Imperatori, quibus conqueratur de possessione rei suæ, quam alius non iure possidet, etiamsi ille libellus precum habeat subnotationem Principis, qua quid Princeps decreuerit ea de re, etiamsi responsum illud insinuatum sit in iudicio, videlicet, cum hæc omnia petitor fecit, non conuento possessore per exsecutorem. Idem erit, si, vt ait, in iudicio postulationem deposuerit, quæ in Basilicis illo loco dicitur *μονομερὴς αἴτησις,* quæ fit tantum ex vna parte inuocata altera, non conuento possessore. hoc inutile est ad interrumpendam præscriptionem longi temporis. Et tamen constat actiones prætorias annales, id est, præscriptionem illam anni interrumpi solo libello dato Principi ex

l. 1. & 2. sup. quando lib. pr. dat. pro lit. conlest. præscri- A ptionem inquam anni non etiam præscriptionem 30. annorum, quæ non interrumpitur citra conuentionem possessoris, quæ fiat per exsecutorem litis. Item notandum ex *h. l.* tempus 30. annorum imputari etiam fæminis, militibus, absentibus iusta ex causa, & puberibus minoribus 25. annor. non etiam pupillis: sed puberibus imputatur etiam minoribus. Qua in re præscriptio 30. annorum differt præscriptione longi temporis: Nam hæc non imputatur minori 25. annis. Et hæc differentia proponitur in *l. vlt. sup. in quibus causis in integr. restit. nec. non est.* Fœminæ (vt addam aliam differentiam) quibus etiam maioribus ætate facile datur restitutio in integrum, quod ius ignorent, quod sint imperitæ rerum forensium, *l. vlt. sup. de iuris & facti ignor. l. vlt. C. Th. de in integrũ restit.* Item milites & absentes iusta ex cau- B sa facile restituuntur in integrum aduersus præscriptionem longi temporis: minores autem aduersus præscriptionẽ longi temporis ipso iure tuti sunt *d. l. vlt.* id est non indigent restitutione in integrum siue beneficio prætoris, quia ipso iure muniti sunt. & tamen aduersus præscriptionem 30. annorum minor, neque fœminæ, neque milites, neque absentes ex iusta causa *d. l. 3.* ita plectitur tanta annorum desidia, atque silentium, adeo vt, sicut est in fi. le. nemo possit se excusare ignorantia iuris. Adnotandum tamen est, iustum esse, vt dominis vel creditoribus non imputetur tempus, quo prædia eorum hostes possederunt, etiam triginta, aut quadraginta, aut centum annis sine interpellatione: Nam & idem legimus *in Nouella Valentiniani, de Episcop. iudicio,* Afris non imputari tempus, quo Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, & apud Procopium lib. 1. de bello Vand. Hispanis non imputari tempus, quo iidem Vandali prædia eorum hostiliter possederunt, nec posse iis obiici tricennalem præscriptionem. Et ita prolata quadam constitutione Iustin. quę latebat Obs. 10. ostendi Iustinianum Romanis non imputasse in præscriptionem tricennii tempora quibus Gothi eorum prædia hostiliter possederunt. Vnum est notatu dignum, *quod est in Cod. Theod.* vbi hæc l. 3. relata est integrior, & plenior, vt scilicet hæc præscriptio 30. annorum non pertineat ad actionem finium regundorum, sed vt ea actio sit eodem iure, quo fuit ante proditam præscriptionem D 30. annor. Quod ideo scripsit Theodos. vt intelligeremus, actionem finium regundorum, ne quidem præscriptione tricennii perimi ex sua sententia: Nam ius ita est proculdubio, vt quęstio alia sit de fine, alia de loco. Quæstio de fine, aut finibus includitur intra 5. pedes. Fines agrorum vtique constant 5. pedibus. Si quæratur extra illos 5. pedes quiddam, est quæstio de loco, id est, de proprietate loci, non de finibus, ea actio est in rem, non finium regundorum. & ita Græci, actionem finium regundorum esse, si controuersia consistat intra quinque pedes, ἔισω τῶν πέντε ποδῶν. Circumscriptio autem illa quinque pedum, id est, fines adeo erant sacri, vt non posset quæstio eorum vlla præscriptione temporis perimi, id est, nec triginta, aut quadraginta annis. quęstio loci posset perimi, non etiam quæstio finium. Et hæc fuit mens *l. quinque pedum sup. fin. regund.* quæ manifestior fit ex constitutionibus quas retulit Frontinus *lib. de* E *limitibus agrorum.* Sed hoc quia displicuit Iustiniano, ideo partem illam, de actione finium regundorum, quã exceperat Theod. remouit a l. 3. quia voluit, & actionem finium regundorum tolli præscriptione tricennii. Et ita est scriptum a Triboniano immutatis verbis in *l. vlt. sup. fin. regundor. & l. 1. §. ad hoc tit. seq.* Postremo notandum est, hanc præscriptionem tricennii pertinere tantum ad actiones, quæ olim erant perpetuæ & immortales. præscriptio tricennii non pertinet ad actiones, quæ certis temporibus circumscribuntur, non pertinet ad actiones temporarias, vt non pertinet ad actiones in rem vel hypothecariam, quæ aduersus bonæ fidei possessorem dantur, quia habent certum tempus, & finiuntur longo tempore: non pertinet ad querelam inofficiosi testamenti, quæ finitur quinquennio: non pertinere ad actionem de dolo, quæ finitur biennio, non ad actiones prætorias annales, quales pleræque omnes sunt, id est, *vt est in Instit. de perpet. & tempor. act. viuunt tantum intra annum*, quo verbo vtitur *in hac leg. 3. ne viuant actiones vltra tricennium.* vbi in Basilicis corrupte legitur ζῆλοῦν pro ζῆν. Denique hæc pręscriptio pertinet tantum ad eas actiones, quæ olim durabant in infinitum, vel deinceps nullæ sint actiones perpetuæ, æternæ, immortales. Et quod ait *l. 3. non a suo debitore*, habet hunc sensum, vt actio hypothecaria, qua creditor agit aduersus extraneum possessorem perimatur pręscriptione tricennii, non si ea agat aduersus debitorem, quia tunc requiritur præscriptio 40. annor. *vt didicimus sup. in tit. 26.* Et tractabimus plenius hac de re in *l. cum notissimis, inf. hoc tit.*

Ad legem I.

Cum adseueres te absente eos, qui oculos prædiis tuis imposuerant, operam dedisse, vt annonariæ collationis prætextu vili pretio ab officio præsidiali prædia tua distraherentur, si legitimi temporis spatium ex venditionis die fluxit: qui prouinciam regit, inter vos cognoscet: & quod publicò iure præscriptum est, statuet. Sin autem nondum ex die publicæ venditionis legitimũ tempus transmissum sit: iudex examinatis allegationibus tuis, quod rei qualitas dictauerit sequetur, non ignarus, si iniustam esse emptionem perspexerit, pretium, quod pro vitioso contractu datum est, secundum principalium statutorum tenorem malæ fidei emptoribus restitui non oportere. C

Diximus satis *l. 3. huius tit.* esse fundamentum & precipuum caput totius tituli. Et si quæras, cur ergo l. 3. priori loco posita non sit? Dicam hoc factum, ne interturbaretur ordo legum, quas prout Imperatores alii alios præcesserunt, ita collocari commode conueniens erat. Et rursus, si quæras, hoc dato, quod & verissimum est, Theodosium de pręscript. 30. annor. priorem legem pertulisse in *l. 3. Anastas. de præscript. 40. annor. in leg. 4. & 5.* qui igitur fieri possit, vt lex prima quæ est Diocletiani, & Maximiani, & lex 2. quæ est Valentiniani, & Valent. pertineat ad præscriptionem triginta, aut quadraginta annorum? Dicam eas leges fuisse quidem scriptas de alia præscriptione, cum nondum inoleuisset præscriptio triginta aut quadraginta annorum: sed de industria a Tribon. esse positas sub hoc titulo, vt inflecterentur, & accommodarentur etiam ad præscriptionem 30. vel 40. annorum, quod mox apparebit vtriusque legis exposita sententia. Species *l. 1.* hæc est L. Titius cum, *vt loquitur lex eleganter*, oculos adiecisset vel imposuisset prædiis Gaii Seii, id est, habendorum eorum prædiorum cupiditate incensus, absente Gaio Seio, absentię scilicet eius occasione captata, *vt ait Nouell. Theodos. de inuasoribus*, operam dedit, vt ex causa a Gaio Seio, non præstitæ fisco publicę pensitationis, publici tributi, vel annonariæ functionis, prædia Gaii Seii per officium præsidis, *par ses officiers*, quod etiam potuisset expediri per officium procuratoris Cęsaris vt *l. 3. in fi. si propter publicas pens.* vt inquam ea prædia, publice sub hasta, sub pertica tristi vt poeta loquitur, venderentur, & fraude quadam conquisita, vel ambitione, vel gratia sibi addicerentur viliori pretio. Hoc egit L. Titius, atque ita ea prædia a fisco vel officio fiscali comparauit. Venditio valet. Sed quia non est facta iusto pretio, nec omni ex parte sincera fide, rescindi potest vt in *l. 2. sup. si propter publ. pensitat. l. si quos, sup. de rescind. vendit. l. 3. inf. de iure hast. fisc.* Et vtique rescindi & reuocari poterat Gaio Seio vindicante sua prędia intra legitimum tempus: Nam constitutio Zenonis proposita supra *in tit. 37.* quæ vult, vt statim securus sit is,

is, qui rem alienam emit a fisco, locum non habet cum eam rem fiscus vendidit quasi sibi obligatam ex causa publicæ pensitationis, sed cum eam vendidit vt caducam. Igitur hoc casu intra legitimum tempus Gaio Seio integrum est, sua prædia vindicare ab emptore. Post legitimum vero tempus, si Gaius ea prædia vindicet, repelletur præscriptione legitimi temporis, id est, longi temporis, quę tunc sola legibus cognita erat, nondum prodita præscriptione tricennii. Quod si obiicias, vt etiam iure potes, præscriptionem longi temporis non prodesse malæ fidei emptori, & L. Titium emisse mala fide prædia Gaii Seii, eo absente viliori pretio per gratiam: contra obiiciam L. Titium in hac specie non esse malæ fidei emptorem, hac ratione, quia tametsi scierit rem esse alienam, & curauerit eam sibi addici pretio viliori, non tamen sciuit iniustam possessionem esse, iniustum titulum, qui vero erat iustissimus ex auctione publica, & vt euenit in specie, *l. & generaliter, D. de noxal. action.* mala fides non est scientia rei alienæ, aut cupiditas eius habendæ, vel opera impensa in eam rem, sed scientia iniustæ possessionis. Sed quia Iustinianus, qui aliorum Imperatorum leges contorsit vt voluit, hunc habuit pro malæ fidei emptore, ideoque hanc legem posuit sub hoc titulo, vt intelligeremus necessariam esse emptori præscriptionem triginta annorum aduersus dominum vindicantem prædia sua: Et esse malæ fidei emptorem hac ratione, quia dolo & opera eius prædia sunt addicta pretio viliori in fraudem domini debitoris fisci. Et quod generaliter definiatur in *l. quemadmodum* ℨ. *de agricol. & censit.* malæ fidei emptorem esse eum, qui contra legum interdicta mercatur. Ideoque ex sententia Iustin. *in hac l.* 1. legitimum tempus non est longum, sed longissimum tempus. Ideoque, vt opinor, pro more suo Tribonianus adiecit, *in fi. h. l.* Lucio Titio tanquam malæ fidei emptori dominũ prædia vindicantem intra legitimum tempus, id est, intra tricennnium, non restituere pretium, quanti ea a fisco emit: Nam hoc est certum, & ratum, dominum rem suam vindicantem malæ fidei emptori, qui scilicet emit a non domino, non restituere pretium, quanti rem emit, sed rem suam vindicare non reddito pretio *l. 2. sup. tit. prox. l. si sciens, sup. ad Velleian.* Idemque esse opinor, si quis a malæ fidei possessore rem alienam bona fide emerit, vt scilicet ab eo verus dominus possit rem vindicare non reddito pretio, vt *l. 3. & l. si mancipium sup. de rei vindic.* Quia & hic emptor præsumitur esse malæ fidei emptor, vt *l. 2. sup. de furt.* aut certe malæ fidei emptori proximus & affinis, vt non abs re Iustin. in *Nouell.* 119. *c.* 7. in eo, qui bona fide emit a malæ fidei venditore desideret præscriptionem 30. annorum, ac si mala fide emisset, si modo insciente domino emerit, quia scilicet debuit esse curiosus, & quis venderet inquirere, & cautius negotiari, *vt ait d. l. 2.* Sæpe leges a negotiatoribus exigunt curiositatem, & diligentiam, alioqui præsumuntur mala fide negotiari. Plus dico, idem esse, vt scilicet dominus rem suam vindicet, non restituto pretio emptori, qui emit a non domino, etiamsi quis bona fide emerit a malæ fidei possessore, videlicet, si emptor soluendo sit, vt possit emptor suum seruare re euicta actione ex empto, vel ex stipulatu euictionis nomine. Nam & hoc casu dominus ei non reddit pretium, sed integra ei repetitio pretii erit a venditore, qui est soluendo, vt non iure desideret sibi præstari a domino pretium, vt in *l. super empti, C. de euict.* Neque iis, quæ proposuimus quidquam obstat *l. emptor, D. de rei vindic.* quam male accepit Accursius: Nam ea lex non dicit eum, qui emit a non domino, vero domino rem suam vindicante per doli exceptionem seruare pretium quod soluit venditori, sed per doli exceptionem sibi seruare sortem debitam, quam soluit creditori domini, cui ea res obligata erat agenti hypothecaria: hanc pecuniam seruabit. Denique non loquitur de pretio seruando, sed

A de pecunia creditori debita & soluta seruanda. Nihil etiam obstat *l.* 1. *& 3. inf. si vendit. pign.* Quia illæ leges loquuntur de pretio verso in rem domini, quod dominum reddere etiam malæ fidei emptori, æquum est, *l. vtere & l. si prædium sup. de præd. minorum.* Neque excipio casum *l.* 1. *inf. de prædiis curial.* vel *l.* 7. ℨ. *de agricol. censit.* vel *l. vlt.* ℨ. *de fund. rei priu.* quibus casibus venditor venditionem illicitam, quam fecit, contra vtilitatem publicam, vt si Curialis vendiderit sua prædia, quo redderetur minus idoneus ad obeunda munera ciuilia, venditor, inquam, eam venditionem rescindit, emptori non reddito pretio, quod ab eo accepit, quia his casibus pretium non cedit in lucrum venditoris, quod accepit, sed infertur fisco propter illicitam venditionem, quam fecit, vt recte sentit Accursius in *l.* 1. Et idem

B etiam obtinet in casu *l. pen. sup. de rescind. vendit. & l. pen. de iis, quæ vi metusue causa.*

Ad Leg. II.

Male agitur cum dominis prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogatiua defertur, vt eos post 40. annorum spatia, qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex Constantiniana iubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri possederunt. Eos autem possessores non conuenit appellari, qui ita tenent vt ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo ius sibi proprietatis vsurpet: ne cogantur domini aut amittere quæ locauerunt, aut conductores vtiles sibi fortassis excludere: aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.

C Lex 2. est singularis propter constitutionem Constantini, cuius fit in ea mentio. ea quidem non exstat integra, sed meo iudicio eius legis Constantini pars vna est in *l. vlt. sup. de long. temp. præscrip. quæ pro libert.* & altera in *l. placuit sup. de iud.* Ambæ habent eandem inscriptionem ad Dionysium & eand. diem 8. Kalen. Maii vt emendare oportet, & consules eosdem, Volusianum & Annianum, vt merito coniungendæ sint. Porro ea lex vlt. indicat Constitutionem Constantini fuisse de præscriptione 60. ann. dum scilicet ait congruere æquitati, vt ea præscriptio 60. annor. non opponatur proclamanti ad libertatem, licet 60. annis seruitutem seruierit. Et ad illa verba *congruere æquitati*, mox adnectenda est *l. placuit*, quæ dicit æquitatis potius quam stricti iuris ha-

D bendam esse rationem. Et æquum non esse vt longinquitate vllius temporis libertas cuiusquam labefactetur. Excipitur tantum libertas. Ex quo intelligitur aduersus alias actiones in rem Constantinum sua constitutione admisisse præscriptionem 60. annorum. alioqui fuisset superuacua, vt videlicet non requisito initio possessionis, id est, vt etiamsi quis rem alienam possedisset iniusto titulo & mala fide, posset se tueri præscriptione 60. annorum. Vnde orta est quæstio *l.* 2. an conductor rei alienæ ad obtinendum proprietatem eius rei aduersus locatorem possit se tueri præscriptione 60. annorum, quæ non requirit iustam causam possessionis ex l. Constantini quod negauit *l.* 2. Quia hoc tantum Constantinus dedit iis, qui suo nomine rem alienam possidere cœ-

E pissent sine causa, atque etiam mala fide. At conductor alieno nomine possidere cœpit, non suo, ideoque sibi non possidet, vel simpliciter conductor non possidet, licet rem teneat corporaliter, sed is possidet, cuius nomine rem tenet *l. quod meo, D. de adquir. possess.* Nec potest sibi ab ipsi conductor mutare causam possessionis. Denique non potest efficere, vt quod possidere cœpit pro alieno, nunc possideat pro suo *l. cum nemo sup. de adquir. posses. l.* 1. *sup. in quib. caus. cess. long. temp. præsc.* Conductor igitur non possidet: ergo præscriptionem temporalem adquirere non potest, quæ tribuitur tantum possessori. Denique nec 60. annorum præscriptio

conductori competit, & multo minus 20. 30. vel 40. A annorum. Sed abolita illa præscriptione 60. annorum, quia quæ hodie omnium præscriptionum longissima est, præscriptio est 40. duntaxat annorum, ex Anastasij constitutione *l.* 4. *&* 5. Quod erat scriptum in *l.* 2. *de præscriptione 60. annorum*, vt ex coniecturis satis certis duximus, inflexit Tribonianus ad præscriptionem 40. annorum in *l.* 2. vt nec ea conductori prosit aduersus locatorem, etiamsi cessauerit in præstanda mercede, vt rectissime Accurs. sentit hoc loco. Et notandum *quod ait l.* 2. conductorem precario possidere: Nam est quidem proprie hæc differentia inter precarium & conductionem: quod precarium sit gratuitum, in conductione interueniat merces. Generaliter tamen conductor non male dicitur etiam precario possidere, quia conductum rogauit, vt est in *l. serui ff. de peric. & comm. rei vend.* B Denique hæc sit conclusio, eum qui rem aliquam possidere cœpit alieno nomine, id est, non conductorem tantum, de quo est specialiter *l.* 2. sed etiam commodatarium. depositarium, fructuarium, creditorem hypothecarium, & eum qui precario rogauit, nulla se aduersus dominum, qui per eum rem possedit, tueri posse præscriptione, nec 40. quidem annorum, quæ omnium longissima est, nec olim præscriptione 60. annorum quæ non requirebat initium iustæ possessionis, & quæ locum habuit in omnibus causis excepta causa libertatis.

Ad legem 4. 5. & 6.

C *L.* 5. *Præscriptionem 40. annorum ab his qui ad curialem conditionem vocantur, opponi non patimur, sed genitalem statum semper eos agnoscere compelli sancimus. Sacra etenim nostræ pietatis lex de aliis loquitur conditionibus, nec anterioribus constitutionibus per eandem Nouellam legem derogatur, quæ manifestissime curiales & liberos eorum explosis temporalibus præscriptionibus, patriis suis reddi præcipiunt. Lex 6. Comperit nostra seneritas quosdam sacratissimam nostræ pietatis constitutionem, quæ de annor. 40. loquitur præscriptione ad præiudicium etiam publicarum functionum solutionis trahere conari, & si quid per tanti vel amplioris temporis lapsum minime, vel minus quam oportuerat, tributorum nomine solutum est, non posse requiri, seu profligari contendere: cum huiusmodi conamen manifestissime sensui propositoque nostræ legis obuiare noscatur:* D *Ideoque iubemus eos, qui rem aliquam per continuum annorum 40. curriculum sine quadam legitima interpellatione possederint de possessione quidem rei seu dominio nequaquam remoueri: functiones autem seu ciuilem canonem vel aliam quampiam publicam collationem eis impositam dependere compelli, nec huic parti cuiuscunque temporis præscriptionem oppositam admitti.*

VT præscriptioni longi temporis, id est, 10. aut 20. annorum successit præscriptio 30. annorum: Ita præscriptioni 30. annor. succedit præscriptio 40. annorum, qu[illegible] omnium longissima est: nam & 60. annorum prȩscrip[illegible] Constantiniana, & 100. ann. Iustiniani data Ecclesiis, hodie abolita est, atque etiam præscriptio 50. E ann. qua olim extinguebatur repetitio eius, quod alea lusum esset: Nam & hodie redacta est ad ann. 30. auctore Thalelæo interprete Grȩco, vt Eustathius refert in *lib. de temp.* Et similiter illa Constantiniana, & Iustiniani præscriptio redacta ad annorum. 30. vel 40. Quibus ergo casibus locum non habet præscriptio 30. ann. locus est præscriptioni 40. ann. cuius auctor est Anastas. in *l.* 4. 5. *&* 6. Et proponam quosdam casus. Et primum si quæ actio Ecclesiȩ vel loco venerabili competere dicatur, excludi potest præscriptione 40. ann. Fuit initio eodem iure Ecclesia, quo priuatus, ne scilicet actiones ei competentes viuerent vltra 30. annos vel *Gelasio teste vrbis Episcopo in c. facultates 13. quæst. 2.* Post Iustinianus aduersus Ecclesiæ iura & actiones, vel alios locos venerabiles, & sacros desiderauit prȩscriptionem 100. annorum *l. vlt. sup. de SS. Eccl.* Et *Nou.* 9. cuius rei causam non satis laudatæ aperuit Suidas, *in Prisco Emeseno.* Et ad extremum abolita illa præscript. 100. ann. quam fauorabiliter requisierat in rebus Ecclesiasticis, fuit Iustin. contentus prȩscriptione 40. annor. *Nou.* 111. *&* 131. qua perimi voluit omnes actiones, omnia iura Ecclesiastica indistincte, tam in Oriente, quam in Occidente, vt plane sibi blandiantur Romani, qui soli Romanæ Ecclesiæ hoc datum esse autumant præcipuo iure, vt aduersus eam nulla præscriptio valeat, nisi centum annorum. Est etiam alius casus quo locus est præscript. 40. annor, nec sufficit præscriptio tricennii, si creditor agat actione hypothecaria aduersus debitorem. Quod ne dicas etiam ante Anastasium obtinuisse ex *l.* 3. *hoc tit.* in illo loco, *non a suo debitore* vel etiam ex *l.* 1. *&* 2. *sup. si aduers. cred.* quia ante Anastasium actio hypothecaria aduersus debitorem fuit perpetua & immortalis: Sed ex constitutione Anastasii 40. annor. perimitur aduersus debitorem, vel eius heredem, vel aduersus posteriorem creditorem hypothecarium debitore superstite *l.* 7. *h. t.* Quod & Suidas notauit *d. loco.* Sequitur alius casus, si cohortalis, qui aliam militiam vel dignitatem exercuit per 40. ann. cohorti vindicetur, id est, in cohortem denuo reuocetur, vt in *l. si cohor.* 𝔍. *de cohort.* Cohortales erant gregarii quidam officiales præsidum prouinciarum, qui erant perpetui in singulis prouinciis, vt *l. præsidis D. de reb. cred.* sed huic erant conditioni obnoxii ii cũ sua posteritate, vt seruirent officio & apparitioni prȩsidis, qui & ταξεῶται dicuntur. Cæterum hac conditione liberantur non spatio 30. annor. sed spatio 40. si per tot annos cohorti non seruierint. Et ex hoc casu adiunctis etiam multis aliis interpretari nos oportet. quod est in fine *l.* 4. excludi etiam eum præscriptione 40. annor. qui alteri facit controuersiam status, conditionis suæ, vt si alium dicat esse cohortalem, cohortalis conditionis, quæ cõditio quasi seruitus est: idẽ erit, si quis dicatur esse nauicul. si fabricensis, si monetarius, si murilegulus, *faiseur de pourpre*, si gynæciarius, si dicatur esse tab. pistor, si suarius: Nã hi omnes dicuntur in libris nostris *cõditionales, & conditionarij*, quod huic conditioni cũ sua sobole obnoxii sint, vt nauigo alii conuehant annonam vrbis, alii legant murices, alii pistrino principis suas adhibeant operas, & sic de cæteris: & ab his conditionibus liberantur spatio 40. an. idemque erit si quis dicatur esse *metallarius*, id est, origine & conditione sua addictus effodiendo metallo, addictus fodinis: Nam metalli nomen generale est, quod addi vellem ad *l. vlt.* 𝔍. *de metall.* dum ait, nulla præscriptione temporis adiuuari metallarios, ne suæ conditioni reddantur, nulla scilicet præterquam ea, quæ colligitur ex 40. ann. quia generaliter Anastasius definit, vt perimatur omnis quæstio status præscriptione 40. ann. Idem omnino erit si quis seruus esse dicatur: Nam & hic si fuerit in libertate per 40. annos, licet in ea fuerit mala fide, & sine iusto titulo, dominum, a quo possessus non fuit, vindicantem repellit præscriptione 40. annorum. Et omnino ab iis, qui certæ conditioni obnoxii sunt veluti vinculo seruitutis, hac constitutione Anastasii inuenio tantum exceptos *curiales*, id est, decuriones qui etiam erant conditionarii cum suis posteris omnibus, vt nimirum curiæ seruirent ciuitatis, & obirent onera ciuilia, de suo etiam plurimũ in Remp. erogantes, quod erat onus, & conditio igitur. Nam conditionem cum dico, & seruitutem dico & onus. Et ita ab Anastasio definitum in *l.* 5 *h. t.* vt non soluantur oneribus curiæ, vel conditione curiali, ne spatio quidem 40. ann. Cuius ratio nititur publica vtilitate, ne ita paulatim destituantur curiæ ciuitatum, id est, propter publicã vtilitatem etiam ab Anastas. constit. Iustinianus excepit *adscriptitios colonos*, qui cum sua sobole addicti sunt agris colendis, qualibus vtuntur etiam in hoc regno nationes

nes quædam, qui conditione sunt adscriptitii & quasi serui agri colendi cum sua sobole. Conditione ista ne præscriptione quidem 40. annor. fiunt immunes & liberi propter vtilitatem agriculturæ, quæ ad summam Remp. spectat. *l. pen. inf. de agric. & censit.* His addamus etiam alium casum, quo eadem præscript. 40. annorum locum habet. Si nomine publico fundi patrimoniales, vel fundi templorum, vel fundi agonothetici vindicentur: Nam & hæc vindicatio eliditur præscritione 40. *annor. l. vlt. inf. de fund. rei priu. l. vlt. inf. de fund. patr. quæ est coniung. cum l. 4. hoc tit.* Fundi *patrimoniales* sunt, qui etiam dicuntur fundi dominici, vel diuinæ domus, id est, qui sunt in proprio patrimonio principis *l. 3. sup. de quadri. præscript.* Procopius lib. 1. de bello Goth. *domum,* inquit, *principis quam solent patrimonium vocare. Fundi* autem *templorum* sunt, qui quondam pertinuerunt ad paganorum templa, & nunc sunt iuris publici, *vt tit. prox. sup. & l. 6. inf. de omni agro deserto. Fundi* autem *agonothetici* sunt, ex quorum reditu præmia dantur scenicis siue histrionibus, datur lucar, quod dicebatur, id est, θεατρικὸς μισθός. Horum fundorum vindicatio ex dictis legibus repellitur præscriptione 40. annorum. Inde apparet, quam verum sit, quod ait hic *l.* 4. non tantum iura priuata, sed etiam publica tolli præscriptione 40. annorum, puta si vindicentur prædia, publici iuris aut diuinæ domus. Nec quicquam obstat quod dicitur *ex Nouella* 30. temporis prolixitatem publico non nocere: Nam & idem scriptum est in *l. 6. inf. de oper. pub.* Iuri publico nihil obsistere prolixitatem temporis, quod tamen non est generaliter accipiendum, sed de præscriptione longi temporis tantum, quæ non potest fisco opponi vindicanti quod habuit & amisit, sed præscriptio tantum 30. aut 40. annorum, præter quam si nomine fisci petantur tributa præteriti temporis: Nam nemo excusatur a præstatione tributorum, vel annonarum publicarum debitarum, quod per 40. ann. forte publica tributa non intulerint fisco. Quæ est sententia *l. 6. hoc tit.* Et videtur alius casus excipiendus ex *l. vlt. sup. de SS. Ecclesiis,* vt si publico, vel ciuitati quid legatum, aut per fideicommissum relictum sit, aut donatum aut venditum: His quatuor casibus tantum is, qui nomine publico agit, non possit repelli, nisi præscriptione 100. annorum. Quia etiamsi ea lex ciuitatibus coniungat Ecclesias, tamen quam legimus abolitam præscriptionem 100. annorum in Ecclesiis, eandem non legimus esse abolitam in ciuitatibus. Ergo in ciuitatibus illis quatuor casibus etiam hodie manet præscriptio 100. ann. id est, requiritur necessario ex *d. l. vlt.* alias fiscus, qui persequitur quod non habuit, puta quod sibi competit, necdum habuit, repelletur præscr. longi temporis *l. in omnib. D. de temp. præscript. l. 2. & 3. D. de req. reis, l. 1. § pen. & vlt. de iu. fisci.* Et aliquando repellitur fiscus breuioris temporis prærogatiua, vt si persequatur bona quasi vacantia, repellitur præscript. quadriennii *l. 1. sup. de quadriennij præscript.* si persequatur bona ex fideicom. repellitur præscript. quinquennii, *l. 2. sup. de vectigalib.* Obseruandum est in *l. vlt. de fundis rei priuat.* quæ est pars *Nou. Th. de rescind. vend. rei dominicæ, vetustatem* accipi pro spatio 40 ann. illo loco, *excepto vetustatis auxilio,* quæ verba Tribon. adiecisse apparet ex hac constitut. Anastasii, quæ vult omnia iura perimi *vetustate,* i. præscript. 40. ann. id etiam apparet ex integra illa Nou. Theodosii, in qua non sunt illa verba. Sed vbiq; dat operam Tribonianus, vt consona sint omnia, quę sunt relata in libris a se digestis: Nam si hoc non adiecisset, pugnaret hæc *l.* 4. *cum d. l. vlt.* Et ita etiam in *d. l. si cohor.* adiecit hæc verba *præter eam, quæ ex 40. an. colligitur,* nimirum ex *h. l.* 4. Igitur apparet in *illa l. vlt. de fund. rei priu. vetustatē* accipi pro spatio 40. ann. alias vetustas significat annos 30. vt in *l. 11. de fund. patrim.* dum ait, *vetustatem* corrigere vitium possess. quod recte dicitur de præscript. 30. vel 40. annor. qua tuetur se, qui vitiose possidere cœpit, puta malæ fidei possessor, & prædo, & inuasor. Alias vetustas est vicennium. In *l. 2. C. Th. de long. temp. præsc.* quæ est Constantii & Constantini, ita legitur scriptum, *ann. 40. præscript. quam vetustatem leges ac iura nuncupare voluerunt:* vbi manifeste legendum *ann.* 20. *non* 40. ipse tit indicat, qui est de long. temp. præscript. i. 10. vel 20. Idem etiam arguit hæc *l. Anastasii,* qui primus introduxit præscript. 40. ann. nec igitur obtinuit ętate Const. Res quoque ipsa coarguit, quia illa lex ait, illa præscript. non tolli actionē personalem, quod tantum dici potest de præscript. 20. ann. non etiam de præscript. 30. aut 40. ann. Præscriptione 20. annorum tollitur actio in rē, non in personam. Et quo magis hoc videatur esse verū, ostendam vere scripsisse Imperatorem in hac *l.* 2. leges nuncupare vetustatem præscript. 20. ann. Nam ita proculdubio vetustas accipitur in *l. 1. §. vlt. & l. 2. in prin. l. vlt. D. de aqua pluuia arc.* quoniam quam *l.* 1. vocauit vetustatem, mox appellat diutinum vsum, & longam possess. quam constat esse vicennii, non, infiniti temporis, vt volunt quib. placet, vetustatem illo loco significare tempus infinitum, cuius memoria exierit. Deinde lex loquitur de seruitute, aut quasi seruitute aquæ, quam constat adquiri præscriptione 20. ann. etiamsi ius eius non probetur: Nam satis est probari vsum 20. ann. quoniam tot anni requiruntur in seruitutibus. nec sufficiunt decem, vt in *l. vlt. sup. de præscr. long. temp. l. 2. sup. de seru. & aqua.* Et ita hoc etiam ostenditur *l. si quis diuturno, D. si seruit. vind. l. apparet §. pen. D. de itin. act. priu.* Denique sic statuamus, vetustate adquiri aquæductum, ius aquæ, id est, spatio 20. annor. Sed huic definitioni obstat primum *l. 2. §. idem Labeo ait, & §. seq. D. de aqua pluuia arcenda,* quæ lex exigit tempus, cuius memoria nō exstat, nec contenta est decennio, aut vicennio. Sed vt breuiter respondeā, aduertendū est, illo loco agi non de iure seruitutis, sed de fossa, & opera, quod factum habeo in alieno. ius seruitutis, etsi non habeo, id tamen adquiro prærogatiua longi vsus. Ius habendæ fossæ, in quam immittam aquam, quę abundat in agro meo, non habeo, nisi sit iure constitutum, vel nisi eius operis memoria perierit. Deinde etiā nihil obstat *l. hoc iure §. ductus, D. de aqu. quotid. & æstiua,* quæ ait aquæ ductum, cuius origo hominū memoriā excesserit iuris constituti loco haberi. In constituendo igitur aquæductu requiritur immensū tempus, cuius memoria præterierit omnes homines, nec sufficit 20. Hæc collectio non est vera, neq; hæc est mens illius §. nam lex ait, *iuris constit. loco haberi aquæductum, cuius origo hominū superstitū memoriā excessit.* iuris constituti in quā loco haberi .i. memoria illa est iustus titulus. At si vsu vicennii adquisiero aquæductū, habeo quidē prærogatiuā illam vsus, sed semper dicetur seruitus illa non esse iure imposita, nisi ius eius probetur. At recte dicetur iure imposita, cuius memoria non exstat, & ita illi loci explicandi sunt. Et tandē cōcludendum est generaliter, ex *h. l.* 4. quotiescumq; locū non habet præscr. 30. ann. succedere præscript. 40. ann. Indicaui casus quosdā, quib. locum non habet præscript. 30. ann. veteres IC. alios plerosque introducebant, & statuebant, eas tantum actiones perimi tricennio, quæ specialiter enumeratæ essent: Nec permittebant illo verbo peremptorio, *omnis,* omnes includi, non enumeratas specialiter: Nisi cū erat adiecta clausula, quæ legitur in *l. 2. sup. de quadriennij præscr. licet nominatim præsenti sanctione non sint comprehensæ, comme le Roy a de coustume de mettre en ses Edicts,* cautione quadam. & similiter in hac l. 4. tanquam & similiter in h. *l.* 4. per hanc legem specialiter & nominatim fuissent enumeratæ. hoc si sit adscriptum comprehenduntur omnes, sed cū hoc esset omissum in constitutione Theodosii, ideo quidam tricennii pręscriptionem admittebant tantum in actionibus specialiter enumeratis in constitutione Theodosii, quas tamen esse iuris minutias, & captiosa verba Valent. scripsit in *Nouell. de*

30. *ann. præscript.* si non simus contenti illo generali verbo, *omnis*, quod ille peremptorium vocat, sed exigamus specialem enumerationem & designationem: verum has minutias videmus quotidie in foro seruari, & seruantur etiam in *l.* 4. §. *quæsitum, D. si quis caut.* nec absque ratione, ne quid abrogetur per saturam. Ideo his minutiis adhærentes quidam, vel interpretatione fortuita, vt ait *l.* 4. vel excogitata plerasque actiones subducebant a præscriptione 30. annor. quas saltem Anastasius vt illi interpretationi satisfiat vult tolli præscriptione 40. annor. ac fortuitam interpretationem Anastasius vocat qualemcumque, τὴν τυχοῦσαν, insubtilem & illepidam. Excogitatam autem, subtilem & callidam, *quod plus est, quam cogitata,* & illo loco Basilica habent παρερμηνευομένην, vt in Epist. Cice. *rem a me non insipienter excogitatam, ne cogitatam dicis.* Et postremo ostenditur in *hac l.* etiam in præscriptione 40. annor. requiri continuam possessionem, & non sufficere quamlibet interpellationem: interpellari præscriptionem 40. annorum conuentione exsecutoris, non comminatione, vel admonitione qualibet, non libello dato Principi vt *l.* 3. & 6. *hoc tit.*

Ad l. cum notissimi.

L. 7. Cum notissimi iuris sit actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositæ rei detentatores annorum 30. finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, vt lege cautum est, id est, etiam per solam conuentionem, aut si ætas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores, aut heredes eorum primos vel vlteriores, nullis exspirare lustrorum cursibus: nostræ prouisionis esse prospeximus, hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur. 1. §. *Quamobrem iubemus hypothecarum persecutionem, quæ rerum mouetur gratia, vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum heredes, non vltra 40. annos, ex quo competere cœpit prorogari, nisi conuentio, aut ætas (sicut dictum est) intercesserit: vt diuersitas vtriusque rerum persecutionis, quæ in debitorem aut heredes eius, quæque mouetur in extraneos, in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambæ similes sint, in actione scilicet personali his custodiendis, quæ prisca constitutionum sanxit iustitia, &c.*

IN l. 7. tractatur de actione hypothecaria, qua creditores pignora persequuntur, vel hypothecas amissa possessione, vel nunquam apprehensa, quæ & vtilis Seruiana dicitur. Hæc actio, si intendatur aduersus extraneum bonæ fidei possessorem, tollitur præscriptione longi temporis, *vt sup. in tit. si aduers. credit.* Si intendatur aduersus extraneum malæ fidei possessorem, non tollitur nisi præscriptione 30. annorum, in qua non imputatur creditoris ætas pupillaris *l.* 3. *hoc tit.* Quod si intendatur aduersus debitorem vel eius heredem cuiuscumque gradus hæc l. 7. ait *ad tollendam actionem nulla sufficere lustrorum curricula,* i. *nec sex lustra sufficere, quibus tricennium conficitur, nec ampliora lustra, sed actionem esse perpetuam & immortalem ex iure veteri:* ex hac vero l. 7. *finiri spatio 40. annorum.* Atque ita euenit, vt actio personalis tollatur præscriptione 30. annorum, non etiam hypothecaria aduersus debitorem, vel eius heredem: denique debitor personali actione liberatur spatio 30. annorum, quo non fuit appellatus a creditore: Hypothecaria autem non liberatur eodem spatio. Et ita est proditum in *l. qui occidit* §. 1. *ad l. Aquil.* pignus manere, etiamsi debitor tempore sit liberatus ab obligatione personali. Idem euenit & plerisque aliis casibus, *vt in casu l. seruum, quem, D. de pign.* Vbi creditor qui causa cecidit, puta quod plus petierit, amittit personalem actionem, non tamen hypothecariam act. Idem euenit in casu, legis *l. debitor, D. ad Trebell.* Confusione

A tollitur personalis obligatio & ciuilis & naturalis, puta si creditor succedat debitori, hypothecaria non tollitur, atque ita sublata obligatione personali, ius pignorum saluum creditori restat, nec, quantum ad pignus attinet, id est, obligationem realem, videtur sublata esse naturalis obligatio. Idem euenit in casu *l.* 1. & 2. *inf. de luit. pignor. l. vnus, inf. de distr. pign.* Finge: duo sunt heredes debitoris, qui pignus creditori obligauit, vel dedit: singuli heredes personali actione tenentur, non in solidum, sed pro hereditariis portionibus ex 12. tabul. quæ diuisit inter heredes actiones personales pro rata portionum hereditariarum, ne conuenirentur singuli supra modum suæ portionis. At actione hypothecaria tenentur in solidum, quia hæc est conditio pignoris, seu hypothecæ, vt pro parte soluta pecunia pignus non liberetur, imo teneatur in solidum pro reliqua parte. Denique hoc ius est pignoris, vt omnem pecuniam solutam esse oporteat, antequam pignus vlla ex parte soluatur, *l. si rem* §. *omnis D. de pign. act.* Et hoc est quod dicitur indiuiduam esse pignoris causam, *l. cum rem ff. de euict. l. hered.* §. *idem obseruatur, ff. famil. ercisc.* Obligationem personalem diuisit *lex 12. tabularum*: Obligatio realis, siue hypothecaria indiuisa remansit. Finge igitur, vnum ex heredibus pro sua parte soluisse æs alienum defuncti: non tenetur actione personali, quia soluit quod debuit, tenetur tamen hypothecaria in solidum, si pignus possideat. Ergo, qui liberatus est personali, non continuo liberatur & hypothecaria. Nec obstat regula iuris, cum principalis causa non subsistit, nec ea quidem, quæ sequuntur locum habere, *Sublato principali,* inquiunt, *tollitur accessio.* Personalis obligatio est principalis, hypothecaria accessio. ergo sublata personali, tollitur etiam hypothecaria. Dicam in illa regula adiici, plerumque. Veram igitur esse plerumque, non semper, & hoc sufficere. Sed teneamus actionem hypothecariam non esse accessionem obligationis personalis: Imo duas esse per se principales obligationes diuersi iuris, quod est argumentum, non accedere alteram alteri, non esse alteram sequelam alterius, & diuersæ etiã qualitatis: nam vna est personalis, altera re[illegible] [illegible]deiussoris obligatio est personalis, & sublata principali obligatione personali, verum est tolli etiã sequentes accessiones, & obligationes personales. Fideiussoria obligatio vere est sequela, quod & *adpromissoris* nomen significat, quo significatur fideiussor quasi affixus & adhærẽ principali obligationi siue promissori principali. Quid dicemus de actione hypothecaria, quæ intenditur aduersus posteriorem creditorem? Finge ab eodem eandem rem fuisse duobus creditoribus ex diuersis contractibus separatim obligatam pignori: in causa pignoris potior est prior creditor, licet posterior pignus teneat, & habet aduersus posteriorem creditorem, qui pignus possidet, prior creditor actionem hypothecariam, vt reuocet possessionem pignoris: an ea etiam actio hypothecaria excluditur spatio 40. ann. an sufficiunt 30. Et ita distinguamus: aut viuo debitore agitur aduersus posteriorem creditorem, aut mortuo debitore. Si viuo, actio hypothecaria non excluditur nisi spatio 40. ann. quia viuo debitore secundus siue posterior creditor vicem & imaginẽ obtinet debitoris, quia possidet pignus, non suo nomine, sed nomine debitoris: ergo vt in debitorem, ita & in secundum creditorem actio hypothec. durat vltra 30. annos .i. *vsque ad 40. completos.* Mortuo autẽ debitore, quia tunc secundus creditor incipit pignus possidere su[o] nomine, ei sufficit præscriptio 30. annorum, quibus post mortem debitoris pignus possedit suo nomine sine controuersia, & interpellatione legitima, videlicet nisi secundus creditor velit coniungere tempus, quo debitor pignus possedit, vel ipse nomine debitoris, cum tempore, quo ipse possedit suo nomine post mortem debitoris: Nam hoc casu, quia vtitur suffragio temporis, quo debitor possedit, obtinet etiam imaginem

imaginem debitoris, vt sit perinde ac debitori ei necessaria præscriptio 40. ann. ad excludendam actionem hypothecariam, quæ primo creditori competit, quæ est sententia h. l. 7. qua vtimur. Vnde valde notandum est, *creditorem pignus possidere nomine debitoris, non suo nomine.* Creditor pignus possidet naturaliter, non ciuiliter, quia non animo iureue domini, sed animo iure pignoratitii creditoris: & naturaliter quoque possidet non sibi, sed alii, id est, debitori, *vt in l. pign. ff. de vsuc.* Denique non ipse creditor proprie, sed debitor possidet pignus, cuius nomine possidet *l. quod meo, ff. de adq. poss.* Et hoc viuo debitore. Mortuo autem debitore, creditor incipit pignus possidere suo nomine, quia nullus est cuius nomine possideat. Nam etiãsi defuncto heres extiterit, possessio defuncti non continuatur in heredem, etiamsi sit suus heres, nec ei adquiritur nisi eam apprehendat. Possessio plurimum facti habet, nec adquiritur animo solo, sed animo & corpore, id est apprehensione corporali. ergo quod per creditorem possidebam, vel per alium heres meus non possidet, licet adierit hereditatem meam, antequam nactus sit possessionem corporalem *l. cum heredes, l. qui vniuersas §. quod per colon. ff. de adquir. poss.* Adquirit quidem aditione heres omnes actiones, omnia iura, adquirit dominium, possessionem non adquirit sine facto suo, vt plane tum creditor, qui pignus habet, id sibi habeat nemine existente amplius, cuius nomine pignus teneat & possideat: Nam quod in hoc regno obtinuit, vt a defuncto protinus possessio continuetur in heredem qualemcunque: hoc est quod dicitur, *le mort saisit le vif*, id est, protinus defuncti possessio continuatur in heredem, hoc est contra ius ciuile populi Romani, ex quo tamen perperam tractum est in *l. cum miles, ff. ex quibus causis mai.* dum ait, *possessionem defuncti quasi iunctam continuari in heredem*: Nam illo loco possessio non significat *detentionem rei*, sed vsucapionem. Vsucapio cœpta a defuncto completur etiam nondum apprehensa possessione rerum hereditariarum. At possessio non transit in heredem, antequam eam apprehenderit suo corpore, vel corpore suorum. Et ita etiam in *l. denique, eod. tit.* possessio significat vsucapionem cum dicitur, possessionem, id est, vsucapionem sine possessione non consistere est πλοκὴ, quæ dicitur a Grammaticis, quia aliud significat possessio *supra*, aliud *infra*, vt cum M. Tullius ait, *Auium cantus nos ducere ad auium*, possessio, id est, *vsucapio sine possessione*, id est, sine detentione rei non consistit, ab initio scilicet. Illo autem iure recepto, vt possessio protinus continuetur in heredem, *que le mort saisit le vif*, consequens est hodie mortuo debitore, creditorem pignus non possidere suo nomine, sed alieno, quia morte debitoris non est interrupta possessio, ideoque ei non sufficiet præscriptio 30. annorum aduersus actionem hypothecariam competentem priori creditori, sed erit hodie ei necessaria præscriptio 40. annorum. Et etiam manifesto contra ius, quod tractamus, id, quod etiam in hoc regno receptum est, *vt ex pacto nudo non detur creditori hypothecaria actio de re mobili*, quæ pacto nudo pignori obligata sit aduersus extraneum possessorem, sed aduersus debitorem tantum. & hoc est, quod dicitur, *meubles n'ont point de suite en hypotheque, quand ils sont hors de la puissance du debiteur.* Nam iure honorario de pignore etiam rei mobilis ex pacto nudo est actio hypothecaria creditori *l. si tibi §. de pignore, ff. de pact. §. Item Seruiana, Instit. de actio.* Moribus nostris de pignore rei mobilis non est actio hypothecaria ex nudo pacto, sed ex traditione sola, si initio pignus traditum fuit possessori. Et illud, quod exemplo pignoris est vsu receptum in hoc regno, *vt donatio rei mobilis non perficiatur nudo consensu*, sed traditione corporali tantum, & hoc est, quod dicitur, *donner & retenir ne vaut*, quod dicitur tantum de re mobili, non immobili, hoc est contra ius cui damus operam: Nam donatio sicut pignus hodie ex constitutione perficitur, etiam sine traditione corporali, puta retentione vsusfructus, si donator retineat vsumfructum rei, atque ita rem ipsam, quo genere donatoris ministerio donatarius possidet, & retentio vsusfructus pro traditione est. Idemque erit, si donator constituat se precario possidere: nam desinit possidere rem, quam ante possidebat, & hoc modo donatarium possessorem suo ministerio facit *l. quisquis, infra de donat.* Et tamen, quod in vsu est, confirmatur *l. vlt. Cod. Theod. de donat.* vt retentio vsusfructus non perficiat donationem, sed sit necessaria corporalis traditio, quæ tamen lex statim abrogatur, *l. vlt. eodem.* Et generaliter constituit Iustinianus in *l. si quis argentum, §. vlt. ꝟ. de donat.* donationem omnem perfici nudo consensu, sicut emptionem, locationem & pignus. Et hæc quidem ad actionem hypothecariam. Adnotandum nunc aliquid est de iure offerendæ pecuniæ priori creditori, quod posterior creditor habet. Sciendum igitur est, *priorem creditorem in causa pignoris esse potiorem posteriori*: sed posterior creditor si velit in se transferri possessionem pignoris, & in causa pignoris esse potior, & confirmare pignus, quod accepit a debitore, habet ius offerendæ pecuniæ debitæ priori creditori. Et si nolit accipere, obsignandæ, & deponendæ, quæ obsignatio pro solutione est, atque ita euincet pignus, & in se transferet, vt in *l. 2. 3. & 5. ff. de distract. pign. l. 1. ꝟ. qui pot. in pignor.* Denique quæritur, hoc ius offerendæ pecuniæ priori creditori, qua præscriptione tollatur & perimatur? Et ostenditur in §. *eodem iure hac leg.* 7. ius offerendi, quod habet secundus creditor non perimi, nisi præscriptione quadraginta annorum: si tot annis cessauerit offerre pecuniam, intra quadraginta annos offerens auditur: post quadraginta annos non item. Sequitur hæc quæstio, an etiã ius luendi pignoris, quod debitori competit præscriptione 40. annorum tollatur, an triginta anni sufficiãt, *le droit de desgager, & retirer son gage en payant.* Sicut pignus possidente secundo creditore ius agendi hypothecaria actione, quod primo creditori competit aduersus secundum, viuo debitore finitur spatio 40. annorum, mortuo 30. vel si secundus creditor ex persona debitoris accessione temporis vti velit 40. ita pignus possidente primo creditore, ius offerendæ pecuniæ primo creditori debitæ, quod secundo competit, vt in se transferat possessionem pignoris, quã habet primus creditor, tanto tempore finitur, quanto aduersus eum si pignus possideret actio hypothecaria finietur, & hæc est sententia §. *eodem iure l. 7.* Vnde nascitur hæc quæstio, an etiam ius luendi pignoris, quod debitori competit, id est, ius soluendæ pecuniæ debitæ, & repetendi pignoris dati creditori actione pigneratitia, an tollatur præscriptione triginta, vel quadraginta annorum? Et Rogerius in dialogo de præscript. recte scripsit, *ius luendi pignoris nullo tempore perimi*: Nam etiamsi creditor quocumque tempore non possit appellare fidem debitoris agendo personali, vel hypothecaria actione, quia excluditur præscriptione longissimi temporis: ipse tamen debitor vltro si velit, fidem liberare potest & conscientiã suam exonerare, ne creditor ex pignore si id reddere nõ cogatur post longissimum tempus soluta pecunia, vel oblata: ne, inquam, ex pignore, cuius pretium plerumque solet excedere quantitatem debiti plus ferat, quam ei debeatur: quæ ratio etiam efficit, vt in pignoribus locum non habeat lex *commissoria*, puta vt ad diem pecunia non soluta creditor pignoris dominus efficiatur, id est, vt ei nunquam pignus auelli possit pignorat. actione. Hæc pactio est illicita *l. vlt. ꝟ. de pact. pig.* Et ita etiam Harmenopulus 3. Epitomes Tit. 5. scribit, *debitorem non posse repelli præscr. longi temporis, quo minus pignus soluta pecunia recipiat.* Et interpretatur longum tempus tricennium dum addit hæc verba, τουτέστι τῇ τριακονταετίᾳ .i. tricennio. Et male Latinus interpres, actionẽ pigneratitiam tolli tricennio,

cum Græce dicat, ne quidem tolli tricennio. nos nec A spatio quadraginta annorum, nec alio quocunque temporis spatio debitorem posse repelli, quo minus optima mentis conscientia fretus bonâ fidem agnoscat, exoneret conscientiam suam, & soluta pecunia pignus recipiat, vt quæ præscriptio 30. annor. vel 40. debitori solet prodesse aduersus creditorem agentem personali vel hypothecaria, non prosit hoc casu etiam creditori, vt lucrifaciat pignus quod longe debitum exuperat, debitori autem maxime nocet. Vnde sic statuo, ius luendi pignoris esse perpetuum & immortale. Nec moueor *l. 4. h. tit.* qua nituntur, qui in alia sententia sunt, quod dicat, nullum ius esse, quod non perimat continuum silentium 40. ann. Non dicam, quod possum vere confirmare, non duci idoneum argumentum ex particula nullus, vel om- B nis: nam *omne*, non semper comprehendit omne, & hic articulus *nullus* non reiicit semper quemcunque. Sed dicam legem 4. loqui de iure actionis, & omne ius actionis perimi velle præscriptione 40. ann. non etiam ius luitionis: Nam ius luitionis pignoris, quod & repigneratio dicitur, & reluitio, non tam est ius, quam facultas: non est ius, vt ius persequendi in iudicio quod sibi debetur, quod dicitur actio. Non est ius, vt ius offerendi, quod competit secundo creditori inuito primo, sed est facultas posita in arbitrio debitoris & conscientia bona, qua quo minus vtatur, quandocumque volet, nulla ratione impediri potest, maxime a creditore, qui captat lucrum ex pignore, quod quidem sibi non possedit, sed debitori. Non obstat etiam lex *nec creditores*, *& l. vlt. sup. de pign. act.* quæ dicit, *actionem pigneratitiam de pignore recuperando, quæ debitori competit, non perimi præscriptione,* C *longi temporis*, sed vt Ioannes adiicit rectissime, præscriptione 30. *ann. perimi*: Nam in ea lege hoc dicitur, de iam nata actione pigneratitia & competente debitori ad recuperandum pignus, vid. post luitionem pignoris, post solutionem integræ summæ debitæ. At quæ nondũ nata est actio pigneratitia tolli non potest vllo tempore, vllo curriculo temporis: non nascitur autem ante luitionem pignoris. Ergo integrũ est debitori reluere pignus oblata pecunia debita, vt ei competat actio pigneratitia. Et hæc facultas erit perpetuo danda, quo iure etiã vtimur. Nunc pergamus ad alia, quæ sunt in hac l. 7. Notandum est ex §. *illud* in præscriptionib. tempora computari ex die, quo agi potuit, ex die, quo actio personalis vel hypothecaria competere cœpit, vt diximus in §. 1. Ergo ex D die apposito in obligatione, cum venerit dies, si obligatio fuerit in diem certum vel incertum, vel si fuerit conditionalis ex conditione, id est, *cum extiterit conditio, vt hoc* §. etsi forte pensiones sint quæ debeantur ex stipulatione, vel legato, vel ex alia causa in an. singulos, vel menses, aut dies singulos, præscriptionis tempora computantur, non ab initio obligationis, sed ab initio cuiusque diei, quo pensio inferri debuit, vt qui ab eo die longissimo tempore cessauit, eam pensionẽ petere, eius diei pensionem amittat præscriptionis iure, non sequentis diei, quæ est sententia §. *vlt. h. t.* a Martino recte percepta, nulla facta differentia inter stipulationem, & legatum, quam tamen Accurs. facere tentauit contra expressa verba legis, quæ calumniatur: ita scilicet vt siue pensiones debeantur ex legato, si- E ue ex stipulatione, quot sunt pensiones, tot sint etiam actiones, licet vna sit stipulatio, quot inquam sunt pensiones conuentæ, vel constitutæ, tot etiam sunt actiones, quæ non nascantur omnes simul eodemque tempore: Ita suum quoque singulæ tempus præscriptionis habent, ita vt primi anni pensio præscribatur citius, quam secundi anni, & sic deinceps, vt aduersus priores annos citius currat præscriptio quam posteriores. Idemque seruatur in vsuris, quæ plerumque etiam debentur in calendas, vel in annos singulos, vt scilicet cuiusque anni vsuræ quæ debentur, inspiciantur, vt si in fine primi anni non sint solutæ vsuræ eius anni non petitæ, licet sequentium annorum vsuræ petitæ & solutæ sint, tamen primi illius anni vsuras non possim petere post 30. vel 40. annos, quæ est sententia *leg. seq.* §. *vlt.* Et recte *l. eos in prin. sup. de vsur. Singulis annis nasci actionem vsurarum*, singulas ergo actiones sua habere tempora, & non computari tempora ab initio contractæ obligationis vsurarum, sed a fine anni cuiusque quo vsuræ peti potuerunt. Ideoque sicut sublata actione personali, vel solutione sortis, non intelligitur etiam sublata obligatio vsurarum in stipulationem deductarum *l. centum Capuæ, ff. de eo quod cert. loc. l. 1. sup. de iud.* Ita sublata actione personali præscriptione 30. vel 40. annorum non tollitur actio vsurarum, licet sit accessoria, quia 30. anni elapsi ratione sortis, non sunt elapsi etiam ratione vsurarum, sed 29. tantum, vt adhuc primi anni peti possint vsuræ intra annum: qui est tricesimus. secundi intra biennium: tertii intra triennium, vt quo tempore tollitur principalis obligatio, plane non possit tolli vsurarum. Et ita olim obtinuit, vt Patricius notat, *ad d. l. eos. Sed ex constitut. Iustin.* id est, ex *d. l. eos*, sublata actione personali, vel hypothecaria præscriptione 30. vel 40. an. non quouis modo etiam finitur quæstio vsurarum, & fructuum. Et hoc vult d. lex *eos* at durante actione personali. de sorte principali, quæ vtique durat, si præscriptio interrupta fuerit quorundam annorum persolutis vsuris, *vt l. plures sup. de fide inst.* non tamen durat actio de vsuris eius anni, quo solutæ vel petitæ non sunt, si ab eo anno transierint 30. *anni.* Et ita est explicandus §. *vlt. l. seq.* Et nunc sequitur, vt de interruptione præscriptionis tractemus. Interrumpitur præscriptio litis contestatione, interrumpitur conuentione executoris *l. 3. h. tit. l. vlt. tit. seq. l. 2. sup. vbi in rem actio, l. pen. sup. de recep. arbit.* conuentio executoris pro litis contestatione est *l. constitutionibus, ff. de oblig. & act.* Nec nos mouere debent, quas in contrarium adducit Accurs. in *l. 3. h. tit. l. vlt. ff. de eo, per quem factum erit, l. ait prætor* §. *vlt. ff. ex quib. caus. maior.* quia loquuntur de vsucapione, & vsucapio nec litis cõtestatione interrumpitur *l. Iulianus in fine & l. sequ. l. si a bonæ fidei. ff. de rei vind. l. Iulianus* §. *quantum, ff. ad exhibend. l. 2.* §. *vlt. ff. pro empt. l. 2. ff. pro don.* Præscriptio non tantum litis contestatione interrumpitur, sed etiam conuentione executoris. Item interrumpitur præscriptio actionis personalis, vel actionis hypothecariæ si intra legitimum tempus dominus, vel creditor pignus sine vi detinuerit, *vt ait in* §. *imo & illud, & ait sine vi, sine violentia, vt l. seq.* §. *vlt.* quia & hæc detentio est similis contestationi litis. Idemque est, si medio tempore debitor debitum agnouit emisso nouo chirographo, noua cautione, §. *sed & si quis.* Quam nouam cautionẽ eleganter Græci vocant hoc loco, δευτέραν γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν, sicut etiam in *l. laudabile, sup. de aduocat. diu. iud.* cum ait, apud patronum fisci acta eorum qui debitum agnoscunt fieri posse: acta, inquiunt, τῶν γνωσιμαχησάντων. Interrumpitur etiam præscriptio solutione partis debiti, vt *l. vlt. inf. de duob. reis,* vel solutione vsurarum, vt in *l. plures, sup. de fide instr.* quæ solutio vsurarum facit vt duret actio personalis, licet possit non durare actio vsurarum certo anno debitarum, nec petitarum, vid. si ab eo anno durante actione personali, per solutionem vsurarum factam aliis annis transierint 30. anni. Imo Acc. in *l. cum quis* §. *pen. ff. de solut. existimat*, præscript. interrumpi datione fideiussoris, vt tantum possit datio fideiussoris, quantum noua cautio. Et in hoc §. *sed etsi quis,* corrigendus est hic locus, in quo ita legitur, qui ne sub accusatione creditoris more debitoris fiat: Nam & creditoris & debitoris nomen circumscribendum est, vt sit hæc sententia: *debitorem qui agnouit debitum exposito nouo chirographo improbe contradicere agenti creditori, il faut vne distinction*, vt legatur: *qui ne sub accusatione moræ fiat, secundam cautionem exposuit*, id est, *ne argueretur mora commissa, voluit iterum*

caucre

cauere creditori. Et quod est in fine l. iam est explicatum A in *l. 2.* colonum, conductorem, vel procuratorem rei alienæ, vel emphyteuticarium, qui quasi colonus est, ad obtinendam proprietatem rei, cuius possessionem cœpit iure emphyteuticario, vel colonario, vel iure conductionis, vel tanquam actor possessionis, & custos non posse sibi asserere præscriptionem vllius temporis, quia nec sibi possidere intelliguntur, & non possidenti nulla præscriptio competere potest. Non possident, quia alii possident, qui pro alieno, non pro suo possident, vt plane eis ad adscribendam sibi proprietatem, & vindicandam, nullum temporis suffragium opitulari possit, quia non potuit sibi mutare causam possessionis qui cœpit pro alieno possidere. Et ita dominus non desinit per eum possidere, etiamsi gerat animum inuasoris, & interuertit tantum vno casu domini possessionem, si B rem quam possidebat alii extraneo tradiderit; hoc modo facit, vt dominus desinat possidere, quod sola animi destinatione efficere non potest, sed re tradita alii, & vendita, tunc sane interuertitur possessio *l. cum nemo sup. de adq. poss.* videlicet, nisi conductor, vel similis, qui alii possidet, rem venditam & traditam extraneo iterum conducat ab emptore, & mercedem inferat domino, vt solebat: nam mercedis illatio facit, vt non videatur interuersa possessio domini, quia nunquam destitit mercedem solitam domino inferre, licet eam rem vendiderit & alii tradiderit *l. quamuis §. vlt. ff. de acq. poss.* At si rem alii conductor non tradat, sed ipse ei insistat semper, non potest sibi mutare causam possessionis, atque ita adquirere præscriptionem aduersus dominum, nec 40. ann. vel amplioris temporis, etiamsi C tanto tempore desistat mercedem inferre, vt recte sentit Accurs. in *l. 2. hoc tit. l. plures, sup. de fid. inst.*

Ad legem penult.

Si quis emptionis, vel donationis, vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per 10. *vel* 20. *annos possederit, & longi temporis exceptionem contra dominos eius, vel creditores hypothecam eius prætendentes sibi adquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit: posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eamdem habere sancimus. Hoc enim & veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione* 30. *vel* 40. *ann. expulsus est:* D *prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata diuisione ei præstari censemus: vt si quidem bona fide ab initio eam non tenuerit, simili possit vti præsidio: sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen vt nonus poss. si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositus eam habebat, & memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit: tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecæ rem obligatam habuit, & heredibus eorum ab iniusto detentatore eam vindicare: non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum remoueat: nisi ipse iniustus possessor triginta vel quadraginta annorum ex eo tempore computandorũ, ex quo prior possessor,* E *qui euicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est, &c.*

INitio l. pen. ostenditur, qui rem alienam immobilem longo tempore possedit bona fide & iusto titulo sine controuersia, non tantum aduersus dominum rem vindicantem, vel creditorem agentem hypothecaria, habere exceptionem longi temporis, sed etiam amissa forte possessione habere vtilem rei vindicationem, quod & veteribus legibus cautum esse ait, *puta l. si quis diutur. no ff. si seruit. vind.* quæ dat vtilem vindicationem seruitutis, vtilem confessoriam actionem ei, qui non iure imposita seruitute longo tempore vsus est, nec vi, nec clam, nec precario. Vsucapio parit directam actionem: possessio longi, vel longissimi tantum vtilem: nec enim vt heic facit Accursius, permiscenda est vsucapio cum præscriptione, quod semper accurate obseruaui. Et hæc ita procedunt, vt etiam is, qui adquisiuit præscriptionem longi temporis, habeat vtilem rei vindicationem aduersus dominum, si ad eum possessio peruenerit, vel aduersus hypothecarium creditorem. Et hæc de bonæ fidei possessore. Quid si rem mala fide possederit? hoc casu dominus, aut creditor non excluditur præscriptione longi temporis 10. aut 20. ann. sed vt excludatur possessori necessaria est præscriptio 30. vel 40. ann. Et ita si possessor malæ fidei semel excluserit dominum vel creditorem præscriptione 30. vel 40. annorum, & postea ad dominum, vel creditorem possessio sine vi peruenerit, quæritur an prior possessor habeat aduersus dominum vel creditorem vtilem vindicationem? Haberet aduersus alium possessorem tacente domino, vel creditore, sed lex ait, eum, qui mala fide possedit, non habere vtilem aduersus dominum, vel possessorẽ. Atque ita fit, vt aduersus quẽ habet exceptionem siue prescriptionem, non continuo habeat actionem *l. 1. §. fiscus, ff. de eo per quem factum erit.* Qui habet actionẽ, & multo magis exceptionem: Sed non contra, qui habet exceptionem, & protinus habet actionem. Dixi: *sine vi*, vt proponitur in h. l. pen. Nam si dominus, vel creditor vi possessionem obtinuit ereptam priori possessori malæ fidei, ea possessio priori possessori, cui erepta est malo more, actione momenti, quæ & celeris reformatio dicitur, quod hæc celeriter peragi debeat, *l. si colon. infra, de agric. & cens.* Ea inquam possessio protinus priori possessori restituenda & redintegranda est *beneficio momenti*, vt vocatur in libris nostris, quod deiectus per vim, (etiamsi deiectus sit a domino) qui mala fide possidebat, sit ante omnia restituendus suæ possessioni, tum quærendum de iure vtriusque. Imo si malæ fidei possessor nondum adquisierit longissimi temporis præscriptionem, & medio tempore dominus aut creditor possederit per vim rem, de qua agitur, possessio illa medii temporis non intelligitur interrupisse tempora longissimæ præscriptionis, *vt in l. prox. §. imo & illud*, quæ tamen interrumpetur si dominus aut creditor eam obtinuisset sine vi & vitio. Et ita etiamsi absque vi dominus nactus sit possessionem rei suæ ab alio mala fide possessæ, vel creditor hypothecarius, in causa possessionis potior est creditor, vel dominus, qui rem sine vitio tenet, quam prior possessor, qui eam rem mala fide tenuit. imo si ea possessio, non peruenerit ad dominum vel creditorem sed ad extraneum sine iusta causa, domino vel creditori, tametsi a priori possessore semel exclusus fuerit prescriptione triginta, vel quadraginta annorum, competit vindicatio rei aduersus extraneum, nisi extraneus a die adeptæ possessionis adquisierit sibi præscriptionem 30. vel 40. ann. vel etiam nisi ille extraneus possessionem illam vi apprehenderit, ereptam priori possessori: Nam hoc etiam casu ea possess. reformanda est, & restituenda priori possessori potius quam domino, vel creditori, quod ad extraneum improbato more ea possessio peruenerit, quem protinus corrigi conueniat restituto priori possessore in integrum, & reiecto tantisper domino vel creditore. Est etiam alius casus qui proponitur in *§. pen.* quo prior possessor licet mala fide possederit, in causa possessionis præfertur domino, vel creditori, vt si a priori possessore, qui rem non defendit, postea quam conuentus est per executorem, iudicio non adfuit. Si inquam a priori possessore qui rem non defendit cum conueniretur a domino, vel creditore, ob id possessio fit translata in dominum, vel creditorem, vt fit *in l. priusquam ff. de noui. oper. nuntiat, l. a quo fundus, de damno infec.* Quo genere qui initio erat reus, suscepit partes actoris translata possessione in eum, qui initio

actor erat. Denique actor fit reus, & contra, vt coerceatur abſentia, aut negligentia eius qui rem non defendit. Sed hoc genere ſi per ſententiam iudicis dum prior poſſeſſorem non defendit, poſſeſſio tranſlata ſit in dominum, vel creditorem, integrum eſt priori poſſeſſori intra annum oblata cautione de accipiendo iudicio poſſeſſionem ſuam recipere, vt in §. *vlt. pen.* qui valde ſingularis eſt in hanc rem, & perturbat multos definitio §. qui pugnat *cum l. properandum §. ſin autem, ſup. de iud. & l. 2. ſup. vbi in rem act.* Vbi ſi reus deſerat litem quam conteſtatus eſt, nec iudicio adeſſe velit ſæpius admonitus, cõtrahit *eremodicium*, id eſt, deſertor litis eſt. Et iam cauſa diſceptari poteſt μονομερῶς, aduerſario ſcilicet abſente ex contumacia ſine conflictu vtriuſque partis, & ex hac cauſa ſi actor miſſus ſit in bonorum poſſeſſionem rei contumacis, nulla eſt ſpes reſtitutionis, nulla eſt ſpes recipiendæ poſſeſſionis reo contumaci. Quid ergo eſt quod ait in hoc §. *datur ei annus oblata cautione de re defendenda?* Et animaduerti magnam eſſe differentiam inter eum, qui deſerit litem, & latitat poſt litis conteſtationem, & eum qui iudicio abfuit ſemper, & omnino rem non defendit. & euidenter proponitur hæc differentia *l. 7. §. Celſus, ff. quibus ex cauſ. in poſſ. eatur.* vbi etiam & in §. *item videamus*, oſtenditur, grauiorem eſſe conditionem latitantis poſt acceptum iudicium, & deſerentis litem inchoatam, quam eius qui rem omnino non defendit, quia in eius omnia bona non fit miſſio: in omnia bona latitantis fit miſſio. Et præterea latitans non habet ſpem recuperandæ poſſeſſionis. is qui rem non defendit, recuperare poſſeſſionem poteſt intra annum, rem defendere, eoque nomine cauere idonee.

Ad Leg. vlt.

Sæpe quidam ſuos obnoxios in iudicium vocantes & iudiciariis certaminibus ventilatis non ad certum finem lites perducebant, ſed taciturnitate in medio tempore adhibita, propter potentiam, forte fugientium, vel ſuam imbecillitatem, vel alios quoſcunque caſus (cum ſortes humanæ multæ ſint) qui nec numerari poſſunt, deinde iure ſuo lapſi eſſe videbantur, eo quod poſt cognitionem nouiſſimam 30. ann. ſpatium effluxerit, & huiuſmodi exceptione oppoſitas ſuas fortunas ad alios tranſlatas videntes, merito quidem ſine remedio ante lugebant. Quod nos corrigentes, eandem exceptionem, quæ ex 30. ann. oritur, in huiuſmodi caſu opponi minime patimur: Sed licet perſonalis actio ab initio fuerit inſtituta, eam tamen in 40. ann. extendimus: cum non ſimilis ſit, qui penitus ab initio tacuit ei qui & poſtulationem depoſuit, & in iudicium venit, & ſubiit certamina, litem autem implere, per quoſdam caſus præpeditus eſt. Sed licet ipſe actor defecerit, tamen ſuæ poſteritati huius cauſæ curſum eum relinquere poſſe definimus, vt eius heredibus, vel ſucceſſoribus, liceat eam adimplere, nullo modo 30. ann. exceptione ſublata. Quod tempus, id eſt, 40. ann. ſpatium) ex eo numerari decernimus, ex quo nouiſſima proceſſit cognitio, poſtquam vtraque pars ceſſauit.

EX hac l. vlt. intelligimus actionem perſonalem poſt litis conteſtationem, atque etiam nonnullam iudicii exercitionem, ſi omittatur ab vtraque parte, vt ab vltima cognitione iudiciali, qualis omiſſa eſt, porrigi ad annos 40. Olim actio perſonalis, ſiue lis conteſtata fuiſſet, ſiue non, erat perpetua, id eſt, ſempiterna, & nullis ſæculis interitura. Lex vlt. eſt ſcripta de actione perſonali, vnde quidã negant eam pertinere ad actionem realem. Male: quia nõ loquitur ſpecialiter de actione perſonali ſed ita, *vt licet ſit actio perſonalis inſtituta ab initio, ea tamen litis conteſtatione non perpetuetur in infinitum, vt olim erat perpetua, ſed porrigatur tantum non in 30. ſed 40. ann.* qui ſermo & omnes alias actiones includit, licet perſonales non ſint. Atque ita euidenter ſcriptum in *l. 1. §. ad hæc. tit. ſeq. in omnibus actionibus, licet perſonales non ſint, id locum habere vt ſi conteſtatæ primum ſint*, deinde ante definitiuam ſententiam omiſſæ, ſilentio perpetuo perimantur, continuo ſilentio, non 30. ſed 40. annorum. De actione perſonali magis dubitabatur, quæ olim erat æterna atq; perpetua, & conſtitutione Theodoſii facta eſt 30. ann. ſi conteſtata non eſſet *l. 3. h. tit.* Dubitabatur inquam, an conteſtata vt iure veteri multo magis cenſeretur eſſe perpetua, quæ in iudicium deducta eſſet, & conteſtata: Ita etiam conuenienter conſtitutioni Theodoſii poſt litis conteſtationem produceretur in alios 30. annos, non 40. quod voluit Valentiniani Nouella *de Epiſcopali iudicio*, vt actio perſonalis poſt litis conteſtationem producatur in alios 30. annos, quot annos ante durare potuit, ſine metu præſcriptionis, niſi ſcilicet poſt 25. annos conteſtata fuiſſet, quo caſu Valentinianus eam protendit ad 10. tantum. Sed abolita illa Nouella Valentiniani Iuſtinianus in *hac l. vlt.* definit, non eſſe ſimilem eum, qui conteſtatus eſt, ei, qui omnino litem conteſtatus non eſt. Hic excluditur præſcriptione 30. ann. Ille ſi denuo agat & repetat intermiſſam litem, non excluditur niſi præſcriptione 40. annorum. Rectius autem dices hanc conſtit. Iuſtiniani locum habere tantum in actionibus perpetuis, quæ conſtit. Theodoſii redactæ ſunt ad 30. annos: cuius generis etiam ſunt actiones in rem, & hypothecariæ aduerſus malæ fidei poſſeſſorem. At hanc legem locum non habere in actionibus temporalibus, id eſt, quæ finiuntur præſcriptione anni, quales ſunt omnes fere actiones prætoriæ, vel præſcriptione biennii, qualis eſt actio doli, vel præſcriptione quinquennii, qualis eſt querela inofficioſi teſtamenti, quæ ſane actio in rem eſt, aut certe mixta actio eſt, vt petitio hereditatis, vel præſcriptio 10. vel 20. annorum, vt quælibet actio in rem hypothecaria aduerſus bonæ fidei poſſeſſorem: has actiones temporales dicimus litis conteſtatione perpetuari, id eſt, extendi in infinitum, quæ & origine ſua ſunt perpetuæ ſecundum ius vetus, vt *l. nam poſteaquam, §. ſi quis temporali, ff. de iureiur. l. vlt. ff. de fidei. tutor. l. aliam ff. de nouat. l. 2. ſupra, quando libellus principi datus.* In quibus locis omnibus ne dicas perpetuari, id eſt, continuari, quamdiu durat lis, vt Nicolaus Valla dixit, ſed continuari etiam poſt finitam litem & perdurare, id eſt, vt ait *l. ordinata, ff. de lib. cauſa*, in tutum redigi, ne pereant tempore poſt annum per conteſtationem. Et vt ait *l. omnis, de R. I.* permanere ſaluas, quaſi minime tempore perituras, aut morte. ſic in *l. 1. ſup. de præſcript. long. temp.* poſſeſſor, cui mota lis eſt, ea lite deinde non peracta, ſed omiſſa ſi rem poſſederit longo tempore poſt litem omiſſam, non vtitur longi temp. præſcript. quia litis conteſtatione perpetuata actio eſt: At ſecundum ius nouum litis conteſtatione actionem perpetuari, id eſt, extendi in tricennium, ex conſtit. Theodoſii quandoquidem ea conſtitutione nullæ ſunt actiones perpetuæ, omnes finiuntur ſpatio 30. vel ad ſummum 40. annorum, quæ omnium longiſſima præſcriptio eſt: Nam 100. annor. & 60. & 50. præſcriptio ſublata eſt. Sic igitur ſtatuamus: omnem actionem temporalem litis conteſtatione perpetuari, id eſt, extendi in tricennium; omnem autem actionem perpetuam litis conteſtatione perpetuari, i. in quadricennium extendi. Neque vt facit Accurſius excipio ab hac definitione actionem de dolo: Nam *l. vlt. ſup. de dolo*, hoc tantum dicit, eam eſſe inchoandam & finiendam intra biennium, quibus verbis non negat eam perpetuari litis conteſtatione, licet biennio perempta fuerit inſtantia lite cœpta quidem, ſed non perfecta: Nam & aliæ actiones ciuiles intra tricennium finiendæ ſunt *ex l. properandum, ſup. de indic.* Nec tamen ideo minus litis conteſtatione perpetuantur, id eſt, extenduntur in 30. vel 40. annos. Et quod dico de actione de dolo, eam eſſe temporalem, id eſt, biennem, poſſumus tentare, non idem eſſe *in adiectione de dolo.* aliud eſt,

est, *actio de dolo*, aliud *adiectio*: vt actioni de peculio A addítur adiectio de dolo, quæ sic appellatur in *l. in bonæ fidei in fine ff. de pecul. & si quid dolo malo domini captus fraudatusque auctor est.* agit de peculio, & petit sibi dari quantum est in peculio, si tantum sibi debeatur ex contractu, ac præterea si quid dolo domini factum erit vt *l. 1. ff. quando de pecul. act. ann. sit.* Quærebatur, an vt actio de dolo est temporaria, ita etiam adiectio de dolo sit temporaria in *l. quæsitum §. vlt. ff. de pecul.* In qua ex sup. dictis locis videtur IC. potius scripsisse, *in dolo adiiciendo*, non, *obiiciendo*, i. in clausula de dolo adiecta actioni de peculio non haberi temporis ratione, nisi cum ita fore prætori videtur, ne plus duret adiectio quam actio de dolo. At interea quod dicamus actionem de dolo intra biennium esse inchoandam & perficiendam: Actionem restitutoriam, quæ paratur beneficio restitutionis in integrum, inchoandam & perficiendam B intra quadriennium, *l. vlt. sup. de temp. in integr. restitut.* Quæstionem libertinitatis, & ingenuitatis esse inchoandam, & perficiendam intra quinquennium, *l. 2. ff. de collus. deteg.* Quos omnes casus a superiori definitione Accursius excipere tentat: Non tamen id inde sequitur, videlicet eas non perpetuari litis cõtestatione. Alioquin nulla perpetuaretur litis contestatione, quia omnis actio certo tempore circumscribitur, quo finem accipiat & ciuilis, & criminalis. Inuenio tamen vnum casum quo dici potest litis contestatione non perpetuari actionem, puta, si actor desistat a lite .i. si in totum deponat animum litigandi: Hoc enim est desistere *l. destitisse, ff. de iudic. l. destitisse, ff. ad Senatusc. Turpill.* Et ita recte in *l. 2. in fin. ff. ne de statu defunctor.* Si viuo Titio feci li- C tem status dicens eum esse seruum meum, vel libertinum, & destiti a lite longo silentio, id est, vt Accursius interpretatur *triennio*, quia agitur de seruo, de re mobili, si destiti, id est, in totum deposui animum litigandi, si in totum renunciaui liti, hoc casu post mortem Titii, si litem repetam, qua destiti, iudex me non admittet, & obstabit mihi præscriptio quinquennii, quia de statu defuncti post quinquennium quæri non potest. Et hoc solo casu videtur ex iure, id est, ex *d. l. 2.* vnde videtur desumpta, locum habere noua Const. Caroli noni Christianissimi principis, quæ ait: *l'instance intentée ores qu'elle soit contestée, si par le laps de trois ans elle est discontinuée, n'a aucun effect de proroger, & perpetuer l'action, mais la prescription a lieu*: id est, litis contestatione actionem nõ perpetuari, si quis eam triennio intermiserit. Et ita litis D contestatione præscriptio nõ interrumpitur; fateor hoc esse æquissimum, si actorem pœnituerit litis motæ, si renuntiauerit liti, si destiterit, non etiam si distulerit litem, quod plerunque faciunt, qui non habent spatium ad litigandũ, sed contestantur lites suas, vt interim eas in tutum redigant, ne tempore, aut morte pereant *l. 3. ff. de feriis.* vel vbi contestati sunt litem, eamque aliquantulum exercuerunt, differunt litem propter potentiam aduersarii, vel propter imbecillitatem suam, vel propter aliam iustam causam, quales notantur in *hac l. vlt.* His casibus actor non desistit a lite, sed differt litem, atque perpetuat. Cur mihi non liceat actionem differre, quoad mihi maior litigandi copia suppetat, eamque in tutum redigere ne tempore, aut morte pereat? Etiam ille casus E non est omitendus qui est in *l. 1. §. sed interdum ff. ne de stat. def.* Quidam cum de eius statu quæreretur, ingenuus pronunciatus est, receptum est vt in assertione secunda, vt causa ingenuitatis possit retractari, id est, vt iterum possit exequi, sit ingenuus nec ne, licet semel pronuntiatus sit ingenuus. Non est nouum vt iteretur eadem lis: sed retractari potest tantum eo viuo, qui ingenuus pronuntiatus est, non post mortem, ne intra quinquennium quidem, quo permittitur agere de statu defuncti: Imo etsi cœpta sit retractatio ingenuitatis viuo eo, qui ingenuus pronuntiatus est semel, post mortem eius peragi non potest, quod est ex edicto Diui Marci, & Cod. habet summam rationem, quod semel pronuntiatus sit ingenuus.



AD TITVLVM XL.

De annali exceptione Italici contractus tollenda, & de diuersis temporibus, & exceptionibus, vel præscriptionibus, & interruptionibus earum.

IN ipso contextu Rubr. legendum non est, *& præscriptionibus*, quod etiam abest a veteribus, sed scribendum vt in *l. 1.* duobus locis, *exceptionibus, vel præscriptionibus.* Vtrumque verbum idem potest. Nunc veniamus ad rem. Olim actiones personales in prouinciis erant perpetuæ, & sempiternæ. In Italia iis obstabat præscriptio anni vtilis. Hodie ex *l. 1. hoc tit.* sublata illa præscriptione anni vtilis, vbique locorum personales actiones viuunt intra 30. annos: moriuntur statim post 30. ann. nisi interrupta fuerint tempora legitimo more: Nam vt litis contestatio, ita quælibet interruptio legitima perpetuat actionem *l. 3. hoc tit.* id est, protendit in annos 40. nam pro litis contestatione cedit. At vt ostenditur in *h. l. 1.* hypothecaria actione seruatur præscriptio 40. ann. videlicet contra debitorem, vel debitoris heredem, vel secundum creditorem viuo debitore, vel etiam mortuo debitore, si secundus creditor velit vti accessione temporis quo debitor possedit *l. 7. sup. tit. prox.* Et hoc est quod ait *l. 1.* sola hypothecaria actione 40. ann. vtente curriculis, quo in loco duplex error errari videtur. Primo, quod a personalibus actionibus excipiat hypothecariam, quæ tamen est realis *l. pignoris ff. de pig. l. 2. inf. si vnus ex plur. hered.* Sed hoc ideo forte, quia hypothecaria actio est accessio personalis actionis, & quia non proprietatem, vt aliæ actiones reales, sed nudam possessionem auocat *l. si cum vendit. ff. de euict.* Deinde quod dicat *solam* hypothecariam actionem vti curriculis 40. annorum, cum dixerimus in *l. 4. sup. tit. prox.* alias plerasque actiones non perimi præscriptione 30. annorum, sed 40. tantum. Non ergo sola hypothecaria vtitur curriculo 40. annorum. sed verbo, *sola*, non statim excluduntur & similes actiones, quæ non sunt comprehensæ constitutione Theodosii, quæ introducit præscriptionem 30. annorum. Et ita in *§. in bonæ fidei, Instit. de actionibus*, compensationem ipso iure minuere omnes actiones excepta *sola* actione depositi, cui nihil compensationis nomine opponi potest: nam constat etiam excipi actionem commodati *l. vlt. sup. commod.* Et item *l. 1. sup. de bon. poss. contra tabul.* Liberos præteritos bonorum possessione contra tabulas præstare legata *solis* liberis & parentibus: cum tamen constet ex edicto prætoris eos etiam præstare legata dotis nomine relicta vxori, vel nurui. Et sic in *l. pen. sup. de oper. libert.* manumissos liberis manumissoris præstare *solam reuerentiam*, cum tamen & operas præstare debeant. Igitur quod ex verbo *sola* argumentum ducitur, imbecille est. Cæterum omnes actiones personales, quibus minora tempora legibus definita non sunt, finiuntur spatio triginta annorum: Realibus actionibus iamdiu certa tempora definita sunt aduersus bonæ fidei possessorem, puta 10. annor. inter præsentes, & 20. inter absentes. Et ita olim actio personalis erat perpetua, & sempiterna: realis, temporaria. hodie personalis perdurat longissimo tempore, non etiam realis, quæ finitur longo tempore. Et ratio differentiæ hæc est, quia actionem realem non perimit longum tempus: Nec enim tempus est idonea causa producendæ, aut perimendæ actionis, sed actionem realem perimit vsus longi temporis, vsus rei diuturnus: in actione personali nullus est vsus debitoris, qui perimat actionem: Obligationis enim nullus est vsus, & tempus vtique solum non potest

perimere actionem. Vnde dubitatur, cum scilicet hæc A sit differentia certa inter actionem personalem & realem, quid sit statuendum de actionibus mixtis, quæ sunt tam reales, quam personales: vt communi diuidundo, familiæ ercifcundæ, finium regundorum: Nam qua reales sunt, videntur finiri spatio 10. aut 20. annorum, qua personales, spatio 30. annorum. Et magis placet mixtas actiones ea parte spectari, qua personales sunt, vt non intereant, nisi triginta annorum spatio, vt definitur in hac *l*. 1. Quib. addi potest petitio hereditatis, quæ etiam mixta actio est. Ergo & actio finium regundorum non perimitur, nisi spatio 30. annorum, nec citeriori spatio. Et tamen constitutione Theod. integra de præscriptione 30. excepta erat actio finium regundorum, vt esset perpetua & sempiterna, *l*. 2 *C. Theod. de action. certo tempore finiendis*. quia intra quinque pedes, inter quos B tantum consistit quæstio finium regundorum, *vt ex* 12. *tab*. non erat vsucapio auctore Tullio, *lib. de legibus*. quia erant sacri fines intra quinque pedes: ita constitutionibus intra eos fines nulla admittebatur præscript. longi, aut longissimi temporis. Sed Iustinianus eam quoque actionem redegit ad 30. annos, immutatis verbis legis, quæ perpetuam faciebant actionem finium regundorum, vt constat ex Iulio Frontino, immutatis, inquam, in *l. vlt sup. fin. regund.* Dubitari etiam poterat de omnibus aliis actionib. quæ nominatim recensentur in hac l. ne amplius dubitaretur, vt dubitari poterat de actione pro socio, quod & hæc videretur esse mixta, vel ex *l*. 1. *ff. comm. diuid.* dum veluti per comparationem ait, actionem pro socio magis pertinere ad personales vltro citroque præstationes, quam ad diuisionem rerum, quo significat, quodammodo eam pertinere ad diuisionem C rerum, ac proinde quodammodo mixtam esse. sed placet eam quoque, vt cæteras mixtas, licet verius sit hanc non esse mixtam, sed personalem, perimi præscriptione 30. annorum. Dubitari etiam poterat de actione furti, & vi bonorum raptorum, quæ est etiam actio furti improbioris: vt raptor in iure dicitur fur improbior. Et cur de iis dubitari poterat, an perimerentur longissimo tempore? quia re furtiua sæpius a fure contrectata, sæpius etiam nasci videbatur actio furti aduersus furem, quotidie re contrectata, & quotidie videtur nasci actio furti in furem. Et ita nunquam implebatur tricennium, quia subnascebatur quotidie actio: & ideo in *l. si cum quis* §. *quamdiu ff. de furt.* dicitur, non perire actionem furti, quamdiu fur viuit, quod quid aliud est quam actio- D nem furti esse perpetuam? id est, dum fur viuit, *l*. 1. *ff. pro soc.* Et ita furti actionem perpetuo dari in *Instit.* §. 1. *de temp. & perpet. action.* Sed hæc quoque redacta est ad triginta annos, improbata veterum sententia, quia subinde nasci volebant actionem furti, ita vt recte dicatur in *l*. 9. *ff. de furt.* assidua & frequenti contrectatione non magis nasci actionem furti, non recreari ideo sæpius actionem furti, quæ si sæpius ita recrearetur, nunquam impleretur tricennium, quod tamen hæc lex definit, & actionem furti, & vi bonorum raptorum perimi. Id etiam notandum est *ex hac l*. 1. §. *vlt.* filiisfamil. in his rebus, quarum proprietatem patri non adquirunt, quales sunt hodie omnes res aduentitiæ, non imputari tempora præscriptionis, sed ab eo duntaxat die aduersus eos E præscriptiones computari, quo sui iuris effecti sunt, *vt in l*. 1. *in fin. sup. de bon. matern.* quia ab eo demum tempore suas actiones exercere possunt, non quamdiu sunt in familia, & potestate patris: quia filiifamil. persona in iudicio legitima non est sine voluntate patris, sicut nec serui: & interim dum est in potestate patris actionum exercitio pertinet ad patrem, perinde atque si bonorum aduentitiorum proprietas ei adquisita fuisset vt in *d. l*. 1. *& l. vlt. sup. de bonis, quæ lib.* non pertinent ad filiumfamilias sine voluntate patris: ergo ei nihil imputari poterit, opposita præscriptione aliqua, qui etiamsi vellet, agere non posset, *l. vlt.* §. *pen. ff. quis ordo in bonor. poss.* Et generaliter ab eo die demum nobis imputantur tempora præscriptionum, quo agere potuimus, *vt in l. in rebus* §. *vlt. ff. de iure dot. l*. 7. §. *illud, sup. tit. prox. l. ordinata* §. 1. *de liber. cau.* Et hæc de leg. 1.

Ad L. II.

L. 2. Vt perfectius omnibus consulamus, & nemini absentia, vel potentia, vel infantia penitus aduersarij sui noceat, sed sit aliqua inter desides & vigilantes differentia: sancimus, si quando abfuerit is, qui res alienas, vel creditori obnoxias detinet, & desiderat dominus rei, vel creditor suam intentionem proponere, & non ei licentia sit absente suo aduersario, qui rem detinet, vel infantia, vel furore laborante, & neminem tutorem. vel curatorem habente, vel in magna potestate constituto, sua auctoritate [eas res vsurpare:] licentia ei detur adire præsidem [prouinciæ] vel libellum ei porrigere, & hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, & interruptionem temporis facere, & sufficere hoc ad plenissimam interruptionem. Sin autem nullo potuerit modo præsidem adire, saltem ad locorum episcopum eat, vel defensorem ciuitatis, & suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit, vel præses, [vel episcopus, vel defensor ciuitatis.] liceat ei proponere publice, vbi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si ciuitas tabularios non habeat, cum trium testium subscriptione: & hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, siue triennij, siue longi temporis, siue 30. vel 40. annorum sit. Omnibus aliis, quæ de longi temporis præscriptione, vel triginta, vel quadraginta annorum curriculis, constituta sunt, siue ab antiquis legum conditoribus, siue a nostra maiestate, in suo robore duraturis.

Lex 2. & 3. sunt de interruptionibus præscriptionum. Præscriptionem non interrumpit sola denuntiatio domini, vel creditoris hypothecarii, vt *l. alienam, ff. pro empt.* Non interrumpit comminatio, non postulatio μονομερῶς facta apud iudicem, vt dixi *l. 3. tit prox.* non libellus principi datus, id est, querela delata ad principem per libellum de rebus suis ab alio possessis: libellus hic, inquam, non interrumpit præscriptionem longi temporis, aut longissimi, sed annuam tantum, vt *l*. 2. *sup. quando libell. princ. oblatus.* At præscriptionem longi temporis interrumpit litis contestatio, & conuentio executoris, & noua cautio, quam vocant γνωσιμαχικὴν ἀσφάλειαν. Et interrumpitur etiam præscriptio medio tempore sine violentia rem possidente domino, vel creditore, & solutione partis, & solutione vsurarum, & libello principi dato, si annua fuerit præscriptio, *vt diximus in l*. 3. *& 7. sup. tit. prox.* Ac præterea in *l*. 2. *huius tit.* ostenditur, etiam præscriptionem interrumpi, si nemo sit, qui conueniri possit, vt si possessor absit, vel si infans sit, vel furiosus, qui nec tutorem, vel curatorem habeat, vel si sit potentior aliquis, qui sit difficilis conuentu. Et definiuntur *potentiores*, qui gratia & opib. valent, non ii tantum, vt Accur. heic vult, qui habent merum imperium. Ergo & ii, qui non habent, puta locupletiores. Et ita potentiores definiuntur in *Nou. Basilij & Romani de potentiorib.* Et illa Basilii vult non iniuria, vt potentiores, nec quidem quadraginta annorum præscriptione, res suas, quas illi possident, repetentibus tenuioribus hominibus obiicere possint, quod hac via paulatim potentiores sua facerent omnia bona tenuiorum. Et ostendit *potentiores*, non esse tantum eos, qui in magistratu sunt, sed illustres vel spectabiles, qui pollent gratia & opibus. Si igitur ex his quatuor causis, quæ notantur *in hac l*. 2. non possit conueniri possessor, aut vix possit conueniri, fiet interruptio præscript. ex scripto habita contestatione apud præsidem prouinciæ: vel si eius non sit copia apud Episc. ciuitatis, vel eo deficiente apud

defensorem, vel deficiente defensore, publice ad domum possessoris *adfixo libello* conuentionis, adiuncta subscriptione trium testium, qui modus affigendi libelli ad domum aduersarii ex iure nostro in plerisque locis obseruatur, vt *docui obseruat. 7.* Hæc contestatio pro petitione cedit, id est, pro litis contestatione *l. 2. ff. de naut. fœn.* Interruptio definitur recte ab Harmenopulo *1. Epitom. tit. 3.* ῥῆξις τοῦ χρόνου & illo loco refert sententiam propositam in hac *l. 2.* Et illud, quod retuli ante, vt fiat ea contestatio, si non exstet, qui conueniatur apud præsidem, vel episcopum, vbi ex *h. l. 2.* posset quis existimare legendum esse, ἢ τοῖς ἐκδίκοις. id est, *vel apud defensores ciuitatis*, sed puto consulta opera hoc verbum fuisse mutatum in Basilicis, quod *Nouella Leonis 46. & 47.* sublati essent decuriones, ac omnes magistratus municipales, ex quibus erant defensores ciuitatum, qui B erant instar tribunorum plebis. Quamobrem & defensores plebis dicuntur in *tit. de defen. ciuitat.* Ideoque in Basilicis scriptum est, *si non sit copia præsidis, vel episcopi, superiorem contestationem fieri apud potiores & principales*, ἐκκρίτοις τῶν πολιτῶν vt Apollonius de auro egregio, & Iosephus de bello Iudaico, *lib. 2. cap. 28.*

Ad Leg. III.

L. 3. Si ex multis causis quidam obnoxium habens, & maxime ex similibus quantitatibus, in vnius quidem causæ summa libellum conuentionis composuerit, causam tamen non expresserit, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in iudicium deduxisse, an vetustissimam earum, C *aut omnino nihil fecisse, cum eius sensus incertus esse apparebat. Sed & in iudiciis, in multis tales altercationes ventilatas inuenimus, & maxime propter longi temporis interruptionem: Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariæ autem actionis nulla mentio procedat: quidam putabant, personalem quidem esse temporis interruptione perpetuam, hypothecariam autem euanescere taciturnitate sopitam. Et si quis generaliter dixerat, obnoxium sibi aliquem constitutum: aliæ dubitationes emergebant, si omnes ei competentes actiones huiusmodi narratione contineri credantur, an vero, quasi silentio circa eas habito tempore expirare, nullo ex incerta libelli confectione adminiculo ei adquisito. Sancimus itaque nullam in iudiciis in posterum locum habere talem confusionem: sed qui obnoxium suum in* D *iudicium clamauerit, & libellum conuentionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causæ mentionem habentem, & vel vnius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones vel hypothecarias continentem, nihilominus videri ius suum omne eum in iudicium deduxisse, & esse interrupta temporum curricula cum contra desides homines, & sui iuris contemptores odiosæ exceptiones compositæ sint.*

Est etiam de interruptione *l. 3.* cuius species est elegantissima. Finge: Titius mihi debet eandem quantitatem ex variis causis, puta debet mihi 100. ex testam. 100. ex venditione, 100. ex mutuo. Ego volens interrumpere præscriptionem, qua ille posset vti aduersus personales actiones, quæ mihi in eum competunt, vel E hypothecariam, si interuenit hypothecaria, in iudicio petii centum non expressa causa, vel etiam generaliter petii, quod mihi debebatur, vbi notandum est admitti *generalem conceptionem libelli* conuentionis, incertum libellum admitti, puta si per executorem te conueniam, vt soluas, quod mihi debes, quantitate non expressa, vel causa. Et ita in §. *curare, Instit. de act.* curare debere iudicem, vt certæ rei, vel summæ sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum sit *l. 3. inf. de inutil. stipulat.* Adde, etiamsi incertus libellus petitoris fuit, qui datus est per executorem ante litem contestatam. Vel etiam finge: ego egi actione personali, non hypothecaria, cum haberem vtramque ex eadem causa, vel

A contra egi hypothecaria, non personali: Quæritur, an videar libello conuentionis, & postea secuta litis contestatione interrupisse tempora omnium actionum mearum, quæ mihi in eumdem hominem competebant: Et ait in specie proposita, qui petit 100. non expressa causa, omnes suas actiones in iudicium deduxisse videri, id est, actionem ex testamento, qua debebantur 100. & actionem ex vendito, qua totidem, & actionem ex mutuo, qua etiam 100. Denique eum videri omne ius suum in iudicium deduxisse, & interrupisse tempora præscriptionis, etiamsi libellum generaliter conceperit, nulla causa expressa: Nam dum generaliter libellum concepit, nihil nocet, si non exprimat causam, sed debet exprimere quantitatem. Nam, vt recte Ioannes sentit, qui neque exprimit causam, neque quantitatem, quoniam alterutrius expressionem hæc lex exigit, non videtur omne ius suum in iudicium deduxisse, sicut etiam, qui petiit certam summam ex certa causa, non videtur ceteras causas in iudicium deduxisse. Et verba legis, *vel vnius quidem causæ specialiter*, sic sunt accipienda, vnius summæ ex causa vna, quæ tamen exprimatur, vt initio huius legis. Et ita Ioannes.

RETRACTATIO L. 3.

Antequam veniamus ad tit. 41. explicanda iterum est *l. 3. sup. tit. prox.* cuius species hæc est: eum, cui quis debet eandem quantitatem ex diuersis causis, veluti 100. ex testamento, 100. ex stipulatione, 100. ex mutuo, omnes causas in iudicium deduxisse: & per hoc tempora præscriptionum interrupisse videri, si petierit centum non adiecta causa, quoniam videtur ea centum petere ex omnibus causis, cum non adscribat causam, videlicet petere videtur centum ex testamento, 100. ex stipulatione, 100. ex mutuo. Qui specialiter petit 100. nec adiicit causam, omnem causam complecti intelligitur: denique videtur trecenta petere. Idem etiam erit, si ille generaliter petierit, *quod sibi debeatur: quod sibi debet Lucius Titius: Nam id omne, quod debet* petere intelligitur quacunque ex causa. Et nota, generalem & incertam conuentionem admitti, quam postea iudex redigit ad certam quantitatem. Item, si quis egerit actione personali duntaxat, vel actione hypothecaria, cum haberet vtramque ex eadem, vel iisdem causis, etiam eam actionem, qua non egit nominatim, quæ modo competat ex iisdem causis, in iudicium deduxisse intelligitur. Ideoque quasi interrupta præscriptione, nulla temporis præscriptio ei obiici potest: quia eæ præscriptiones obiiciuntur tantum desidiosis: & qui ita egit, desidiosus non est, id est, qui petit 100. non expressa causa, vel qui generaliter petiit, quod sibi debetur, vel qui personali egit, non hypothecaria, aut contra hypothecaria, non personali: Nam hic satis diligens fuisse videtur in omni iure suo persequendo: Et præscriptiones nocent negligentibus, non diligentibus: in dormientibus desidies, non in vigilantibus. Et eleganter ait *in fin.* odiosas exceptiones, id est, præscriptiones temporum esse compositas contra desides & negligentes, iuris sui contemptores. Quibus verbis non hoc vult: Exceptiones temporales per se odiosas esse, quod tamen vulgo asserunt, sed comparatas esse in odium negligentium. Vt Senatusconsultum Macedonianum per se non est odiosum, sed tamen factum est in odium fœneratorum *l. qui exceptionem, D. de cond. indeb.* vel similiter condictio furtiua, quæ dicitur comparata odio furum, § *sic itaque, Instit. de act.* Tamen per se non est odiosa: imo iustitiæ plenissima. Hæc est sententia *l. 3.* Ex qua colligendum est, ex contrario non esse locum huic legi, si quis ex certa causa certam quantitatem petierit, puta 100. ex causa mutui: Nã hic non censetur & alias causas in iudicium deduxisse, vt Ioannes sentit recte, qui hæc verba *h. l.* quæ sunt in fine: *Vel vnius quidem specialiter, &c.* ita recte interpretatur: Vnius quidem causæ summa, causa tamen non expressa:

vt scilicet omnem causam intelligatur in iudicium deduxisse, qui exprimit quantitatem, causam autem non exprimit. Et idem omnino dicendum erit, si quis egerit ex certa causa, si petierit ex certa causa quod sibi debetur, non expressa quantitate, quia cæteras causas non videtur in iudicium deduxisse, qui exprimit certam. Idem erit, si dissimiles quantitates debeantur ex variis causis puta 100. ex testamento, 20. ex stipulatu, 30. ex mutuo: Nam si petet decem, manifestum est, eum non videri alias summas in iudicium deduxisse, quæ sunt dissimiles. Ideoque *quod ait in prima parte h. l. & maxime ex similibus quantitatibus*, sic accipias, vt minime idem sit ex dissimilibus quantitatibus. Et ita omnia sunt perspicua in *l. 3.*

AD TITVLVM XLI.

De Alluuionibus & paludibus & pascuis ad alium statum translatis.

HVius tituli de alluuionibus coaptandi cum superioribus titulis, qui sunt de præscriptione, non vna tantum, sed triplex est ratio. Prima hæc est, quia alluuione, & inundatione, de quibus agitur hoc titulo, possessio, & consequenter præscriptionis tempus interrumpitur *l. 3. §. Labeo, ff. de adquir. possess.* Nec mirum cum & iis modis dominium amittatur. Possessio igitur & dominium & vsusfructus *l. si ager. ff. quib. mod. vsusfr. amit.* De alluuione est *l. 1. & 3. h. t.* De inundatione est *l. 2.* vt scilicet in Ægypto, quorum agros inundatio Nili feraciores facit, quod idem est, si contingat in alia prouincia, vt hi inquam, plus inferant tributorum nomine, quorum agros vberiores inundatio fecit. Ii autem, quorum agri minores, vel deteriores facti sunt, vt releuentur, & pro qualitate eius & quantitate, quod in censu agendo possidere videbuntur, publicis pensitationibus respondeant. Hæc est *l. 2.* sententia. Secunda ratio coaptandi huius tituli est, quia præscriptio longi, vel longissimi temporis non tantum fundum complectitur, sed etiam quod fundus creuit per alluuionem, siue creuerit ante, siue post adquisitam præscriptionem, quia id quod per alluuionem adcrescit, sequitur ius conditionemve fundi principalis, cui adcreuit *l. & puto. §. id quod amnis, ff. famil. ercisc. l. si fundus, in princ. D. de pign. l. item si fundi §. huic vicinus, D. de vsufr. l. si ego §. quod tamen D. de Publ. in rem action.* Tertia ratio hæc est, quia, vt in fine superioris tituli scriptum est præscriptiones compositas, sic legitur compositas, inquam, esse *non oppositas*, contra desides & negligentes rerum suarum contemptores: Ita iura alluuionum sunt recepta contra negligentes; qui scilicet ripam, qua agri eorum terminantur, non muniunt, non reficiunt. Auctor Cassius Longinus, IC. apud Vrbicum *lib. de limitib. agrorum.* Et apud Boëtium 2. *de Geometria.* Et Cassij verba hæc sunt: *Quicquid aqua lambendo abstulerit, id possessorem amittere, quia scilicet ripam suam, sine alterius damno tueri debuit.* Et sequitur quod omnino est ex iure, & proponitur differentia hæc in *§. præterea Instit. de rer. diuis. Si vero,* inquit, *vi maiore, non paulatim lambendo flumen alueum mutasset, suum quemque modum agnoscere, quia non possessoris negligentia, sed vi tempestatis abreptum apparet.* Et hanc eandem differentiam demonstrat Siculus Flaccus *libr. de conditionibus agrorum*, in hæc verba: quæ referam, quia non sunt emendate expressa. *Riuus,* ait, *quoties finem facit, appellatur rectus curuusue, qui si alicuius terras minutatim ex alia parte abstrahat, & alij contrariæ relinquat, quod vocant alluuionem, repetitio finium non datur. Inducit enim necessitatem muniendarum riparum. Quod si vi tempestatis riui torrentes subito alueum cursumque mutent, iustius tum (vt mea fert opinio,) erit, vt aluei veteris fines suos quisque obtineat.* Hæc Siculus. Et ratio differentiæ est euidens & aperta, quia aduersus vim maiorem nulla est ratio muniendi se, & ideo, quod vi maiori mihi flumen abradit, id non amitto. At quod paulatim veluti lambendo abradit, id meum esse desinit, vt plectatur negligentia mea, qui potui me præmunire aduersus id. Non licet quidem cuiquam flumen auertere mutato alueo opere manufacto, mutato naturali cursu fluminis, *vt in l. 1. hoc tit.* alioquin tenetur interdicto, ne quid in flumine publico. At licet cuilibet ripam suam munire, qua suus terminatur ager, dummodo id faciat sine iniuria accolarum *l. 1. §. si autem, D. de fluminib.* Et ea de re propositum interdictum de ripa munienda, ne prohibeatur ripam munire, facto aggere, ductoue vallo. Additur etiam in *l. 1. h. t.* fundum, quem amnis circumiit & redegit in formam insulæ, priori alueo derelicto, eius manere, cuius fuit, quod etiam est proditum in *l. 1. §. item si amnis D. de flum.* Id M. Tullius vocat *circumluuionem*, non alluuionem. Alluuio dominium mutat, circumluuio sola dominium non mutat. Festus vocat *circumluuium*, quod & ius prædiorum esse dicit, quia vix vnquam circumluitur ager, quin etiam paulatim alluendo augeatur, vt in *l. ergo §. tribus, D. de adquir. rer. dom.* ex quo loco idem etiam potest appellari colluuium. Ergo & alluuio est ius prædiorum & circumluuio, quod vix existat circumluuio sine alluuione aliqua: & ius prædiorum. quia quod per alluuionem agro nostro adcrescit, iure gentium nostrum fit, vt in *h. l. 1.* Et si vis etiam tibi dari alluuionis definitionem: *alluuio* est incrementum latens, vel est ius prædii, quo portio fundi portioni contrariæ accedit donante flumine publico. Primum si dicas, *ius prædij*, hoc non sufficit: nam & seruitus est ius prædii, nec tamen est alluuio nec satis si dicas, *incrementum latens, ex d. l. item si §. huic vicinus, D. de vsufr.* quod fiat paulatim & minutatim veluti lambendo: Nam non omne incrementum latens est alluuio: Nam ætatis cuiusque rei, & doctrinæ, & artificii etiam est incrementum latens, *l. legatis §. ornatricibus, de leg. 3.* Idcirco adieci, quo portio fundi portioni contrariæ, id est, quæ est e regione, accedit, *ex l. si Titio in fi. ff. de vsufr.* Et adieci *donante flumine publico*, ex Lucano: *Illos terra fugit dominos, his rura colonis, Accedunt donante Pado.* Et recte de Pado flumine, quod etiam Vrbicus ait esse rapidum & torrens flumen, quod aliquando tam violenter decurrat, vt & mutet alueum, & multorum late agros trans ripam transferat, sæpe etiam insulas efficiat. Id autem, quod per alluuionem adcrescit fundo nostro, adeo nostrum fit, vt a fisco vindicari & vendi non possit, *l. 1. h. t.* itaque vt non possit vendi a principe, quasi possessio vacans. Et præterea id singulariter constituitur in *l. 3. hoc tit.* vt nihil fisco inferatur pro incremento alluuionis. Cuius constitutionis ratio hæc est, quia incerta possessio, incertum eius dominium est, *vt ait Theodosius in integriore Nouella, de alluuionibus*, ex qua sumpta est *l. 3. huius tit.* Incerta est possessio, incertum dominium eius, quod per alluuionem adcreuit, quia quod hodie possidemus alluuionis beneficio, plerunque altera die vicini fundi domino in alteram ripam translatum adquiritur, & non semper remanet apud eum, cui adcreuit, quia plerunque redit ad priorem dominum etiam cum augmento, aliquando nec ad priorem, nec ad posteriorem redit, sed inundatione fluminis in arenam dissoluitur. Est igitur plane incerta possessio: & tributa tantum indicuntur certæ possessioni, certoque dominio. Id cuius incerta est possessio veluti, quod possidetur alluuionis beneficio, non potest onerari tributo. Et qui ei indicit tributum, vt ait *h. l. 3.* videtur ignorare vitia alluuionis quod non intellexit Accursius, id est, inconstantiam, mutabilitatem, & crebram veluti tempestatum commutationem. Videtur ignorare incertum alluuionis, & indicendo tributo tam incertæ possessioni possessoribus rem noxiam videretur *indicere*: sic est legendum, non inducere: eodem iure sunt

ſunt, vt oſtendit *h. l.* 3. paludes & paſcua, quæ inferti-A lia cum eſſent, & ſqualida prædia, domini ſumptu, & diligentia fertilia facta ſunt, vt ſcilicet ea quoque non poſſint onerari tributis. Hanc immunitatem mereri dominum, qui paluſtrem & inutilem agrum exſiccauit, exarauit, excoluit, vt non ſtatim ſua diligentia fiat ei damnoſa exacto tributo. *pour vne terre qu'il a defrichée de nouueau.* Hæc eſt ſententia leg. 3.

AD TITVLVM XLII.

De ſententiis præfectorum prætorio.

SVperiori tractatui de poſſeſſionibus, & eius effe-B ctis, veluti de vſucapione, & præſcriptione temporis, vicinus eſt tractatus de miſſione in poſſeſſionem, quæ fit ſententiæ iudicis exſequendæ cauſa, quæ miſſio in poſſeſſionem numeratur etiam inter ſpecies poſſeſſionis in *l.* 3. §. *vlt. D. de adquir poſſeſſ.* Et ſæpe poſſeſſio in iure dicitur, & de ea quia dicturus eſt titulo 72. ꝟ. ideo prius inſtituit dicere de ſententiis, quarum exequendarum cauſa illa poſſeſſio comparata eſt. & primum dat titulum *de ſententiis præfectorum prætorio,* quoniam hi ſunt maiores magiſtratus poſt Principem, qui ſumma iudiciorum obtinent, vt licet non poſſit appellari ab eorum ſententiis, quo ſatis demonſtratur amplitudo imperii eorum, tamen liceat per libellum aduerſus eas ſupplicare Principi, vt cauſa retractetur, *que l'on renuoye la cauſe*, quod vocatur retractatio. Et hunc libellum poſſe offerri Principi, non quamdiu ſunt in C magiſtratu: (erant enim temporarii omnes) ſed poſtquam acceperunt ſucceſſores intra bienninm *Nouella* 82. Et non intellexit Accurſius illa verba, *Poſt ſucceſſionem iudicis.* Namque id volunt, poſtquam præfecto prætorio ſucceſſum eſt, intra biennium poſſe retractari ſententiam eorum iuſſu principis, ſupplicante eo, qui ſententia præfecti prætorii condemnatus eſt. Et notandum, *quod ait lex*, hoc eſſe verum etiamſi ſententia dicta ſit pro curia, vel pro vtilitate publica, vt ſcilicet aduerſus eam poſſit ſupplicari. Et hæc fuit cauſa ferendæ huius legis, vt indicat *Nouella Theodoſij de ſententiis præfect. prat.* ex qua hæc l. trahitur, vt abrogaretur Conſtitutio, quæ ne ſupplicari quidem volebat aduerſus ſententiam præfecti latam pro curia, vel vtilitate publica.

Et notanda eſt hæc differentia inter appellationem & D retractationem: Nam appellatione interpoſita, nihil innouatur, id eſt, ſuſpenditur exſecutio ſententiæ. At libello ſupplice dato principi, vt cauſa retractetur, hoc nullum adfert impedimentum exſecutioni ſententiæ præfecti prætorio *Nouel.* 119. Eſt alia differentia inter ſupplicationem, & reſtitutionem in integrum: Nam ipſemet præfectus prætorio aduerſus ſententiam ſuam dare poteſt reſtitutionem in integrum *l. in cauſa* §. *vlt. & l. ſeq D. de min.* At cauſam retractare ipſemet non poteſt, cauſa retractanda demandatur non eidem, qui ſententiam dixit, ſed ſucceſſori alij. Igitur quod vellem hodie ſeruari, vt non apud ſenatum retractaretur cauſa Senatuſconſul. deciſa, ſed apud alios iudices: Nam *vt recte* E *ait Plinius 6. Epiſt.* ſcribens ad Vrſum, ſenatoribus re integra diſſentire fas eſt: re peracta, quod pluribus placuit, poſtea cunctis placet. Et vix vnquam reſcindent ſententiam, quam dixerint. ergo non probe iiſdem mandatur cauſæ retractatio, vt apparet in hac *l.* in qua ſucceſſori mandatur, non eidem. Vnum tantum notandum eſt ex *d. Nou.* 119. aliquando & cauſæ retractationem permitti eidem præfecto prætorio, puta, ſi intra decem dies eidem offeratur libellus, vel principi, vt rurſus inſpiciat cauſam attentius, qui dicitur *libellus didaſcalicus.* Et ſic ille libellus impedit executionem, ſi eidem offeratur intra decem dies, niſi victor ſit paratus ſatiſdare de reſtituenda re, ſi reſciſſa forte ſententia fuerit. Et inde origo hodie in foro *libelli ciuilis, vne requeſte ciuile.* quoties arguitur dolus malus aduerſarii, quando dolo malo aduerſarii factum eſt, vt ita iudicaretur. *La requeſte ciuile eſt fondée ſur le dol de la partie aduerſe.* vnde etiam origo propoſiti erroris, quoties error allegatur, error facti, quod iudices non bene tenuerunt factum, & per conſequentiam, quod non tenuere ius: nam iudices principaliter non arguuntur ignorantiæ iuris, ſed per conſequens, ius ſcilicet ignorat is, qui factum ignorat. *& c'eſt ce qu'on dit, que la propoſition d'erreur eſt fondée ſur l'erreur du fait, & de l'erreur du fait reſulte l'erreur du droit.*

AD TITVLVM XLIII.

Quomodo & quando iudex ſententiam proferre debeat præſentibus partibus, vel vna abſente.

TItulus eſt explicatu difficilis, in quo explicando biduum conſumere par erat, ſed explicatus diſtincte videbitur facilis, quia omnis opera eſt in diſtinguendis & componendis legibus, quæcumque ad hanc quæſtionem pertinent, quæ prima ſpecie confligere inuicem videntur, quod ordo iudiciorum, qui fuit olim, valde obſcurus & incertus ſit. Verum ad rem. Regulariter de vnoquoque negotio ſententia ferri debet præſente vtraque parte, præſentibus omnibus, quos cauſa contingit *l. de vnoquoque, ff. de re iud.* Quod eſt *ex illa l. 12. tab. præſente ambobus litem addicito,* vt veteres dicebant præſente amicis, præſente teſtibus. At hoc titulo duo caſus proponuntur, quibus altera parte abſente ſententia ferri poteſt, & vno caſu reſcindi remedio appellationis, altero caſu nec appellatione reſcindi. Primus caſus hic eſt: Si præſentibus partibus *lis inchoata ſit,* id eſt, ſi conteſtata ſit: Nunquam enim conteſtatur, niſi vtraque parte præſente. Si igitur lis conteſtata ſit, ſi inchoata præſentibus partibus, & poſtea vna pars abeſſe cœperit, in abſentem, & indefenſam partem dicta ſententia valet, nec ſine appellatione reſcinditur, *l. vlt. hoc tit. l. 2. ſup. de contr. iud. tut.* Quod vtique verum eſt, ſi non abſit per contumaciam, ſiue, quod idem eſt, ex eremodicio, quod non contrahitur, niſi quis tribus edictis euocatus ſit. Ergo qui poſt litem conteſtatam abeſſe cœpit, ſi non ſit tribus edictis euocatus, atque ita non ſit contumax, non deſertor litis, tamen in eum data ſententia valet, quod rem ſuam in iudicium deduxerit, ſeque & rem ſuam iudicio permiſerit, ſed appellatione reſcindi poteſt, niſi acquieſcat ſententiæ. Et hoc obſeruatur in liberalibus cauſis, licet ſint fauorabiles, vt poſt litem inchoatam inter præſentes, deinde vna parte abſente diſcuti, & ſententia ferri poſſit *l. 4. l. iuxta, ſup. de lib. cauſ.* Sed hoc ita verum eſt, niſi ſententia dicta ſit die feriato. Nam hæc ſententia ipſo iure nulla eſt, ipſo iure reſcinditur ſine appellatione, *l. ſi feriatis, D. de feriis, l. 4. h. tit.* Nam & hic abſens cauſari poteſt ſe abfuiſſe, quod non exiſtimauit eo die iudicium futurum, vt plane excuſetur qui die feriato non adfuit. Item niſi dicta ſit ſententia alio loco, quam quem iudex condixerat, id eſt, alio loco, quam quo de cauſa, cogniturum edixerat. Nam hæc quoque ſententia ipſo iure nulla eſt, ſi dicatur in abſentem, quem iudex fefellit, alio loco reddito iure iudicioue, quam quo edixerat *l. 5. hoc tit.*

Alter caſus hic eſt, ſi poſt litem conteſtatam vna pars per contumaciam abeſſe cœperit: Nam ſententia ferri poteſt, non vtique contra abſentem contumacem ſemper, niſi contumaciæ periurium admixtum ſit, vt in *l. 1. ſup. de adſert. tol.* Sed etiam pro abſente contumace, ſi bonam cauſam habere videatur. Non ergo ſemper contra contumacem pronuntiatur, ſed & pro eo ſi bonam cauſam habuerit, *l. properandum* §. *ſin autem ex geſtis. ſup. de iud. l. & poſt edict. D. eod. l. 1. h. tit.* Quæ lex ait, quod

habetur rescripto Adriani, contra absentes sententias dari solere, quæ est accipienda de absentibus contumacibus, *& solere*, id est, hunc morem esse iudiciorum vt contra absentes contumaces feratur sententia. Hoc vero quod ita rescriptum est, non imponit necessitatem iudici semper pronuntiandi contra absentem contumacem, sed vt pro eo sententiam dicere possit, si bonam causam habeat, si id æquitatis efflagitet ratio. Ergo *l.1 .h.t.* est de absente contumace. Addendum vero, hoc obseruari non tantum in priuatis iudiciis, sed etiam in publicis, si capitalia non sint, vt valeat sententia quæ fertur in iudiciis publicis, absente reo per contumaciam, & vt aduersus eum ferri sententia possit, nisi sit reus capitalis criminis, quod irroget mortem naturalem, vel ciuilem *l.absentem ff. de pœn.* Sed quis est contumax? *Ex l. contumacia, ff. de re iud.* Contumax est is, qui tribus edictis propositis vel vno pro tribus, quod vulgo peremptorium appellatur, vel literis euocatus, præsentiam sui facere contemnit. vel literis, sic est legendum in *d. l.* vulgo deest, illud, vel, vt significet, vel euocandum esse literis, vel edictis propositis. Et addi potest *vel denuntiationibus*, ex sententiis Pauli. Et qui ita euocatus est solemniter, si præsentiam sui facere contemnat, contumax est, & contrahit eremodicium, id est, habetur pro desertore, litis moratore, frustratore, tergiuersatore. Et ait contumax est, qui contemnit, παρέλυμολογῶν, vt Velius Longus de Orthographia scribit, in contumaci, melius hoc obseruari, quod veniat a contenendo, tametsi Nisus contumacem per v. putarit scribi posse a tumore. sed omnes deducunt a contemnendo, vnde in glossis antiquis καταφρονητής, *contemptor, spernulis, contumax*. Et ita M. Tullius in Arato leporē παρέλυμολογῶν, *iacet*, inquit, *leuipes lepus*. Nam & apud Varron. L. Ælius leporē dictum, quod sit leuipes, & a celeritudine. Sunt in aliis auctoribus frequentes παρέλυμολογίαι, vt apud Homerum, Dionys. Aratum. Verum ad rem; nihil refert vtrum absens qui litem inchoatam deseruit, euocetur edictis publice propositis in foro, vt legi possint ab omnibus de plano, an literis ad eum transmissis, aut denuntiationibus factis per exsecutorem in personam eius: sunt hæc tria diuersa edicta, literæ, denuntiationes. *l. item veniunt §. petit, D. de pet.hered. l.cum vero §. euocari D.de fideic. libert.* Et Paul. *5. sent. de effect. sent. tractans etiam de contumace.* Aliquando vero post tria edicta datur edictum peremptorium, aliquando non, sed sufficiunt tria edicta, vel tres lineæ, aut denuntiationes *l. 2. & 9 .h.t. l.2 .C.Theod. de per. desist.* Aliquando tria edicta non proponuntur, sed vnum pro omnibus peremptorium proponitur *d.l.contumacia, & l. consentaneum h.t.* Hoc totum positum est in arbitrio iudicantis, vt vel proponat tria edicta, vel non edicta, sed literas mittat, aut denuntiationes, vel proponat tantum vnum edictum peremptorium, vel etiam vt post tria adiungat peremptorium, aut non, quia, vt ait *l. 2. cessante* quoque causa peremptorii edicti, id est, peremptorio edicto, recte ferri sententia potest aduersus eos qui tribus edictis admoniti iudicio adesse neglexerunt. Sed quia illa lex *consentaneum*, quam adduxi ante, est clauis huius tituli, ea nobis explicanda est, in qua hoc proponitur: *Post litem inchoatam si qua ex partibus absit, vt seruata iuris solemnitate priusquam sententiam dicat præses prouinciæ absentem euocet, puta tribus propositis edictis publice, quibus absenti diem dicat in quem se iudicio sistat, & dicat etiam locum, quia non fuit certus locus Romæ iuri dicundo, sed dicebatur locus arbitrio iudicis, sicut Senatus habendi non fuit locus, sed modo in hac habebatur Basilica, modo in illa. Ergo præses prouinciæ tribus edictis propositis absenti dicet diem & locum in quo se sistat; vel etiam debet eum euocare vno edicto, si ita videatur causæ cognitio exigere, quod dicitur vnum pro omnibus, & edictum peremptorium, at postea si absens sui præsentiam non faciat, tum potest audire iudex præsentis allegationes & de re pronuntiare. Quæ quidem pronuntiatio iudicis est summaria.* Summatim itaque de re pronuntiare, vel contra absentem, vel etiam pro absente poterit. Et hoc dicto subiicit Imperator, quod vel successor eius facere curabit, nimirum successor præsidis prouinciæ: Nec enim erant perpetui. Et ad huius loci intelligentiam maxime pertinet *l.edictum, ff. de iudic.* Si præses prouinciæ, qui antecessit dederit vnum edictum aduersus absentem, successor eius dabit reliqua duo edicta, & adfiget publice: vel si antecessor finierit numerum trium edictorum: adhuc a successore vnum edictum dabitur, ne ei obiiciat absens, tu me non euocasti. Vnde quod sequitur *in h. l.a quo* ter citatus videtur velle dicere eum, qui ter citatus est ab antecessore, si antecessor non dixerit sententiam, & a successore ter esse citandum, & euocandum, quod est contra *d.l.edictum*, & manifesto est superfluum: Nam hæc verba *a quo* sic accipienda sunt, a quo successore, de quo proxime agit: ideo manifestum est non esse legendum: *a quo ter, sed iterum*, id est, πάλιν, *non δεύτερον, a quo rursus citatus*, & semel si sui præsentiam facere contemnat, tunc successor eius ex duobus efficiet alterum, vt vel absentem obsequi compellat, vel si sit quæstio de re aliqua, quam absens possidet, possessionem eius rei transferet in petitorem, qui præsens est: atque ita possessorem absentem per contumaciam, ex reo faciet actorem, id est, tædio ablatæ possessionis & translatæ in actorem, eum venire compellet in iudicium, & suscipere partes actoris, vel satisdare de re defendenda, vt in *l.pen. §.vlt. sup. de præscript. 30. ann. l.si priusquam, D.de noui oper. nunt. l. a quo fundus, ff. de dam. infect.* Hoc genere non pronuntiatur de lite, sed suspenditur lis, & coercetur contumacia, a contumace rei possessione translata ad præsentem, qui eam petit, vel etiam vt iudici videbitur de re ipsa pronuntiabit pro absente, vel contra, plerunque vt fit contra absentem & indefensum: & si pronuntiauerit contra absentem, id est, si absens sit damnatus ex eremodicio, id est, quasi contumax frustrator, & desertor litis inchoatæ: nam quid est eremodicium? desertio litis inchoatæ: si inquam damnatus sit absens ex eremodicio, ex contumacia, sententia, neque appellatione rescindi potest, neque causa ex integro ab eo si venerit agi potest, instaurari siue redintegrari causa non potest. Hæc est grauissima pœna contumaciæ, vt qui ex contumacia damnatus est, non possit appellare, aut litem redintegrare, *l.properandum §.cum autem sup. de iud. l.& post edictum §.vlt. D.eod. l.1. inf. quor. appell. non recip. l.ex consensu §.vlt. D.de appell. & Nouel. 82.* Vnde pendet ratio, quam vulgo non intelligunt, leg. *liberto §. vlt. D. de neg. gest.* Reus litem in iudicio deductam deseruit, amicus eius eam vltro egit sine mandato absentiæ causam allegans iudici, & nihilominus absens frustrator vt frustrator damnatus est ex contumacia: Non appellauit amicus, qui vltro accesserat ad negotium eius, an hæc culpa ei obiici potest, quod non appellarit? minime: ratio hæc est, quia vt frustrator condemnatus est, id est, quia ex eremodicio condemnatus est, ex quo non est appellatio. Et hoc est, quod ait *lex contumacia, D.de re iudic.* contumaciam plecti damno litis, quia scilicet neque appellari potest a sententia dicta in contumacem, neque causa redintegrari potest: sed vt ait *lex properand. §. sin autem.* lite cadit, nullo modo potest redintegrari sententia, quinimo etiam si pro absente contumaci dicta sententia sit, pœnas aliquas contumaciæ sustinet, quandoquidem etiamsi sententia pro eo dicta est, litis sumptus aduersario refundere debet: Quod valde est nouum, vt victor victo refundat impensas, cum regulariter eas refundat victus victori, sed ita plectitur contumacia.

Item absens per contumaciam, pro quo sententia dicta est, si ei in totum non satisfaciat, non potest ab ea appellare, nec alio modo instaurare iudicium siue litem ex *d. l. properandum.* atque ita damnum litis patitur ex parte aliqua is secundum quem lis data est. Ex quo patet nos

nos appellare posse a sententia pro nobis dicta, si in plenum non satisfaciat, nisi contumacibus nobis dicta sit. semper excipitur is qui restituitur in integrum, quia absens fuit ex iusta causa: Nam contumax non est, qui caret dolo: Et ita est proditum in *l. prætor ait, ff. de minorib.* etiam maioribus 25. annis dari restitutionem eremodicii, mortuæ, & desertæ litis, si doceant se ex iusta causa abfuisse, quod etiam ostendit *l. pen. h. tit. l. 1. sup. ex quib. caus. maiores, l. 4. sup. de proc.* Semper etiam excipio minorem 25. annis, vel absentem Reip. causa, quia aduersus eos nec edictum peremptorium, licet in notitiam eorum peruenerit, nec vlla alia sententia aduersus illos valet, id est, ipso iure nulla est, ipso iure muniti sunt (alii indigent restitutione eremodicii & restit. in integrum, hi non indigent), videlicet cum absentes & indefensi fuerunt *vt l. 6. h. t. l. acta §. vlt. l. contra, ff. de re iud.* Ergo apparet, duos esse casus, quibus absente parte iure ferri sententia potest, si post litem inchoatam absit per contumaciam, vel etiam citra contumaciam. Sed hoc posteriori casu sententia appellatione rescindi potest, non autem priori: alias ita constituamus: secundum regulam initio propositam, in absentem, & indefensum qui litem non inchoauit, latam sententiam nullius esse momenti *l. certum §. si quis. ff. de confessis*, ita ille locus est accipiendus, id est, de absente, qui nunquam comparuit in iudicio. Item in eum, qui litem inchoauit, non per contumaciam absentem, dicta sententia, quasi contra contumacem, etiam ipso iure nullius momenti est, & sine appellatione irrita constituitur, vt si quis damnatus sit ex edicto peremptorio, quod nec propositum est, vt de plano recte legi posset, nec in notitiam eius peruenerit, & ita loquitur *l. 1. §. item cum D. quæ sentent. sine appell.* Satis est, si edictum peremptorium publice fuerit propositum vt videatur absens esse contumax, licet in eius notitiam non venerit, quia nemo potest causari ignorantiam eius, quod publice proponitur, *l. sed etsi §. proscriptum, ff. de inst. act.* Satis etiam est si edictum peremptorium in eius notitiam peruenerit, licet publice propositum non sit: Nam literæ, vel denuntiationes sufficiunt, vt dixi. Denique satis est si quoquo modo conuentus sit, conuentio non fit nisi in personam *l. de vnoquoque inst. de re iud.* Alioqui non conuentus ignarus est, aut esse potest edicti peremptorii, vel cui nihil denuntiatum est, si condemnetur vt contumax, sententia ipso iure nulla esset, quia non est contumax. Contumacia cadit tantum in scientem, non ignorantem *l. 3. 4. 5. 6. 7. h. t.* Et obseruandum in *l. 4.* vulgo legi, *absente vel ignorante*, cum recte omnes libri veteres habeant, *absente & ignorante*, vt in *l. 3. absentibus, & ignorantibus.* Et notandum est, in illa *l. 4.* duplex esse vitium, quod sententiam facit ipso iure nullam, quia dicta est die feriato, & quia quasi in contumacem qui non erat contumax: ignorans enim vocationem non fuit contumax. Alterutrum vitium sufficeret. & ita duplex vitium potest constitui in specie *l. 5.* quod iudex alio loco sententiam dixerit & quod dixerit in absentem quasi contumacem, qui non erat contumax. Et ita in *specie l. 3.* proponitur, dictam sententiam in ignorantem, absentem, & indefensum, ignorantem videlicet edictum peremptorium, & nullam esse hanc sententiam ipso iure si damnatus sit quasi ex edicto peremptorio, quod ignorauit. Sed tamen, vt proponitur, sustinetur sententia ex consensu eius si ei adsensum accommodauerit, sicut testamentum ipso iure nullum sustinetur ex consensu filii præteriti *l. filium, ff. de ini. rupt.* Et irriti codicilli consensu heredis *l. cum quasi §. vlt. D. de fideicom. lib.* Sic sententia ipso iure nulla consensu eius, cuius interest, si querelam non detulit, puta dicendo sententiam ipso iure nullam. sic est explicanda *l. 3.* non dicit, si non appellauit, quia frustra appellatur a sententia ipso iure nulla; sed si querelam non detulit: aliud est querela, aliud appellatio, *l. si nominatus, C. Theod. de appell.* De qualibet sententia

A queri licet, non etiam appellare. Et ita, vt concludamus, in hoc titulo ostenditur quomodo absente vna parte sententia ferri possit, nempe seruata iuris solemnitate, vt ait *l. 8. h. t.* peracto ordine edictorum, *vt ait lex si prætor, ff. de iudic.* Item quando, id est, quibus casibus absente vna parte sententia ferri possit, & quibus non nisi vtraque parte præsente.

AD TITVLVM XLIV.

De sententiis ex periculo recitandis.

IN titulo superiori propositus est vnus casus, quo sententia ipso iure nulla est, & sine appellatione B rescinditur, ita vt ex integro causa agi possit & iudicari, puta, si sententia dicta sit aduersus eum, qui post litem contestatam abesse cœpit, quasi aduersus contumacem, ex edicto peremptorio, quod tamen nec propositum erat, nec in notitiam peruenerat. In hoc tit. proponitur alius casus, quo sententia sit dicta memoriter, sine scripto, si dicta sit, non lecta: Nam iudex, siue sit magistratus, vt in *l. 3. h. t.* siue sit iudex, vel arbiter datus a magistratu, vt in *l. 1.* debet sententiam suam scriptam, & manu sua obsignatam, vt est in Nouella Leonis 45. habita deliberatione, perpenso, maturoque iudicio, quod etiam hodie solet exprimi in sententiis, maturo consilio rem fuisse perpensam: ita inquam iudex debet sententiam suam per se ipsum ex libello, ex scripto publice partibus legere, & recitare: Alioquin sententia, C quæ sine scripto lata est, ne sententia quidem nominari debet, & sine appellatione rescinditur *l. 3. h. t.* Nam cum dicimus aliquam sententiam ipso iure nullam esse, ex eo tria sequuntur, nec nomine sententiæ dignam esse, & ex integro causam agi posse, & ad rescindendam illam sententiam non requiri appellationem: ipso enim iure rescindi. Dixi eum debere publice sententiam suam legere, vel recitare: Nam si vel sententia non sit publice lecta, sed in secreto loco, ἀνεμφανίςως, & non præsente officio, i. non præsentibus officialibus iudicis, hoc solo sententia est ipso iure nulla, *l. 6. t. seq.* Dixi præterea per semetipsum iudicium debere ex scripto sententiam suam recitare litigatoribus; sed excipiendi sunt præfecti prætorio propter culmen dignitatis, & quicumque habent illustrem administrationem in Repub. vt præfecti vrbi, quæstores sacri Palatij, magistri militum, & ceteri illu- D stres iudices, qui scilicet in Repub. nulla administratione funguntur, *vt ait l. 2.* sed tantum sunt illustres, & iudices forte delegati a principe ad speciem litis aliquam, & vno verbo illustres viri, non spectabiles, non clarissimi: & multo minus pedanei iudices possunt sententias suas recitare per suum officium inquit *l. 2.* id est, per officialem, vel inquit, per eos qui suum ministerium eis accommodant, veluti per præconem. *Apuleius 1. Floridorum, præconis vox garrula*, inquit, *ministerium est pro consulis.* Et ideo præco dicitur vox *legum Nouell. 20.* vt Iulian. interpretatur, *& vox iudicis*, apud D. August. 3. *de Trinitate*, & 16. *sermone de verbo* Domini in Matthęum. Quin etiam quod non additur in *hac l. 2.* Illustres personæ sine scripto sententias suas proferre possunt, Cassiodorus. de præfect. prætorio, *verbo sententiam dicit.* Et E sequitur: *Quid est, quod non habeat commissum, cuius est vel ipse sermo iudicium.* alterius iudicis sermo non est iudicium, sed scriptura tantum est iudicium, vltimum scilicet, id est, sententia.

Præterea additur in *l. 2.* recitatam ex scripto semel sententiam iudicem nec corrigere, nec mutare posse, quia perfunctus est suo officio, sententiam suam reuocare non posse *l. 1. in fin. ff. de quæstion.* etiam si male iudicauerit, quia in ea re desiit esse iudex, de qua pronuntiauit, *l. iudex, de re iudic.* Et si dicas, *male iudicaui*, respondebo, *at iudicasti.* At rursus si dicas, *non debui*; dicam, *at*

potuisti. Et publice interest ne reuocentur sententiæ semel prolatæ, nisi legitimo remedio, veluti per appellationem, vel supplicationem, *l. seruo §. cum Prætor, ad Trebell.* Exactio quidem ex sententia potest propter inopiam rei remitti, *l. 6. §. vlt. ff. de offic. præsid.* qui dixit mulctam alicui, propter eius inopiam postea remittere potest, id est, remittere exactionem mulctæ, non mulctam, quæ semel dicta est. Plinius 4. Epistol. *Prætor senatori mulctam dixit: egit ille causam suam in Senatu, egit autem sic, vt deprecaretur,* id est, vt peteret remitti mulctam, *remissa mulcta est.* at *ipsa sententia non potest corrigi, nec mutari.* Et si quid corrigatur, aut mutetur, id ipso iure nullum est *l. 1. in fine, inf. sententiam rescindi non posse.* Seneca in declamation. & controuersis: *iudex,* inquit, *quam tulit de reo tabellam, reuocare non potest: quæsitor non mutat pronuntiationem.* Apuleius 1. Floridorum: *Tabella semel lecta, nec augeri vno verbo, nec minui potest,* & hoc quidem distat sententia ab interlocutione: Nam interlocutio iudicis mutari, corrigi potest *l. quod iussit, de re iud.* Item interlocutio iudicis scripturam non exigit *l. omnem C. Theod. de appellat.* Item a sententia appellatur: ab interlocutione iudicis iure ciuili non appellatur, iure canonico appellatur, quo vtimur hac in re.

Quod autem ait *l. 2.* ex libello ferendam esse sententiam, & *l. 4. C. Theod. eod. & d. l. omnem.* & D. Augustinus *in sermone de sancto Cypriano,* quod item ait *l. 3.* de scripti recitatione, ferendam esse sententiam: quod in passione sancti Cypriani, latam esse sententiam damnationis ex tabella, *& apud Tertul. Apologet. cap. 2. d. l. 3. id in hac rub.* & in *l. 2. C. Theod. eod. est, ex periculo.* Ergo ex periculo sententiam recitare, est recitare ex libello, ex tabella, ex scripto. Vnde in notis iuris ciuilis iunctim leguntur scriptæ notæ D. P. D. L. id est, *de periculo, de libello,* quoniam vtrumque idem potest. Et inscite fecerunt Alciat. & alii, qui nomen *periculi,* mutarunt in nomen *breuiculi,* ignorantes periculum significare libellum, siue tabellam in quo sententia perscripta est, vt apud Æmilium Probum in Epaminonda: *Non recusauit quo minus pœnam legis subiret, sed vnum a iudicibus petiit, vt in suo periculo conscriberent: Epaminondas a Thebanis morte mulctatus, quod eos coegit superare Lacedamonios.* Quod Probus *periculum* vocat, id Plutarchus in Apophthg. & Ælianus 13. Hist. var. vocant στήλην, id est, vt sermone vtar Probi, *Pilam lapideam,* in qua conscribitur sententia iudicum, vt innotescat præsentibus & posteris, *Pilam lapideam,* vocat in Alcibiade: & ita proscriptus a Græcis dicitur στηλίτης, & legitur etiam in fœdere inter Allariotas & Parios quod etiam hodie exstat in Creta insula, scriptum lingua Dorica, vt id fœdus inscribatur, εἰς στάλαν λιθίναν, quod Attici, εἰς στήλην λίθινον. Legimus etiam apud Cicer. in 1. de LL. eum appellare paruum suum poëma *de Mari,* paruum libellum, periculum: *faciunt* inquit, *imperite, qui in isto periculo veritatem exigunt, tanquam a teste, non tanquam a Poeta.* & idem 5. in Verrem loquens de scribis publicis ait, *iis committi tabulas publicas & pericula Magistratuum.* Quo nomine puto significari, iis dari sententias, damnationes vel absolutiones. & ratio nominis hæc est, quod ex sententia semper periclitetur aliquis aut reus, aut etiam iudex, si male iudicauerit, quod litem faciat suam. Et ita inscriptionem accusatoris in crimen, recte dixeris *periculum,* quod ex ea periclitetur accusator ne fiat reus calumniæ. Neque tamen quod quidam tentant ita volo accipi periculi nomen *in l. vi facit, D. quod vi aut clam,* dum ait, *eum vi facere opus, qui prohibitus id facit, vel quo minus prohiberi posset, dedit operam, puta ianua præclusa. sed subiicit: vel periculo aduersario denuntiante.* sic est scriptum Florentiæ. vulgo: *periculum aduersario denuntiando:* Sed ex Florentina scriptura apparet scribendum, & legendum, *periculo aduersario denuntiato:* id est, aduersario perterrefacto, comminatione mortis, aut verberum admota, si prohiberet opus fieri, vt non sit necesse periculum eo loco pro libello accipere. Igitur retineamus veterem scripturam, quæ etiam est in *C. Theod. de sentent. ex periculo recitandis.*

AD TITVLVM XLV.

De Sententiis & interlocutionibus.

IN hoc tit. proponuntur alij casus, quibus sententia iudicis ipso iure nulla est, qui & cum illis, qui ante propositi sunt, comprehenduntur generali definitione *l. 4. h. tit.* Vt contra solitum ordinem iudiciorum lata sententia nullam vim obtineat, ac ne sententiæ quidem nomen habere mereatur *l. 3. sup. tit. prox.* *Sententia igitur est decretum a iudice interpositum seruato ordine iudiciorum, de summa vel capitulo quodam litis, quod absolutionem rei continet, vel condemnationem certam actoris, aut rei.*

Dico esse decretum. omnis sententia est decretum, non tamen omne decretum est sententia, vt decretum, quo permittitur alienatio rerum minoris 25. ann. quo fit missio in possessionem. Hæc decreta non sunt sententiæ, quia neque absolutionem continent, neque condemnationem vllam. Decreti igitur nomen latius patet, quam sententiæ, & omnis tamen sententia decretum est. Et ita in *l. decreta ff. de re iud.* Decreta a prætoribus Latine interponi debent, id est, sententiæ, vel quæ alia decreta. Et ne pugnare videatur ea lex cum *l. 12. h. t.* quæ ait, *Iudices tam Latina, quam Græca lingua sententiam ferre posse,* obseruandum est, *l. decreta* pertinere ad vrbem, quia de prætoribus loquitur: hanc vero *l. 12.* ad prouincias, quia est inscripta ad proconsulem Asiæ. & iudices igitur, id est, præsides Prouinciarum, qui iudices ordinarii dicuntur iudices iudicum in Nouellis. Vtraque lingua sententiam ferre possunt, secundum loci consuetudinem vel Græca, vel Latina. at in vrbe, latina tantum lingua, vt etiam apud Suet. legimus, splendidum quendam virum, quod ignarus esset linguæ Latinæ, D. Claudium erasisse albo iudicum, imo & in peregrinitatem redegisse, adempta scilicet ciuitate Romana: forte lites & sacra agi peregrina melius esset, quam nostra lingua: Nam si lites egeris vernacula lingua, fortassis sic eas longiores effeceris: si sacra, forte de eorum veneratione & maiestate nimium detraxeris. Verum ad rem.

Dixi in definitione sententiæ, *de summa vel capitulo quodam litis,* quod duxi ex *l. pen. hoc tit.* Græca a me luci reddita ex Basilicis. Vt si vnius litis sint varia capitula quod sententiam plenam esse oporteat, siue plenariam, vt constit. loquuntur. non ideo de omnibus capitulis simul iudici ferendam esse sententiam, sed posse eum, si velit sigillatim de vnoquoque capitulo ferre sententiam, *l. pen. sup. de reb. cred.* Sententia ergo iure fertur, vel de summa litis, vel de vno capitulo, vna specie litis.

Desidero etiam in sententia *absolutionem, vel condemnationem:* Nec enim est sententia, nisi quæ absoluit vel condemnat, quæ liberat, vel obligat, *l. 3. hoc tit.* Vt si iudex iubeat iurari de re, de qua agitur, & adiiciat, quid dato vel recusato iureiurando dari fieriue oporteat, sententia est, quia continet condemnationem vt dato, vel non dato iureiurando, sed recusato detur certum quid fiatue. Et ita est accipienda definitiua sententia, quæ iusiurandum imponit in *l. 11. & 12. sup. de reb. cred.* videlicet, quæ habet subiectam ex iureiurando dato, vel recusato absolutionem, vel condemnationem, non quæ simpliciter iurari iubet: Nam simplex iussum præstandi iurisiurandi non est sententia, *l. 11. h. tit.* quia neque condemnationem continet, neque absolutionem. Et ita quoque accipiendum, quod non obseruant vulgo, quod ait *l. 3. sup. de reb. cred.* per iudicem inopia probationum iureiurando causa cognita rem decidi posse: quod vtique fit,

fit, si indicat iusiurandum actori, aut reo, subiecta iu- A
rantis, aut non iurantis condemnatione, aut absolutione: alioquin non deciditur lis: sententia est finis, & terminus litis, & si iubeat tantum iurari, nullum video terminum litis: cum dato iureiurando vel recusato simul statuit, quid dari fieriue oporteat, tum demum finem liti impositum video. Denique eam pronuntiationem esse sententiam definitiuam. Et ad hæc requiro, vt sit absolutio, vel condemnatio certa. Et hoc est quod dicitur in *l. 7. & 9. hoc tit. sententiam certis finibus concludi, aut sententiam non esse: sententiam certos fines, certas leges habere, non incertas aut suspensas, concludi certa decisione litis, certa & plena pronuntiatione, certa quantitate, vel re*, vt tit seq.

Præterea dixi in definitione, sententiam continere condemnationem actoris, aut rei *propter l. cum Pap. hoc* B
tit. quæ est singularis propter sententiam Papiniani, quæ alibi non exstat. In ea l. proposita sententia Papiniani hæc fuit, vt licet in formula actionis sit scriptum, vt iudex reum condemnet, quod olim præscribi solebat his verbis, *Si paret L. Titium Seio debere 100. ex causa legati, condemna eum iudex*, quales formulas proponit frequentissime Theophilitzes noster. Ergo licet ita concepta sit formula actionis, tamen si in ea ipsa lite, quam intendit actor, deprehendat iudex, actorem reo debere, non etiam reum actori, nihilominus poterit actorem iudex condemnare. Quam sententiam Papiniani Iustinianus non tantum probat, sed etiam ampliat, vt etiam locum habeat, etiamsi forum rei, quod actor sequi cogitur, actori sit incongruum & incompe- C
tens: Nam & in eo foro poterit actor condemnari, de ea ipsa re, de qua egit, vt demonstrant in ea *l.* hæc verba, *in eodem negotio.* id est, in eadem lite. quæ verba demonstrant aperte, vt Albericus notauit, eam leg nihil pertinere ad mutuas petitiones, id est, conuentiones & reconuentiones, ad quas tamen omnes eam legem referunt: & consequenter male ei legi subiiciunt Nouellam, quæ est, *de mutuis petitionibus.*

Quod autem dixi in definitione, seruato ordine iudiciorum, multa complectitur, vt iudex sententiam publice dicat, *l. 6. hoc tit.* non abdito loco non secreto, & vt habuimus titulo superiori, *vt publice recitet sententiam partibus ex periculo*, id est, ex scripto. Omnis sententia est *periculum*, quia fertur scripto non verbis. D
scripturæ cuiusque sunt pericula, quia exstant, non etiam verba & voces quæcunque volant, quæ nos emisisse inficiari possumus, vel aliter interpretari: quodcumque fit ex scripto, fit ex periculo. Et inde periculum accipitur pro libello, vt ostendi supra tit. prox. ex probis auctoribus. Item, vt ne quid omittamus ex iis, quæ proponuntur in hoc tit. illa verba, *seruato ordine iudiciorum*, hoc etiam exigunt, quod est in *l. 13.* vt legibus iudex iudicet, non exemplis rerum iudicatarum, quod dictum vulgo circumfertur, & indiget interpretatione. Si quid Princeps ipse iudicauit, aut præfectus prætorio, aut maior magistratus, Iudex in re simili non tam spectare debet, quid in pari causa iudex vel maior magistratus iudicarit, a quibus sæpe per ob- E
reptionem eliciuntur iniquæ sententiæ, sed quid legibus, & æquitati conueniens sit. Ideo non semper est idoneum argumentum, quod ducitur a rebus iudicatis in pari causa. Rerum quidem perpetuo similiter iudicatarum auctoritas vim legis obtinet: Nam consuetudo est lex *l. nam Imperat. D. de leg.* at exempla rerum aliquoties iudicatarum, licet moueant nos aliquantulum, vt *l. cum de in rem verso D. de vsur. l. nonnunquam, D. ad Trebell. l. 1. §. eodem autem tecto D. ad Senatusc. Syllan. l. 1. §. si coheredis, D. ad leg. Falc.* tamen his exemplis iudices non alligantur, quod non debeant apud eos ea exempla antiquiora esse legibus. Et ita recte Cyprianus scribens de iurisperitis in lib. de singularitate clericorum: *callidi argumentatores*, inquit, *& Iurisperiti fallaces,*

Cod.

dum cupiunt præuaricari, controuersias actionesque causarum etiam re ipsa iura transuertunt, & cum nolunt coerceri competentibus iussionibus legum, ad illudendos iudices inconuenientibus exemplis, veluti similes iuris coniecturas obiciunt. Recte inconuenientibus: Nam vix vlla exempla per omnia conueniunt, vix vlla sunt, quæ non claudicent, vt merito dicat *l. 13. Non iudicandum esse, quod alius maior magistratus ita iudicauit, sed quod ita exigat ordo iudiciorum*, qui dicitur ius, & mos iudiciorum in iure nostro. Et ad hunc ordinem iudiciorum etiam pertinet quod colligitur ex *l. 1. hoc tit. vt, si lis inchoata sit & contestata per procuratorem, condemnatio fiat in procuratorem qui litem contestatus est, non in dominum litis, qui litem contestatus non est:* Et ita Martin. & Azo accipiunt, recte *l. 1.* Nam condemnato procuratore tametsi actio iudicati detur in dominum litis, *l. 4. C. de re iud.* Optima ratione: nam quid est actio iudicati? *Est executio rei iud.* quam æquius est fieri in bonis domini litis, cuius nomine lis acta est, quam in bonis procuratoris, ne ei suum officium sit damnosum, licet ipse procurator damnatus sit, qui vtique nihilominus condemnandus est semper, id est, concipienda est condemnatio in personam procuratoris, non domini. *Et cur malunt quidam litigare per procuratorem?* Nisi vt si forte iudici videantur non habere bonam causam, nomina eorum condemnationi non inserantur, sed nomen procuratoris, qua arte etiam euitant infamiam, si actio sit famosa. Excipitur semper causa criminalis, quæ agi per procuratorem potest, licet regulariter agi non possit, sed quandoque, vt crimen iniuriarum per procuratorem potest exequi vel accusando vel defendendo: sed etiam si litem contestatus sit procurator, qui crimen non admisit, non erit condemnandus, sed ipse dominus litis, qui crimen commisit, *l. vlt. inf. de iniur.* Excepto scilicet hoc casu, si lis sit contestata in procuratorem, & condemnatio facienda est in procuratorem, non in dominum litis, alioquin pronuntiatio iudicis nulla est. *l. 1. h. t.* Nec huic l. obstat *l. nihil, sup. de proc.* Nam quod ait, nihil referre, procurator detur ante litem contestatam, vel post, id eo pertinet, vt intelligatur, recte vtroque tempore procuratorem dari, non etiam vt Martinus infert auctor huius opinionis, vt procurator datus post litem contestatam cum domino litis perinde condemnetur, atque si datus fuisset ante litem contestatam. Hoc non vult d. lex *nihil:* nam semper in eum facienda est condemnatio, qui litem contestatus est, qui iudicium accepit, siue sit procurator, siue dominus litis. Nihil etiam obstat Martini sententiæ, *l. liberto in fi. D. de neg. gest.* in qua aperte, vt ex anterioribus apparet, amicus ab initio defendit causam absentis, & nomine eius litem contestatus est, ideoque damnatus culpatur, si non appellauerit, cum ipse ab initio litem susceperit, qui si post litem contestatam a domino, eo absente causas allegaret absentiæ eius, non culparetur ob omissam appellationem, quia nec appellari potest a sententia dicta in desertorem litis, id est, qui post litem contestatam contumaciter abesse cœpit. Nihil etiam obstat *l. si quis cum procur. vel l. licet §. pen. D. de proc.* Nam, vt breue faciam, in *l. licet §. pen.* non dicitur procuratorem condemnatum interuenisse post litem contestatam: Vnde ponendum iuri conuenienter procuratorem litem inchoasse. Et præterea, in *l. si quis cum proc.* dominus litis dicitur, quod verbum calumniantur Bulg. & Ioannes auctores diuersæ sententiæ. *Dominus litis* etiam recte dicitur is, qui litem contestatus non est, quia res ad eum pertinet, & ad eum redit, siue ei, siue in procuratorem eius dicta sit sententia: nam actio iudicati datur domino litis & in dominum litis. Denique vt lis, id est, res in iudicium deducta ad eum pertinet, ita & ad eum iudicati omne commodum & incommodum redit: Nec dicitur minus dominus litis, qui litem contestatus non est, quam qui contestatus est. Postremo ad ordinem iudiciorum spectat,

AA 2

ne quis de eadem re iterum iudicet, ne quis contraria sententia suam, vel antecessoris sententiam retractet, alioquin suæ vel antecessoris contraria sententia nullam vim obtinet *l. 9. hoc tit. l. 1. inf. sentent. resc. non poss.* Itaque de eadem re, de qua quis iudicauit, non potest iterum iudicare, nec successor de re quam iudicauit antecessor, quia idem est forum, sella eadem, tribunal idem, iudicium idem, etiamsi mutatus sit iudex. Et recte dico de eadem re: nam qui iudicauit de possessione, non prohibetur iudicare de proprietate, *d. l. 9. & l. 3. inf. si a non comp. iud.* quia alia res est: nihil commune habet proprietas cum possessione *l. & an eadem §. vlt. D. de except. rei iud. l. naturaliter §. nihil commune, de adq. poss.* Loquor etiam de sententia, vt qui semel sententiam tulerit de aliqua re, non possit de eadem re iterum ferre sententiam. Loquor igitur de sententia definitiua: nam interlocutio retractari, corrigi, & commutari potest subinde, quia, vt ait *d. l. 9.* interlocutio plerumque rem non perimit, si perimeret, esset sententia, non interlocutio. Quod ait *plerumque*, an ideo significat interlocutoriam sententiam aliquando rem perimere, rem finire? Minime vero, quia nulla interlocutio hoc per se efficit, nulla per se rem perimit, sed per accidens, vt in *l. 1. interlocutio, inf. comminatien. epistol. prog.* sic interloquitur iudex: *nisi quod Caio Seio debes solueris, duplum præstabis:* quia hæc interlocutio non continet condemnationem certam rei in iudicium principaliter deductæ, ideo non perimit rem, sed efficere potest, vt postquam iudex ita comminatus est, metu pœnæ aduersarius adquiescat interlocutioni: atque ita per accidens, non per se plerumque interloeutio perimit actionem. *Interlocutio est præceptum a iudice interpositum, quod ad causæ finiendæ præparationem spectat*, vt in *l. qualem §. dicere, D. de receptis arb.* Dicitur *interlocutio etiam iussum, vel præceptum, vel præiudicium*, & improprie sententia, *l. vlt. hoc tit.* Dicitur etiam *articulus causæ*. Nam in *l. 5. inf. quor. appell. non recip.* quod est articulus, id Græcis est διαλαλιά, id est, interlocutio, non ψῆφος. Igitur aliud est sententia, aliud interlocutio, vel iussum, vel præceptum, vel præiudicium, quod scilicet præcedit definitionem litis, vel suasio iudicis. Et huc proprie accommodari debet *lex 7. hoc tit.* quæ hoc vult, vt si cum ageretur ex stipulatu inter propinquos, iudex suaserit propinquis, *vt de re transigerent, & paciscerentur*, quæ est suasio honestissima litigantibus propinquis. Ea vox iudicis siue interlocutio an perimat litem, dum suadet aut iubet? Nam *iubere* non est verbum directum, sed magis precarium, *vt est in Panegyrico Plinij*, licet transigendo perimatur lis, tamen hæc vox iudicis non perimit litem, & vt ait, obligatio ex stipulatione certo modo perimitur, puta acceptilatione, non etiam interlocutione iudicis. Interlocutio iudicis non est legitimus modus perimendæ litis, tollendæ obligationis. Et ita ait, *vocem iudicis pacisci suadentis, perimere litem non posse, licet hoc suadeat*, vt propinqui litem perimant transactione. Vnde ita concludamus, interlocutionem iudicis non habere vim stipulationis, *l. 1. inf. comminat. epist.* non habere etiam vim acceptilationis *l. 7. hoc tit.* sicut nec vim stipulationis. At sententia iudicis habet vim stipulationis & acceptilationis, quia ciuilem obligationem parit vel tollit, *l. Iulianus, D. de cond. indeb.* quæ differentia maxime notanda est, inter sententiam & interlocutionem.

Ad Leg. II.

Si arbiter datus a magistratibus, cum sententiam dixit, in libertate morabatur, quamuis postea in seruitutem depulsus sit, sententia tamen ab eo dicta habet rei iudicatæ auctoritatem.

Notandum est ex *l. 2.* a seruo, quem magistratus iudicem dedit certæ rei, vel causæ, sententiam latam non infirmari, licet postea appareat eum fuisse seruum. Causa dubitandi hæc fuit, quia reuera non fuit iudex. Certum est iudicem esse oportere, vt eius quoque sententia valeat; sed quia seruitus ei obstitit, quo minus iudex fieret *l. cum prætor §. pen. D. de iudic.* ideo dubitatur, an sententia ab eo lata rei iudicatæ habeat auctoritatem. Et licet subtili iure nullam vim habeat, quia a non iudice lata est: nec enim seruus potest esse iudex: tamen humanius est, eam sententiam approbare & tueri, propter vtilitatem eorum, qui apud eum, tanquam legitimum iudicem, (quod vulgo existimaretur esse liber ab omnibus) lege, aut legitimo iudicio egerunt, vt quod ad litigatores attinet, plus sit quod est in existimatione, quam sit in re: quantum ad ipsum vero plus sit, quod est in re, quam quod est in existimatione, id est, plus valeat, quod est in veritate, quam quod est in opinione hominum: Nec enim quod iudex datus sit, cum existimaretur esse liber, ideo fit liber, *l. non mutat, supra de lib. caus.* Et ita explicanda est *l. 2.* & similiter, cuius eadem est ratio *l. Barbarius, D. de offic. prætor.* si seruum qui cum se pro libero gereret, vulgo existimaretur esse liber, princeps aut populus prætorem designauit, ignorans conditionem eius: Nam si dicamus eum prætorem fuisse, quem postea apparuit fuisse seruum, si dicamus eum vera prætura functum, quod Pomponius dixit, vt refert *d. l.* si inquam dicamus eum Prætorem fuisse, veramque præturam gessisse vt Pomponius, certo certius erit, *Omnia, quæ in prætura gessit, edixit, decreuit, esse rata*, & nullus erit labor in hac specie: At si prætor non fuit, quem postea apparuit seruum esse, si falsam præturam gessit, vt Vlpianus tentat in *dict. l. Barbarius*, dum ait: *Et tamen videamus, si seruus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit, quid dicemus, quæ decreuit an nullius momenti sint?* In Florent. ita est scriptum: *Et tamen videamus, si seruus quamdiu latuit, in dignitate prætoria functus*. Euidens mendum est in illo *in*, vel *ni* & pro eo reponenda est negatio, *si seruus quamdiu latuit, non dignitate prætoria functus sit*, vt hæc sit quæstio, hoc posito, Barbarium fuisse falsa prætura functum, an valeant ea, quæ apud eum acta sunt? Et sane verius est, quod ita ponitur, eum falsam præturam gessisse, *vt Marcus Perpenna*, qui cum esset peregrinus pro ciue Romano obrepserat ad honorem consulatus errore populi. Valerius Maxim. *lib. 3. cap. 4.* scripsit falsum fuisse consulatum, ac caliginis simile imperium, & adumbratum nomen Marci Perpennæ, quod ille sibi adrogauit & adfinxit: vt Barbarii Philippi etiam fuisse adumbratum nomen constat ex Suida, dum ei agnito a domino suo scribit dominum reddidisse antiquum, & seruile nomen, verum nomen, non Barbarii Philippi. Si igitur Barbarius falsam præturam gessit, non veram, si, quod idem est, prætor non fuit, non abs re dubitatur, an teneant, quæ is interim edixit, & decreuit inter aliquos? Et humanius esse ait *l. Barbarius*, vt teneant propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, licet postea appareat seruus, atque ita simul appareat prætor non fuisse. Hoc vtilitas exigit litigantium, quod iniquum sit eos circumscribi. Huic definitioni obstat *l. nulla competit, D. qui & a quibus manum.* quæ ait, nullam competere libertatem datam ab eo, qui postea seruus pronuntiatus est: & valere tamen dicimus acta, quæ apud eum facta sunt tanquam iudicem, qui postea seruus apparuit. *Et ait illa lex*, nulla competit libertas. male Accursius legit sine negatione, vt constat ex Florent. id est, neque ciuitas Romana, nec Latina libertas: nam & peregrinus, licet liber sit, manumittendo, neque ciuem Romanum facit, neque Latinum, vt ex Octaueno IC. relatum est in fragmentis IC. Quia lex Iunia, quæ Latinorum genus induxit, non pertinet ad peregrinos, sed peregrinus manumittendo peregrinum facit.

facit. Plinius in epist. ad Traianum: *manumissus a peregrina peregrinæ conditionis est.* Nemo potest plus iuris in alterum transferre, quam ipse habet. Seruus liberum facere nullo modo potest, quemadmodum nec peregrinus ciuem. Nemo potest dare alteri, quod ipse non habet. Obstat etiam ei definitioni quod argumento ex contrario colligitur ex *l. 1. sup. de testam.* nullum esse testamentum, quod obsignauit is, qui postea seruus pronuntiatus est: Nam ita demum ait ratum esse testamentum, si testes, qui testamentum obsignauerunt omnium consensu liberorum loco habiti sint, nec eis hucusque quisquam mouerit controuersiam status. Ergo ex contrario, si quis cui ex signatoribus mouerit controuersiam status, & probauerit non esse liberum, non valet testamentum quod in eo non sint adhibiti classici testes, & idonei. classici testes vocantur proprie testamentarii. His vt respondeam, dico, separanda esse ea, quæ quis per se solus gessit auctoritate sua, vt si manumisit, si testamentum fecit, ab iis, quæ gessit auctoritate publica, puta populi, aut principis, vt si princeps, aut populus eum prætorem fecerit; quæ gessit per se solus auctoritate sua, vt si manumisit, si testamentum fecit, rata hæc non sunt, si postea seruus apparuit: si in seruitutem depulsus sit in qua fuerat ante dum manumisit, dum testamentum fecit, dum adhibitus testamento signator est. at quæ gessit auctoritate principis, aut populi, vt si a principe aut populo designatus fuerit prætor per errorem, etiamsi re vera non fuerit prætor, tamen ea rata sunt: Nam sicut dicitur iudicium infantis suppleri auctoritate tutoris, *l. quamuis §. infans, D. de adquir. possess.* Ita quod defuit iudicio Barbarii, serui fugitiui, suppletur auctoritate principis, vel populi, qui eum prætorem fecit, vel otij causa, vtilitatis causa, ne quod actum est semel, rescindatur in fraudem eorum, qui apud eum egerunt, ne retractetur: vt M. Tullius 16. ad Atticum scribit, de actis Cæsaris, *ea acta confirmare velle, non tantum eos, quorum interest, sed etiam eos, qui ea non probant otij causa, ne quid noui moueatur.* Et plurimum hac in re facere auctoritatem principis aut populi lex *Barbarius* ostendit, quod princeps, aut populus seruum potuerit designare prætorem: & vtique si sciens seruum esse eum populus vel princeps prætorem designasset, tacite videretur ei dedisse libertatem, quod apertius scriptum est in Basilicis ad *l. Barbarius,* his verbis: εἰ δὲ ὁ βασιλεὺς γινώσκων αὐτὸν δοῦλον, ψηφίσηται πραίτωρα, ἐλευθεροῦται. id est, *Sed si princeps sciens eum seruum esse, prætorem designauerit, liber fit.* delatio præturæ manumissio est, & reddendum erit pretium domino ex ærario, vt diximus *sup. titul. 13.* Et ita est intelligendum quod ait *d. l. Barbarius: Sed etsi sciuisset seruum esse, liberum effecisset,* id est, ex sola designatione præturæ, tacito intellectu liberum eum effecisset. At quia populus ignorauit conditionem eius seruilem, non intelligitur factus liber, nec proinde prætor, sed tamen acta confirmantur propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, & auctoritatem publicam, qua nixus obrepsit ad præturam. Et hoc multo magis ea lex ait esse obseruandum in principe, vt scilicet quem sciens princeps seruum prætorem fecerit, eum intelligatur perduxisse ad libertatem, quia beneficia Principum sunt quam plenissime interpretanda, vt ait *l. beneficia D. de constit. Princip.* & non idem dicitur de rogatione populi: at nuda voluntas Principis liberum facit tacita voluntas *l. apud eum, in fi. D. de manumiss.*

Ad legem V.

Cum eorum, qui principaliter fisco tenebantur, bona ea lege fideiussoribus procurator tradi iusserit, vt ipsi indemnitatem fisco præstarent, nec a sententia eius intercesserit prouocatio: consequens est datæ formæ obtemperari.

Cod.

NOtandum præterea ex *l. 5.* procuratorem Cæsaris, apud quem fuerat conuentus debitor fisci, (qui quidem fiscus semper habet tacitã hypothecam in bonis sui debitoris) eum ita sententiam tulisse, *vt bona debitoris fisci traderentur fideiussori eius ea lege, vt fideiussor fisco immunitatem præstaret.* quæritur an valeat sententia? Dubitandi causa est, quia non expressit certam quantitatem, sed dixit generaliter, vt fideiussor indemnem fiscum seruaret. hæc tamen dubitatio remouetur *l. 2. tit. seq.* quod si de certa quantitate actum sit, eam ipsam quantitatem iudex in sententia exprimere videatur, dum iubet indemnitatem præstari. Sed est etiam alia causa dubitandi in *d. l. 5.* quia licet ante Iustinianum *Nou. 4.* fuerit in electione priuati creditoris prius conuenire principalem debitorem, vel fideiussorem, tamen ea electio nunquam fuit data fisco: debuit fiscus conuenire & excutere debitorem principalem, prius quam fideiussorem eius, *l. 1. inf. de conuen. fisc. debitorib. lib. 10. Et l. Moschis, de iur. fisc.* Moschis est nomen muliebre, vt apud Afranium, *vbi hæc Moschis quæso habitet meretrix Neapolitis?* & in antiqua inscriptione: *Heic sita est illa pia, frugi, casta, pudica Sempronia Moschis, cui pro meritis gratia a coniuge relata est.* & potissimum ea lex Moschis docet, a fisco non posse conueniri fideiussorem debitoris sui ante excussum debitorem principalem: & tamen in specie *l. 5.* prius videtur conueniri fideiussor, dum misso debitore, iubetur fideiussor debitoris indemnitatem fisco præstare. Ergo videtur iusta non esse sententia. Quod assumpsi negandum est: Nam sane prius fuit conuentus debitor principalis, quod apparet ex bonis debitoris translatis in fideiussorem iure hypothecæ tacitæ, ea lege vt fideiussor soluat fisco quod ei debetur.

Ad leg. VIII.

Libera quidem Theodora, quam ex emptionis causa, vel in solutum creditori traditam proponis pronuntiata: citra prouocationis auxilium sententia rescindi non potest. Verum si mota quæstione, præmissa denuntiatione ei, qui auctor huiusmodi mulieris fuit, iudicatum processit: quanti tua interest empti si emisti: vel ob debitum reddendum, si in solutum data est, repetere non prohiberis.

PRæterea notandum ex lege octaua, quæ rectius fuisset posita sub titulo de euictionibus, cum *l. si cum quæstio, & l. seq.* quæ idem volunt, quod hæc *l. 8.* quæ potissimum est de euict. Notandum inquam est, mulierem esse venditam tanquam ancillam, & traditam, vel etiam fuisse datam in solutum creditori, quæ in solutum datio imitatur venditionem, *l. 4. inf. de euict.* Et ideo non tantum venditor tenetur emptori de euictione, si forte emptori iure iudicioque res euincatur, sed etiam is, qui in solutum dedit, quia quasi venditor est. Porro ea mulier postea libera pronuntiata est: non quærit, an valeat sententia, ergo non pertinet hæc lex ad hunc titulum de sententiis &c. Sed quærit an emptor, cui euicta est mulier, vel an is, cui data erat in solutum, regressum habeat aduersus eum, qui ei eam mulierem tradidit vt ancillam; Et ait, quod si ille, qui mulierem accepit ex causa emptionis, vel solutionis, laudauerit auctorem suum, *s'il a appellé pour son garant,* si ei denuntiauit, vt liti motæ adsisteret, & res euicta sit, eum in venditorem habere actionem ex empto in id, quod interest euictionis nomine, vel creditorem habere actionem creditæ pecuniæ sui crediti repetendi causa. Quod potissimum cum statuit atque solum hæc *l. 8.* manifestum est eam potius pertinere ad titulum de euictionibus.

Ad leg. X.

Nulli, qui statuendi non habet facultatem, interdicere patria cuiquam permittitur.

POstremo notandum est *l. 10.* cum ait, *Nulli qui statuendi, &c.* Vt maior sit causa dubitandi, ponendum esse legem loqui non de iudice dato, vel de legato, qui cognitionem tantum habet, non iurisdictionem, sed loqui etiam de magistratu, qui merum imperium non habet, id est, qui coercitionem non habet, qui statuendæ pœnæ vel indicendæ ius non habet, vt hic nec patria quidem interdicere possit, puta magistratus municipalis, vt interdicere patria nemini possit, qui etiam mulctam dicere non potest: nam hi tantum mulctam dicere possunt, qui sunt ordinarii iudices, *l. aliud. §.pen. ff. de verb.sign.* quibus publice iudicium est, id est, qui ordinarii sunt iudices, nec possunt etiam pœnam infligere, & recte Haloander in hac *l. 10.* scripsit, *interdicere patria*, vt omnes veteres codices habent, non *patriam:* vt in *l. 7. §. dubitatum, D. de interd. & releg.* *Interdicere prouincia*, vt in 12. tab. *vti legassit super pecuniæ, tutelæue suæ.* Et in alio capite, quod ita restituo: *Qui coronam peperisse pecuniæ virtutiue suæ arguitur, ei mortuo, parentique eius, dum intus positus est, forisue fertur se fraude, id est, sine fraude compositus esto.*

Ad l. vltim.

Cum solitum est in sententiis iudicum, sic interlocutionem proferri, vt non liceat partibus ante definitiuam sententiam ad appellationis vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam, nec iudicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare: Cum enim simul vtrumque vocabulum ponitur tam appellationis, quam recusationis, prouocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi: putabant, quod nec recusare quidem iudicem cuiquam concedatur ante litem contestatam: quod minime vetitum est. Caueant itaque iudices huiusmodi sermonem simul & sine certa distinctione proferre.

INter cætera, quibus distant interlocutiones a sententiis, hoc vnum est, quod a sententiis appellari potest, non etiam ab interlocutionibus. a sententiis appellari potest, nisi dictæ sint a principe, vel a præfecto prætorio, vel etiam a Senatu, ex constitutione D. Adriani, *l. 1. D. a quibus appellare non licet:* Nam ante Adrianum a Senatu poterat appellari Princeps. Tacitus 16. *Quidam Senatores Maiestatis rei in Senatu accusati, appellato Principe euaserunt.* Et apud Dionem quoque 59. *Multi e patribus a Senatu prouocant ad Caligulam Imperatorem.* Ab interlocutionibus autem appellari non potest iure ciuili, nisi scilicet in ciuili iudicio iudex interloquatur habendam quæstionem: vel criminali, si contra leges id faciat, *l. 2. D. de appellat. recipiendis*, At regulariter ab interlocutionibus iure ciuili appellari non potest, quod mirum videri non debet: Nam & in iudiciis hoc solemne erat, vt iudices interloquerentur, & vetarent ante sententiam recusationem, vel appellationem interponi. Quam solemnem & vsitatam interlocutionem non improbat quidem Iustinianus in hac *l. vlt.* sed hoc vult tantum, ne sicut in illa interlocutione iudices solent recusationem appellationi parem facere, dum interloquuntur, ne ante sententiam fiat recusatio, vel appellatio: ita nos passim aliam alii in omnibus causis parem faciamus: aut ne ex illa solemni & vsitata interlocutione argumentum ducamus in omnibus causis coniungendæ recusationis cum appellatione, vel appellationis cum recusatione: Nam etsi verum sit, post litem contestatam dicta sententia, neque recusationem, neque appellationem interponi posse, ante litem contestatam tamen recusatio fieri potest, videlicet a die dati libelli conuentionis in 20. diem *ex Nouella 53. & 82.* licet appellatio æque non possit interponi ante litem contestatam. Denique recusatio fieri potest ante litem contestatam, non etiam appellatio. non sunt igitur per omnia pares. *Recusationem* appello, refutationem & reiectionem iudicis quæ fit libello vel apud acta *l. vlt. sup. de iudic. parte* cui displicet iudex datus a magistratu dicente: *Hunc nolo iudicem mihi dari*, vel vt apud Asconium Pedianum: *hunc eiero, iniquus est.* Hæc reiectio ante litem contestatam fieri debet, non post: quia litem contestando consensimus in iudicem, & in quem semel consensimus, postea eum honeste reiicere non possumus *l. 12. & l. apertissimi sup. de iudic.* Hoc tamen ita accipiendum est, vt ante litem contestatam iudex datus a magistratu recusari possit etiam non redditis causis, hoc vno verbo: *Hunc nolo iudicem: post litem contestatam non nisi redditis iustissimis causis, vt in capitulo super eo, 2. de appellat. cap. insinuante, de offic. delegati; cap. inter monasterium, de sentent. & re iudic.* Loquor de iudice dato a magistratu, de iudice delegato: Nam magistratum ipsum non inuenio olim recusari potuisse, quia nec iure ordinario iudicabat, sed iudices dabat: sed cum magistratus iudicat extra ordinem, vt hodie omnia iudicia sunt extraordinaria, sane dicam recusari eum posse proinde ac iudicem delegatum ex *Nouel. 96.* Est etiam alia differentia inter recusationem & appellationem, quod iudex datus ex consensu vtriusque partis recusari non potest *d. l. apertissimi* & ab eius tamen sententia appellari potest, *l. ex consensu, D. de appellat.* Nisi sit Episcopus *l. 8. sup. de Episcopali audientia.* Iudex edititius solus recusari potuit, id est, quem vna pars tantum elegisset; *hunc edititium iudicem* vocat M. Tullius pro Plancio, & pro Muræna, & Seruius in illum locum Virgilii ecl. 3. *nec quemquam fugio:* id est, *consentio in iudicem edititium.* Edititius autem iudex est, quem vna pars elegit. Hunc vel reiicere possum, vel etiam ipse seligere, aut electionem aduersarii approbare, non eum quem dederit magistratus vtiusque consensu.

AD TITVLVM XLVI.

De Sententia, quæ sine certa quantitate prolata est.

QVod dictum est titulo superiori l. septima & nona: *Sententiam certis finibus concludi*, id ita specialiter declaratur in hoc titulo, *vt sententiam certam esse oporteat*, id est, certæ pecuniæ, vel certæ rei certiue corporis: Sententia enim est finis iudicii: non est autem iudicii finis, quæ est incerta & infinita: denique non est sententia. Et velim in hoc titulo subintelligi, vel certa re, ex §. *curare, Instit. de act.* Certa autem est pecuniæ quantitas, vel certæ rei qualitas, non tantum si exprimatur in sententia nominatim, sed etiam si intelligatur & repeti possit vel ex libello conuentionis, vel instrumento obligationis, vel parte aliqua actorum, *l. 3. hoc tit. l. 5. §. vlt. & l. 59. D. de re iudic.* vel etiam ex legibus ipsis, & iure publico, vt in specie *l. 1. hoc tit.* si ita iudex pronuntiet: *Lucio Titio Caium Seium ex causa venditionis centum debere videri: cuius pecuniæ quoad eam persoluerit, Lucio Titio Caium Seium vsuras dependere placet.* In hac sententia non exprimitur quantitas vsurarum, sed intelligitur satis ex iure ipso quo constat vsuras iudicati olim fuisse binas centesimas, hodie esse singulas centesimas ex titulo *de vsuris rei iudicatæ.* Ideoque rata est sententia, quia iudex intellexit de dependendis vsuris legitimis, id est, vsuris rei iudicatæ lege definitis. Et ita est explicanda lex prima circumscripta tota glossa. Et præterea notandum, diem legitimum iudicati faciendi, soluendi, implendi, qui ex lege duodecim Tabularum

Tabularum fuit triginta dierum, postea fuisse duorum mensium, & postremo quatuor mensium, diem, inquam, legitimum iudicati faciendi, *pour payer sa condamnation*, qui humanitatis causa lege datur condemnatis, iudicem non tantum prorogare posse, vel coarctare, vt ait *l. 2. ff. de re iud.* sed etiam ne dare quidem vllum diem faciendo iudicato, si causa aut persona exigere videatur, vt puta, si iubeat vsuras præstare a die datæ sententiæ, quoad sors certa, quæ in condemnationem deducta est, persoluta sit. Notandum etiam est ex *l. 2.* ratam esse sententiam & iustam, si procurator Cæsaris fisco, vel si procurator Reipubl. indemnitatem præstare iubeat Reipublicæ. *Iubere* est verbum commune sententiæ & interlocutioni. Si, inquam, indemnitatem fisco præstare iubeat non adiecta certa quantitate, vt in *l. 5. sup. tit. prox.* Quod velim vos accurate obseruare, tan-
B tum scriptum esse de fisco & Republica, ne existimetis priuato homini, aut in priuatum hominem ita dictam sententiam, vt ea iubeat iudex indemnitatem aduersario præstari, valere: Nec enim valet, quia est incerta sententia. Et cur tamen aliud est in fisco & Republica? quia fisci & Reipublicæ publicæ sunt actiones & certæ, ex quibus certo peti potest, quid fisco, aut Reipublicæ debeatur: Faciunt enim fidem, vt propterea satis sit, si quis iubeatur indemnem præstare fiscum, vel Rempublicam. ac præterea vsuræ, quæ debentur fisco, aut Reipublicæ legibus sunt definitæ, puta, ne sint maiores semissibus, *l. cum quidam §. si debitores D. de vsur. l. Septicia, D. de pollicit.* At priuatæ & domesticæ rationes non sunt certæ, neque fidem faciunt, sicut nec priuatæ subnotationes fisci fidem faciunt, nec priuati breues. (Id appellant Galli *les papiers des comptes particuliers, comme les memoires*) *l. exemplo sup. de probat.* Et præterea vt Asconius tertia contra Verrem, *vetus consuetudo cessauit priuatim diligenter & summa cum fide conficiendarum rationum*, quod plerique ex suis rationibus damnarentur, & ex suis tabulis reuincerentur: Nam olim rationes priuatæ expensi, & accepti a patribus familias conscriptæ diligenter faciebant plenam fidem, vt demonstrat Oratio *pro Roscio Comœdo*, Et Gellius, *lib. 14. cap. 2.* dum inter genera probationum numerat expensilationem. Ergo quod est *in hac l. 2.* de Republica, & in *l. 5. sup. tit. prox. de fisco*, ne trahamus etiam ad priuatos propter illam rationem differentiæ. Et præterea ob-
D seruemus *ex d. l. 2.* curatorem Reipublicæ, qui & olim dicebatur logista, & pater ciuitatis, & Reipublicæ, fuisse iudicem rerum ad ciuitatem pertinentium *l. vlt. D. de offic. assess. l. 3. sup. de modo mulct.* procuratorem autem Cæsaris fuisse iudicem rerum fiscalium inter fiscum & priuatos: vt ille inter Rempub. & priuatos. Et his cognitis concludamus, *alias sententiam sine certa quantitate prolatam ipso iure nullam esse.* Ex quo sequitur eam rescindi sine appellatione, & nec nomen sententiæ mereri *l. vlt. sup. de sent. ex peric. recit.* & ex integro causam agi posse alio iudice dato, vt in *l. 4. quom. & quando index, &c.* & *l. 4. hoc tit.* Et præterea ex ea sententia non nasci actionem iudicati, vt ait *l. 3. hoc tit.* In qua proponitur sententia lata his verbis: *omnem debiti quantitatem*
E *cum vsuris competentibus solue.* Vbi primum obseruandum est, sententiam concipi verbis directis, id est, imperatiuis *solue*: vt in *l. 4. quæ bona fide accepisti solue.* Quæ verba sunt traiecta, & rectius collocata in Basilicis hoc modo: ἅπερ ἐδέξω, πίστει ἀγαθῇ κατάβαλε: *quæ accepisti, bona fide solue.* Et ita etiam verbo directo concipitur sententia *l. 59. D. de re iud. & l. quid tamen §. pen. D. de recept.* In vtraque autem *l. 3. & 4.* verum est, nullam esse sententiam ipso iure, quia non exprimit certam quantitatem, quam solui oportet, nec repeti potest ex actis, quod ponit omnino vtraque lex. *Et in l. 4.* mulier repetebat dotem soluto matrimonio apud extraordinarium iudicem, id est, alienum, & non congruum, puta, petitum ab Imperatore extra ordinem & datum,

A vt apud Paulum 5. *Sentent. tit. 5.* & in *l. 2 sup. de dilationibus.* Et hunc incertam sententiam titulisse, hoc modo: *Quæ accepisti, bona fide solue* & non apparere, quæ acceperit vllo instrumento: Ideo ait alium iudicem esse dandum, apud quem causa ex integro agatur, quoniam extraordinarii iudicis sententia pro non lata est, quia incerta est, nec aliunde certa reddi potest.

AD TITVLVM XLVII.

De sententiis, quæ pro eo quod interest proferuntur.

Quod dixit superiori titulo, *sine certa quantitate prolatam sententiam non valere*, verum est etiam si incerta petitio fuerit actoris, incertus ve libellus conuentionis *l. vlt. sup. tit. prox. l. vlt. sup. de annal. except.* vel si egerit de incerta quantitate *§. curare, Inst. de action.* vt si egerit in id quod interest, cuius incerta est quantitas, & per hoc actio in id quod interest, incerta vel incerti actio dicitur passim in iure, quacunque ex causa agatur: Nam & cum incerti agitur in id quod interest, si id iudex censeat esse præstandum, eo nomine debet facere condemnationem in certam quantitatem, condemnationem taxatæ quantitatis, vt ait *l. 3. in fi. inf. de inutil. stip.* Et taxatæ quantum possibile est, vt ait *d. §. curare.* & in const. *h. t.* Iustinianus etiam ait, *se prout possibile est*, πρὸς τὸ ἐνδεχόμενον, *posuisse taxationem condemnationi in id quod interest*: Nec enim
C facilis ea positio est, quia non liquet vtique semper, quatenus cuiusque intersit, propterea quod ea res pendet ex facto non ex iure *l. quatenus D. de Reg. iur.* Ius certum est & finitum. facti causa, id est, hypotheseos ex qua ducitur ratio eius quod interest, vt varia est, ita variam inducit, aut nullam rationem eius quod interest *l. 112. §. vlt. D. de verb. oblig. l. si quis ab alio, D. de re iudic.* Pro cuius varietate varia etiam inducitur ratio eius, quod interest, modo maior, modo minor, quam sit res circa quam ea incidit, vtilitatis ratio, modo rei omnino compar. Et vt facti causa plerunque obscura & difficilis probatio eius, vt in *l. 3. D. de inter. in iur. fac.* ita difficilis est plerunque probatio, & enucleatio, siue definitio eius quod interest *l. vlt. D. de prætor. stip.* Quo fit, vt
D eadem l. ait, vt in incerto, in dubio, in obscuro sæpe iudices qui sunt æstimatores eius, quod interest, æstimationem eius, quod interest redigant ad exiguiorem summam secundum id quod dicitur, in obscuris exiguius esse sequendum: vel etiam huius difficultatis & incertitudinis vitandæ causa contrahentes ab initio in stipulationibus quæ in id, quod interest, concipiuntur, comprehendunt certam quantitatem, ne obscuritate distineantur definiendi & æstimandi eius, quod interest: & vt ipsi potius initio contractus qualem qualem, certam tamen, eius, quod interesse possit, æstimationem faciant, si aliter fiat, quam conuenit, vel si non fiat quod conuenit *d. l. vlt. D. de prætor. stipul. §. vlt. Instit. de verb. obligat.* Et vt ostendamus quam varie ineatur ratio eius quod interest, eius plerunque nihil interesse
E deprehenditur ex re ipsa, & facto ipso, negotio ipso, vel euentu eius & exitu: aliquando pluris interest, quam sit in rei pretio, qua de agitur, vt in *l. 1. D. de act. empt. l. 6. D. de vi & vi armata.* Dicitur alias plus: alias minus interesse, quam quanti res est. Sumamus quod est prius, alias pluris interesse, quam quanti res est, id est, quam sit in rei pretio, vt in hac specie, si vinum quod mihi venditum est, non tradatur, & agam in id quod interest, exempto consequar non tantum pretium vini, quod prænumeraui, sed etiam id quo pluris hodie vinum est, quia id haberem, id est, id meo cessisset lucro si vinum mihi traditum fuisset in tempore, si in eo tradendo moram non fecisset venditor: Et hoc ita ostenditur in *l. si sterilis §. cum per venditorem, de action. empt.* qui locus

alibi explicabitur. Aliquando vero minoris interest, quam sit in rei pretio, vt in *l. 9. in fi. D. ad exhibend.* Sic Florentiæ rectissime scriptum, *vtilitatem actoris*, id est, id quod interest, quod innumeris locis dicitur *vtilitas. minoris esse, quam rem*, vt in hac specie: Egi ad exhibendum mihi seruum meum, quem alius possidebat, cui alieno testamento legata erat optio cuiusdam rei, videlicet serui, vel rei, ex pluribus seruis, aut rebus, vt vnam optaret quam vellet, quæ tamen optio eius rei minoris erat, quam seruus ipse, cui legata optio erat. Finge datam optionem pecudis ex grege, & præstare seruum pecudi, interim vero seruum interiisse suo fato, non dolo, aut culpa possessoris, antequam iussu meo optaret, vt requiritur: Nam legatum optionis comparatur legato hereditatis delatæ seruo, quia vt hereditatem adire seruus non potest, ita nec optare sine iussu domini, *l. 10. de leg. 1. l. 25. in princip. D. de lib. causa.* Igitur antequam iussu meo optaret, mortuus est sua morte. Quid consequar actione ad exhibendum? Legati amissi æstimationem, non serui suo fato mortui, quia sine dolo, & culpa possessoris mortuus est *l. 15. §. vlt. de rei vindic.* Sed consequar æstimationem legati amissi, quod haberem si seruus mihi statim redditus fuisset: Nam iussissem eum statim optare: denique pro modo tantum eius legati, mea interesse intelligitur, & iudex tantum habebit rationem legati amissi, quod cum minoris sit, vt dixi, quam seruus amissus, apparet minus esse id, quod venit in rationem eius, quod interest, quam rem ipsam. Aliquando id quod interest non egreditur pretium rei: scilicet idem est pretium rei, & id quod interest, nec plus aut minus id quod interest, quam pretium rei, vt in specie *l. 3. §. condem. de tab. exhib.* Si legatarius agat interdicto de tabulis exhibendis, in quibus sibi legatum relictum est, in quantum sua interest tabulas exhiberi, eis non exhibitis, quantum est in legato, tantum veniet in æstimationem eius, quod interest, nec amplius, vt item in specie *l. pen. D. quibus ex causis in poss.* si legatarius missus sit in possessionem rerum hereditariarum decreto prætoris, legati seruandi causa, cum ei non caueretur legati nomine, nec admissus sit in possessionem ab eo qui erat in possessione, interdicto *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, nomine eius, quod interest, id tantum consequetur, quod est in legato, non amplius, vt & in *l. si vendidero §. 1. de furt.* si dominus agat furti, tanti interesse intelligitur, quanti res subrepta valet: idque rei pretium duplatur, aut quadruplatur in actione furti pœnali. Et ita etiam in *l. si sterilis §. cum per venditorem, D. de act. empt.* in illo loco pretium tritici, id quod interest exęquat pretium tritici. Et similiter in *l. 1 sup. de his, qui a non dom. manum. vt pretium eorum*, inquit, *dominis si hoc elegerint non domini, qui eos manumiserunt, dependant, quanti sua interest:* Vbi Thalelæus: σημειώσαι, &c. *Nota*, inquit, *quod vocauit pretium, mox eum appellare* τὸ διαφέρον, id est, *quod interest, tanquam idem sit pretium, & id quod interest* in ea specie, & ita quod est pretium in *l. 15. §. vlt. D de rei vind.* vt si homo petitus rei vindicatione mortuus sit sine dolo & culpa possessoris, pendente lite, quia res sua domino moritur, & perit non alii, a quo dolus, & culpa abest, eius serui pretium non esse præstandum actori, nisi eo casu mortuus sit, qui non incidisset, si actori in tempore seruus redditus fuisset. In eadem specie, eademque sententia *l. de eo §. si post, D. ad exhib.* quod illa vocauit *pretium*, vocat, *id quod interest.* Sunt igitur casus, facta, negotia, lites, in quibus id quod interest non egreditur rei pretium, & vbique spectatur, aut verum iustumque pretium, quod approbat communis vsus, quod in foro sequuntur omnes; aut spectatur pretium quod numeratur, vt ait *l. 1. ff. de act. empt.* quanti res valet, vel empta est: pretium autem quod affectus, vel vtilitas singulorum statuit, non veritas, nunquam spectatur. Nec igitur vllum est, vt Doctores vocant, *interesse singulare*, id est, quod intersit pro affectu cuiusque, id est, quod æstimetur affectu, non pretio: sed vel pretio id quod interest æstimatur vero & iusto, vel pretio conuento, aut interdum supra, vel infra pretium verum aut conuentum. pretium, quod affectus cuiusque facit, nunquam spectatur. I. C. ait in *l. pretia, in princip. D. ad l. Falcid.* Pretia non ex affectu & vtilitate singulorum, sed communiter fungi, id est, non singulariter, sed communiter rerum pretia æstimari, non ex affectu, aut vtilitate singulorum, sed ex communi vsu, atque consensu res pati pretia, quod est fungi, vt apud Lucretium sæpe fungi, id est, pati. Ergo facessat pretium procul hinc, quod affectus statuit, & iterum dicamus, id quod interest æstimari pretio rei vero, aut conuento: Et interdum supra pretium, interdum infra, pro qualitate facti, pro euentu negotii gesti. quamobrem recte dices, certam non esse definitionem eius, quod interest, id est, taxationem eius quod interest, vt de mora dicitur in *l. mora D. de vsur.* Difficilem esse definitionem moræ, id est, difficile esse certo definire, quando mora facta esse intelligatur, hoc non posse decidere vllam legem, vllamue constitutionem, quia facti est, non iuris quæstio, est iudicialis, vt ait *l. Lucius, de mandat. l. Mauia §. pen. D. de ann. legat.* non quæstio iuris, quæstio quam non possit definire Iurisconsultus, sed iudex tantum, vel arbiter, propterea quod pendet ex facto, & pro varietate facti alias intelligitur facta mora, alias non esse facta. Et ita Aristo. 4. Ethicorum, τοῦ ἀορίστου, καὶ τὸν κανόνα εἶναι ἀόριστον, id est, *incerti incerta regula est.* Non potest incertum, de quo tractatur, oratione facile determinari, quod eius definitio pendeat ex singulis rebus, ex facto, & iis, quæ sensibus subiiciuntur. qua de causa recte dices etiam quæstionem de eo quod interest, id est, quatenus intersit, esse quæstionem iudicialem, facti, non iuris, & difficilem tamen ipsi iudici explicatu, quia alias plus, alias minus, alias tantundem, alias nihil interest. Quamobrem Iustinianus ait hoc tit. *quantum potest iudici, in cuius arbitrio posita est taxatio eius, quod interest, legem datam, quam sequatur, neque excedat in æstimatione eius, quod interest.* Et recte *iudici* soli: Nam etsi aliquando ęstimatio eius quod interest, permittatur aduersarii iureiurando in litem, vt ipsemet æstimet quanti sua intersit, *l. semper §. in hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* tamen id iusiurandum iudex moderari & refrenare, imo nec sequi potest *l. videamus l. in actionibus D. de in lit. iur.* Vt inde appareat semper taxationem eius, quod interest, pendere ex arbitrio iudicis, quam vt certam faciat, datus est hic titulus post titulum, *de sent. quæ sine certa quant. profer.* vt scilicet etiam si actum sit in id quod interest, quæ res incerta est, tamen sententia sua certam eam faciat iudex, damnando in certam quantitatem eum, qui tenetur in id quod interest. At ex arte definitio eius, quod interest tradi potest hodie facillime: Nam non est credibile, quantum superiores interpretes laborarint in quærenda definitione eius quod interest. Memini me in his disputationibus audiendis, multum consumpsisse temporis, nec quidquam per eos profecisse. si quis autem teneat materiam siue quæstionem totam, ei sit facillimum non vnam tantum dare definitionem, sed plures ex arte confectas, & omnes ex legibus nostris. *Id quod interest, est incommoditas rei, vel actoris, quæ culpa aduersarij contingit:* aliter: *pecuniariæ quantitatis ratio, quæ ad nos pertinet:* Nam id quod interest in æs redigitur. Vel aliter: *quod per aduersarium amisimus, aut habere non potuimus, ex l. generaliter D. de reg. iur.* Aliter, *id, quo ius nostrum deterius factum est culpa aduersarij, Ex l. etsi post tres. D. quis caut.* Aliter, *Id quod interest, est quod mihi abest, quodue lucrari potui*, ex vulgatissima *l. si commissa, rem ratam haberi*, cui potest addi *l. vlt. D. si mulier ventris nomine in possess.* illo loco, *id quod abest.* vel melius, quoniam, vt ante dixi, passim in iure id,

id, quod interest, dicitur *vtilitas, vt nuper cum dicebam*: A Barbarii decreta sustineri propter vtilitatem eorum, qui apud eum egerunt, id est, propter eos quorum interest In *tit. de eo, quod certo loco*, Vtilitas semper est id, quod interest, & ferme in omnibus legibus, quas ante adduxi. Vnde ita dicamus, *Id quod interest est vtilitas, quæ mihi abest, quamue adipisci potui, nisi mihi obstitisset aduersarius. Vel est vtilitas, quæ mihi obuenisset, si neque damnum mihi datum, neque lucrum interceptum fuisset. Non est damnum, quod quis mihi dedit: non est lucrum, quod mihi quis intercepit*, damnum emergens, vt loquuntur, vel lucrum cessans. *sed vtilitas cui fuit impedimento damni illatio, vel interceptio lucri.* Atque hoc ita exposito sequitur, vt nunc videamus, quem in ea re modum iudicem seruare Iustinianus velit. Et separat quidem Iustinianus casus certos ab incertis, & casus vocat themata, vt est in Basilicis, *pro in omnibus casibus* B ἐν πᾶσι τοῖς θέμασι, quas Iulianus noster multis in locis vocat *propositiones. Et casus certos* definit esse eos, qui certam habent quantitatem, vel naturam, quibus directo, & principaliter proponitur, agi de certa pecunia, vel de corpore certæ rei, vt natura nihil aliud sit, quam substantia certi corporis. Et dat pro exemplo venditiones, quia certum pretium habent, & taxatam quantitatem *l.* 1 *sup. de rer. permutat.* §. *pretium, Instit. de empt.* Et rẽ quoque certam, raro incertam, nec nisi cum aleam, aut spem emimus: Nam & aleæ & spei emptio est *l. nec emptio, D. de contr. empt. l. si iactum, D. de act. empt.* vt si quis emat iactum retis quod in idiotismo dicimus, *acheter vn traict.* incertum emit, vel si quis emat auium aut ferarum, aut regiæ sparsionis captum. Dat etiam pro C exemplo locationes, quod & in iis certum pretium esse oporteat, id est, certam mercedem, siue pensionem, quæ sæpe pretium dicitur, & rem certam. Sed interdum etiam incertam, vt si quid faciendum locauero certa mercede constituta. Et postea generaliter Iustin. addit, vt ex omnib. contractibus certum condici possit *l. certi cond. D. de reb. cred.* Et his omnibus casibus qui habent certam summam, vel certam speciem, siue rem, Iustinianus definit, id quod interest non posse excedere dupli quantitatem, id est, duplum eius rei, de qua principaliter agitur, siue quæ in iudicio vertitur potissimum, vt, nam appositione exempli opus est, si per venditorem mora fiat, quo minus res tradatur, quæ veniit, & agat emptor ex empto, quanti sua interest rem habere, pretium consequetur, quanti rem emit, si prænumerauerit & hoc amplius, quanto pluris ea res hodie est, *l.* 1. D *in princ. l. si sterilis* §. *cum per venditorem, de actio. emp.* modo id non excedat duplum. Nam si res empta sit decem, & ea res digna hodie sit 25. emptor non consequetur vltra viginti, id est, 10. pretii nomine, quæ prænumerauit, & alia 10. id est, ἰσομέτρον nomine eius, quod interest supra pretium rei, etiamsi forte pluris intersit. Pone emptorem prænumerasse pretium, quod Theodorus Hermopolites in hanc legem vocat πρόχρειαν, Latini dicunt, *promutuum & antecessum, auance*: Nam si emptor non numerauerit pretium, vel non satisfecit venditori eo nomine, venditor, qui rem non tradit, moram facere non videtur, quia potest retinere rem venditam vel [illegible] pignoris iure, donec ei adnumeretur E pretium, *l. Iulian.* §. *offerri, ff. de act. emp.* Et eius quod interest non habetur ratio, nisi post moram. Posui etiam speciem in actione ex empto: nam post traditionem rei, atque adeo moram emptoris, si venditor agat ex vendito, quæ actio pretii dicitur in *l.* 8. *&* 9. *sup. de contr. empt. & l.* 7. *sup. de action. emp.* In eam actionem ex vendito, actionem pretii, non dicemus ex mora venire id quod interest, sed ex mora venire vsuras pretii, quæ legitimo modo in regionibus frequẽtantur *d. l. Iul.* §. *ex vend.* vt in actione ex locato *l. cum quidam* §. *ex locato, ff. de vsur.* At sane hæ vsuræ non proprie veniunt quasi vsuræ, sed quod intersit venditoris, moram emptorem non adhibuisse in offerendo pretio *l. socium, pro soc.* & ratio est, quia hæ vsuræ propter moram non soluentium inferuntur, id est, qui tardius soluunt, non propter lucrum petentium *d. l. cum quidam* §. *si pupillo.* Cedunt igitur hæ vsuræ loco eius quod interest: fœnus infligitur propter lucrum creditoris, etiamsi eius nihil intersit: sicut pœna in conuentionem deducta recte exigitur etiam ab eo, cuius nihil interest, *l. cum pœna, ff. de receptis, l. stipul.* §. *alteri ff. de verb. oblig.* Vsura, quæ propter moram infligitur, non est fœnus, sed pro eo, quod interest, infligitur officio iudicis ex tempore moræ, vt non male idem Theodorus in hac lege ita scriba, τὸ διαφέρον, ἤτοι τοὺς τόκους, confundens cum vsuris, id quod interest, quia scilicet exiguntur vice eius quod interest. Sed proprie *vsura* est accessio quantitatis: id quod interest, accessio rei vel corporis, quod vtrumque infligitur ex mora. Et modus & finis idem est vtriusque, nempe duplum. Et vtrumque etiam, *pœna* dicitur recte: Nam, *pœna est quidquid vltra sortem, & rem principalem exigitur.* Sed alia est pœna, vt dixi, quæ infertur etiam ei cuius nihil interest ex conuentione. Alia quæ infertur ei tantum cuius interest, vt vsura, & quanti interest, quod propter moram exigitur, & præstatur officio iudicis. Et vsura quidem illa pœna dicitur *l. lecta, de reb. cred.* illo loco, *pœnæ nomine.* Id a. quod interest, etiam pœna dicitur *l. vlt. ff. de eo quod certo loco, & in Const. hoc tit.* cum Iustinianus reddens rationem modi a se impositi æstimationis eius, quod interest, id est, reddens rationem coarctatæ a se æstimationis eius quod interest ait, *cum sciamus esse naturæ congruum eas tantum pœnas exigi, quæ cum competenti moderamine proferantur.* Pœnam vocat id, quod interest, quod ipse taxauit atque finiuit. Et verbum *proferatur*, est verbum istius *tit. de sent. quæ pro eo quod interest*, & huius loci sensus hic est, congruum esse naturali æquitati, vt sententiæ, quæ pro eo quod interest proferuntur, proferantur cum modo æquo & pari, ne modicæ culpæ siue moræ grauis statuatur pœna. Æquius esse culpâ citeriorem pœnam esse, quam pœnâ culpam, culpam omnem par odium, siue parem pœnam exigere, aut certe minorem potius quam maiorem, humanitatis hanc esse legem. Ex qua fit, vt in obscuris, quod minimum, in paribus sententiis iudicum, quod mitius est, sequamur, & in dubiis quæstionibus iuris, vt in mediũ eamus potius, quam in summum aut imum. melius esse ad summum, vel imum, quam in summo vel imo. Porro vsura siue sit fœnus, siue non sit, id est, quacunque ex causa infligatur, non potest excedere dupli quantitatem *l. si non sortem.* §. *sup. duplum, ff. de cond. indeb.* Nam vbi vsuræ æquauerint sortem, quod postea vsuris pernumeratur, deducitur de sorte; vt si pretium sit 10. non potest venditor ex mora ab emptore consequi vltra 10. vsurarum nomine: denique solutis 20. liberatur emptor, & a sorte, & ab vsuris, & exstinguitur actio pretii: Et exemplo vsurarum idem vult Iustinianus seruari in casibus certis. Cum ponitur ratio eius quod interest, vt ne ponatur supra duplum. Denique in casibus certis, eundem esse modum vsuræ, & eius quod interest. Idem etiam est modus pœnæ, quæ pro vsuris, vel eo, quod interest in stipulationem deducitur: Nam & hæc seruare debet rationem dupli *l. Iulianus* §. *ibidem Papinianus, ff. de act. emp. l.* 15. *sup. de vsur. l. pecuniæ, & l. pœnam, ff eod.* Et vt alio exemplo demonstrem, in casibus certis, id quod interest non posse excedere dupli quantitatem, id est, sorte principali altero tanto amplius esse non posse: Finge hominem emptum 10. & traditum emptori pretio numerato, emptorem in eum erudiendum impendisse 30. deinde euinci seruum emptori, emptor actione ex empto, quanti interest euictionis nomine non consequetur a venditore 40. licet eius tantundem intersit, sed viginti tantum, quæ est species leg *Titius, in fi. & l. seq. ff. de action. emp.* Quæ lex sequens nominatim ait,

venditorem non teneri vltra duplum in id quod interest, vt plane quis ex illo loco possit tentare hanc taxationem Iustiniani non esse nouam, cum sit etiam prodita in *d. l.* Sed dicendum est in causa euictionis, hoc tantum fuisse receptum etiam ante constitutionem Iustin. vt scilicet venditor vltra duplum periculum euictionis non subiret, quia scilicet moris erat, eo nomine stipulari duplam, *l. quod si nolit* §. *quia assidua, de ædil. edic. l.* 2. *D. de euict.* Et actioni ex empto tacite inest dupla, etiamsi non fuerit cauta, quod soleret caueri. Vnde receptum est, vt actione ex empto non teneatur venditor emptori ob euictionem vltra duplum. At Iustin. eandem rationem dupli vult in omnibus causis seruari, etiã extra causam euictionis vt in exemplis sup. expositis. Itaque noua est definitio Iustiniani. Sed quamuis generalis sit, velim tamen ab ea excipi duos casus. Omnis definitio iuris periculosa est, hæc periclitatur duobus casibus. 1. in casu nauticæ pecuniæ quæ nauigat periculo creditoris, non debitoris. in ea nolim seruari rationem dupli, si agatur de eo, quod interest propter moram debitoris, quia & certum est in ea non seruari modum vsurarum, id est, nauticæ pecuniæ vsuras supra duplum deberi *l.* 2. §. *vlt. D. de eo, quod cert. loc.* Ergo & id, quod interest in nautica pecunia supra duplum debebitur, id est omne id quod reuera interest, etiamsi sit immodicum, quia exemplum vsurarum porrectum est ad id quod interest, vt plane videatur vbique esse sequendum. Excipitur etiam ab hac generali definitione causa doli mali, vt si quis sciens dolo malo vendat rem alienam, vel si quis sciens vendat seruum, qui est in causa libertatis, id est statuliberum pro seruo, hic ratione doli omnimodo præstabit id quod interest, nec in eo seruabimus rationem dupli *l. id quod Iulianus, D. de act. emp.* Diximus satis de casibus certis. Sequitur vt dicamus de casibus incertis, qui scilicet quantitatẽ, aut rem non habent certam, atque finitam. In iis casibus Constitutio Iustiniani ad finem dupli non taxauit id quod interest, sed arbitrio iudicis reliquit, vt ipse æstimaret pro sua religione, & æquitate in rei veritate, quanti interfit actoris vel rei, cum eius æstimatio venit in iudicium. In casibus certis constitutio taxat id quod interest, nec in eis vllæ aliæ sunt partes iudicis, quam vt legis taxationem sequatur. In casibus incertis id quod interest taxat officium iudicis: vt si agatur de fundi possessione, quæ res est incerta, quia possessio neque quantitate, neque corpore certo constat, quanti interfit possessionem retinere, quam alius inturbat *l. pen.* §. *vlt. vti possid.* officio iudicis æstimatur, siue agatur interdicto *vnde vi*, quanti interfit possessionem ereptam non esse. In quo iudicio venit etiam omnis vtilitas, id est, omne quod interest actoris, æstimandum siue taxandum arbitrio iudicis, *l.* 1. §. *ex die, ff. de vi & vi arm.* Item si agatur de restitutione operis, *quod vi aut clam* factum est, quia restitutionis, siue quod idem est destructionis, & demolitionis, vt pote facti, causa incerta est, quanti interfit restitutionẽ operis fieri officio iudicis æstimatur, vt est nominatim scriptum in *l. semper* §. *in hoc interdicto, ff quod vi aut clam.* Et æstimatur ex rei veritate, non ex commentitiis allegationibus, vel excogitationibus partis aduersæ, sed ex rei veritate, *vt ait l.* 9. §. *vlt. de aqua & aqua pluu.* Et hoc est, quod Iustin. ait in hac lege, *In casibus incertis, quod reuera damnum inducitur hoc præstari arbitrio iudicis.* Et hoc quidem omne quod reuera damnum datum esse apparuerit. Idemque est, si agatur de eo, qui promisit, *se opus facturum*, se domum ædificaturum, nec fecit, quia facti causa incerta est, ob id ipsum, quod facta non sunt, antequam perfecta sint, sed intellectu tantum abstrahuntur, & quæcunque in intellectu nudo consistunt, quæcumque sunt λόγῳ θεωρητὰ, quæ in iure consistunt, incerta & immanifesta sunt, & incerta. Hoc igitur casu non faciente promissore, incerta, cessante promissore, fiet

A condemnatio in pecuniam numeratam, id est, in id quod interest arbitrio iudicis, *l. si quis ab alio* §. *fi. ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur, ff. de verb. oblig.* Idemque est, si agatur de cautione præstanda, quia *cautio* nomen est iuris, non corporis, & res incerta igitur. vt si quis promiserit *se satisdaturum pro Titio debitore*, nec satisdet, & conueniatur ex stipulatu, quanti reuera intersit stipulatoris satisdari & caueri sibi eo nomine, officio iudicis æstimabitur. Ita vt si Titius in solidum idoneus sit, in nihilũ æstimetur, quia reuera nihil interest, atq; ita promissor absoluatur: Si vero Titius pro parte tantum debiti idoneus sit, id tantum æstimetur, quod Titius facere non potest: vel si Titius nihil prorsus facere possit, solida sors, quæ debetur, æstimetur, & præstetur ab eo, qui moram fecit in satisdatione præ-

B standa, *d. l. si quis ab alio in pr. & l.* 12. §. *vlt. qui satisd. cog.* Neque vero amplior fit æstimatio, quam dixi in hac specie, etiamsi forte alleget stipulator, timere se ne Titius, qui nunc est soluendo, postea fiat non soluendo, atque ita sua interesse dicat, vt sibi eo nomine satisdetur, quod Titius labi possit facultatibus, quia, vt ait, *d. l. si quis ab alio*, istius vani timoris nulla est æstimatio, nullaque habenda a iudice ratio, vt ait *l.* 6. *ff. qui & quibus ex caus. manumiss.* Aduentitii casus computandi non sunt: Quot enim casibus sunt obnoxia negotia hominum? Quod si spectaueris rationem eius quod interest, deduxeris in immensum, & infinitum. Igitur casus aduentitii computandi non sunt, id est, habenda non est ratio eorum, quæ extrinsecus euenire possunt, non etiam in re ipsa insunt naturaliter. Et hoc exemplo ad-

C hibito ex *d. l. si quis ab alio*, possis luculenter explicare quod ait Iustin. in hac l. *in casibus incertis iudicem æstimantem id quod interest, id non debere metiri ex quibusdam machinationibus, ne res abeat in infinitum ex omnibus allegationibus partium, & technis, & peruersionibus, partium inexplicabilibus vt Theodorus loquitur*, ἀπό τινων ἐπινοιῶν λεπτῶν καὶ διαστρόφων, *ex minuciis & subtilitatibus quibusdam a partibus excogitatis augendæ rationis eius quod interest gratia, sed iudicem spectare debere, quod in rei veritate damnum datum esse, aut lucrum interceptum esse apparuerit aduersarij culpa*: Nam in ratione eius, quod interest semper non damni tantum, sed etiam lucri intercepti habenda ratio est. Quod & veteres iuris auctores ita definiisse Iustinianus ait hoc loco, & pro-

D bat ipse. Idem potest ostendi ex *l. si in lege* §. *colonus, ff. loc. l.* 2. §. *vlt. ff. de eo, quod certo loco.* Theodorus in hanc legem vtitur tribus exemplis. Primum tale est. Ago in te, quod Lucium Titium me heredem instituere volentem, testamentum facere prohibueris: Ago actione in factum in id, quod interest. Et mihi eo nomine esse actionem ciuilem ostendit *l. Lucius* §. *Sempronia, ff. de leg.* 2. *& l.* 1. *sup. si quis aliquem test. prohib. & Nouel.* 115. adiuncta Iuliani interpretatione. Et inter cetera dico, per te factum esse, quo minus ad me perueniret ex ea hereditate prædium, quod in ea erat belle ædificatum, & amœnissimum, quod principi pretio immenso vendidissẽ, & etiam ne me mitteret Prætor in cætera bona hereditaria, quæ paratis insanis emptoribus magno vendidissem. Iudex non habebit rationem

E istius lucri aduentitii, quod allego & exaggero, sed æstimabit tanti quanti reuera hereditas fuerit, vt rerum pretia funguntur communiter, non insania emptoris, non negotiatoris industria. Secundum exemplum est huiusmodi: Promisisti mihi te intra certum tempus domum ædificaturum in loco quodã meo saluberrimo & amœnissimo, & te cessante ago contra te in quantum mea interest, & dico mihi fuisse in animo, eam si domum ædificasses suo tempore, donare aduenienti principi, a quo retulissẽ munera & beneficia quã plurima, propter amœnitatem loci, qua Principes delectantur magis, quam vtilitate: & ea commoda tibi reputari desidero, in ponenda ratione eius, quod interest, & te mihi eo nomine

nomine condemnari, quod per te factum sit, ne ad me peruenirent hæc commoda. an ea iudex spectabit? Non, sed id tantum spectabit, quod ob domum non ædificatam suo tempore amisi, vel quod ex re ipsa assecutus non sum, vt si magno propter culpam tuam coactus fui mihi conducere aliam habitationem, vt in *d. l. si quis ab alio. §. vlt.* Postremo Theodorus vtitur exemplo interdicti vnde vi, in quo etiam veniunt fructus, & generaliter venit omnis vtilitas, *d. l. 1. §. ex die, de vi & vi arm.* id est, omne id quod interest: Nam nemo melius ex scriptoribus quam Bartolus deffinit, *id quod interest, vtilitatem iustam*, & ante plenius definiui, *esse vtilitatem, quam haberem vel assequi potuissem ex reipsa, si mihi aduersarius damnum non dedisset*, vel *lucrum, quod mihi obueniebat si non intercepisset*: Nam, *vt ante dixi*, vtriusque ratio habenda est, id est, damni dati, & lucri intercepti. Porro in hoc exemplo interdicti vnde vi, non audietur, si quis rem producat in infinitum, forte allegans, si possessio sibi erepta non fuisset, saturum se fuisse fundum, & fructus ex eo perceptos perlaturum in exteras regiones quæ iis fructibus maxime indigebant, & ex ea negotiatione facturum ingentem quæstum: Nam iudex non spectat compendium illud extrarium negotiationis, quod generaliter verum est, siue sint casus certi, siue incerti, vt in ponenda ratione eius quod interest, non obseruemus extraria & aduentitia lucra, sed quæ in re ipsa, vel ex re ipsa sunt communiter æstimari, *vt in l. si sterilis §. cum per vend. de actio. empt. l. vlt. de peric. & commod. rei vend.* quod memini me satis exponere in tractatu ad Africanum *libr. 8. l. si fundus, loc.* vbi tradita sunt omnia, quæ pertinent *ad dictum §. cum per venditorem*: qui vult tantum æstimari id quod interest, circa rem, puta pretium, quo empta est, vel quo hodie pluris est: Mutari enim pretia pro ratione temporum omnibus compertissimum est, non spectari compendium negotiat. non spectari industriā nostrā, non spectari fatalem casum. Denique spectari veritatem tantum, quæ in re ipsa est, non quod extrinsecus accedit, id est, extra rem. Et ita in *l. 2. §. vlt. ff. qui satisd. cog. l. quoties quis, ff. de verbor. obligat.* Si quis cauerit aliquem iudicio sisti, nec illum sistat, eum condemnari in id, quod interest. *vbi*, inquit, *spectatur veritas, non quantitas.* Veritas, id est, vera quantitas, non quantitas deducta in libellum, *ce que la partie a articulé*: non quantitas æstimata iureiurando in litem, quod potest iudex non sequi vrgente veritate rei. Ad extremum illud non omittam, etiamsi de casibus certis pro exemplo dentur venditiones & emptiones in *hac l.* aliquando tamen rem incertam venire in actionem empti, quod attigi initio huius tractatus, non peregi: vt si emero *bolum*, id est, iactum retis, & piscator postea pœnitentia ductus, nolit iactare rete, puta, quod animaduerterit se nimis paruo pretio fuisse contentum, nimis paruo vendidisse fortunam captus. Tunc, vt ostendit *l. si iactum, ff. de action. emp.* id quod interest, non redigitur ad finem dupli, sed huius rei incertum a iudice æstimandum est, id est, non quanti bolus emptus est, sed quanti bolus iste, siue incertum huius rei vænire possit, quod forte poterit pluris vænire, quam emptum sit propter piscariam copiam eius loci, in quo vt iactaretur rete placuit. at vt subiicit *d. l.* si piscator iactarit rete, & quod extraxit piscium reddere nolit, cum tamen pretium acceperit captus, vel ei offeratur de quo conuenit, vt plerunque in hoc genere negotii prius numeratur pretium, quam fiat iactus retis, vt ex aliis auctoribus mox comprobabo. Si inquam paruo pretio adnumerato, & deinde iacto rete piscator non vult reddere, quod extraxit, quod longissime exsuperet pretium, quod prænumeratum est, quod bolus sit pretiosior pretio, tum quia res, quæ empta est, certa esse cœpit, id quod interest non æstimabitur vltra duplum. Iactum retis appello *bolum*, quia & inde piscatores dicuntur *bolo-*

A *nas exercere*: Et etiam hodie huius modi homines vulgo *Bolonarij* appellantur in Landgothia, hodie *Languedoc* quæ prouincia dicta est a veteribus Gotthia, quod eam Gothi tenuerint, & Septimia in test. Caroli magni, quod constaret vrbibus potissimum 7. Et de hoc genere emptionis, vt contrahatur, perspicue ostendit Suet. *in lib. de claris Oratoribus* his fere verbis: *Adolescentes cum Ostiam venissent. piscatores rete trahentes adierunt, & pepigerunt bolum, quanti emerent & nummos prærogarunt*, id est, *soluerunt*, vt fieri solere dixi. *Extractus retibus piscis nullus infuit, sed sporta auri obsuta. tum emptores bolum suum esse aiunt, piscatores suum; est controuersia scholastica, quæ tamen facile ex iure dirimitur, vt non iure emptores bolum illum suum esse intendant, quod de illo bolo intellectum non sit, sed de captu piscium.* Et simile est,

B quod Plutarchus in Solone refert, de Cois piscatoribus trahentibus sagenam, euerriculum, siue rete, & Milesiis quibusdam mercatoribus ementibus bolum, & extracta tripode aurea, nullo pisce. De hoc genere contractus etiam Apuleius 1. *Apolog.* scribens de Philosopho quodam, qui emit iactum retis, & extractos pisces reddidit profundo, cum animaduertisset euerriculum trahi a piscatoribus, fortunam iactus eius emisse, & pretio dato iussisse illico pisces illos, qui capti erant, solui retibus, & reddi profundo. Si iactauerit rete, & extraxerit pisces, casus est certus, in quo sit seruandus finis dupli: si nolit iactare rete, casus est incertus, qui æstimabitur arbitrio iudicis, tanti scilicet quanti fortuna illa iactus vendi posset, etiamsi pluris vendi possit, quam empta sit. Denique vt concludamus, in casibus certis lex definit id, quod interest, & coarctat ad duplum: In casibus vero incertis & infinitis taxatio permittitur iu-

C dici, ita vt ipse nulli adstrictus rationi, vel taxationi possit æstimare id omne, quod reuera interest actoris. Vnde quæritur, non sine puluere, non sine impensa pulueris multi, quæ sit differentia inter casus certos & incertos, vt in incertis æstimetur omne, id quod interest, in certis non omne quod interest, sed fine dupli tenus. Ratio perspicua hæc est, incertæ rei non posse constitui certam regulam, incertæ & infinitæ rei infinitam esse regulam, vel Aristot. *teste 5. Ethic.* Incerti & infiniti casus, habent etiam incertam & infinitam regulam, quia nec certam habere potuerunt: certi habent certam. in omnibus tamen casibus Iustinianus vult modum seruari: in certis certum, in incertis etiam modum, puta veritatem, non quantitatem ab aduersario petitam vel colo-

D ratam, & longius arcersitam, quia vt subiicit Iustinianus, *est naturæ congruum, eas tantum pœnas exigi, quæ vel eum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur*: Præstatio enim eius, quod interest, pœna est, qua coercetur culpa aduersarii, maxime si egrediatur rei pretium. Et *naturam* quidem initio legis accepit pro substantia, vt Aristoteles sæpe naturam accipit. heic autem naturam accipit pro naturali æquitate. Vbi eleganter Theodorus enarrans illam rationem Iustiniani, *natura*, id est, naturalis æquitas, *complectitur moderationem.* ἡ φύσις τὴν συμμετρίαν ἀσπάζει: Et quod de pœnis legitimis subiicit Iustinianus, vt hæ solum exigantur quæ legibus sunt scriptæ & definitæ: nihil enim loquitur de pœnis conuentionalibus. Et ta-

E men, quod de iis dici potest, aut debet, si scire cupias, legas obseruationem decimam sextam cap. 34.



AD TITVLVM XLVIII,

Si a non competenti iudice. iudicatum esse dicatur.

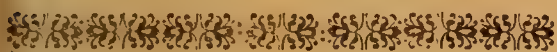
IN hoc tit. superioribus casibus, quibus docuit sententiam iudicis ipso iure nullam esse, hunc addit, *si ab in competenti iudice indicta sententia fuerit.* In competens iudex est is, cuius iurisdictioni, vel no-

tioni subiectus reus non est, qui & *incongruus iudex* dicitur, *l. 1. sup. de iurisd. omn. iud.* Dico reus: Nam non desidero, vt iudex actori sit iudex competens: satis enim est, si reo fuerit iudex competens, quia actor sequitur forum rei. Is igitur demum est iudex incompetens, cuius iurisdictioni vel notioni reus subiectus non est. Dico *iurisdictioni, vel notioni*: Nam alii sunt iudices, qui forum & iurisdictionem habent, vt magistratus. alii, qui notionem tantum, vt iudices dati, iudices delegati ad litem certam, iudices speciales, siue pedanei, qui vtique sunt incompetentes, si ab incompetentibus magistratibus dati sunt, vel si dati a competentibus alia de re iudicent, quam de qua iudicare iussi sunt. Et de iis est potissimum hic titulus. titulus autem *libri tertij, de iurisdictione omnium iud. & foro competenti*, qui ab hoc titulo, qua re distet, non abs re posset quæri. Ille, inquam, lib. 3. titulus est de magistratibus, quia de iurisdictione & foro, quod soli magistratus habent, non iudices delegati, non etiam Episcopi, iure ciuili. Episcopi forum non habent, vel iurisdictionem vt est in constitutione quadam C. Theod. scriptum, sed habent notionem tantum, vt iudices delegati. Et qua de re cognouerunt, iudicaueruntve, id quod iudicarint, ipsi non exsequuntur, sed magistratus. Et inde titulus *de episcopali audientia*, qui episcopis tribuit audientiam, non iurisdictionem, non forum. Item *in illo tit. lib. 3.* potissimum definitur quis sit magistratus competens, & quis incompetens. in hoc autem tit. definitur, sententiam dictam ab incompetenti iudice, ipso iure nullam esse *vt in l. 6. §. quod si quis, ff. de ini. rup. testam.* Ideoque dictam ab incompetenti sententiam, citra appellationem infirmari, & ex integro causam agi, & iudicari, quia pro non iudicata habetur. Et non parere eam sententiam, quam dixit incompetens, actionem iudicati: quod etiam trahitur non male ad confessionem factam coram iudice incompetenti, vt ea etiam confessio non valeat, *vt est in c. 4. extr. de iud.* Vbi Alexander Pontifex ait, *Clericum confessum de crimine in foro iudicis secularis, qui ei est iudex incompetens, apud Episcopum, qui ei est iudex competens non haberi pro damnato*, quod notandum. Primum confessus extra iudicium non habetur pro iudicato, pro condemnato confessus etiam in iudicio incompetenti non habetur pro iudicato. Et plerunque eadem est causa confessi & iudicati: vt iudicatum, ita confessio non valet, nisi fiat in foro, in iure, vel in iudicio competenti. vt iudicatum, ita confessio certa esse debet, id est, certæ quantitatis vel rei. *l. 6. de confess.* vt iudicatum, ita confessio facta absente aduersario nihil nocet, aut nihil valet *d. l. 6. §. si quis absente.* Itaque non male in *d. c. 4. ex. de iud.* vt quod iudicauit iudex incompetens non valet: ita censet, quod quis confessus est apud iudicem incompetentem non valere. Sed id non fero vllo modo, quod idem Pontifex clericorum adulteria, numerat inter minora delicta, quorum veniam dare possit clerico Episcopus post peractam pœnitentiam. Maiorum autem criminum Episcopum clerico veniam dare non posse, sed ei debere irrogare pœnam legitimam omnimodo, pœnam Canonicam, quæ est loci motio, siue καθαίρεσις, & regradatio. Nec pœnitenti veniam concedere potest. Et nominatim adulteria illorum vocat minora crimina: & male, cum sit natura turpe & probrum, vt ait *l. probrum de verb. sig.* Sed ad rem secundum definitionem huius tituli, Si iudex datus ad rem certam specialiter de alia re iudicauerit, vt puta si datus ad actionem locati, conducti, iudicauerit de pecunia credita, quod is iudicauit ipso iure nullum est, quia in ea re non fuit competens iudex. Et hoc exemplo Græci vtuntur *ad l. 1. h. tit.* Item si iudex datus in proprietatis causa non iudicauerit de proprietate, sed de possessione, vel de alia re, quod is iudicauit, ipso iure nullum est, & cognitio de proprietate redit ad præsidem, qui eum iudicem dedit, & addixit iudicio

A proprietatis: Nam hoc est generaliter verum, a iudice dato, qui suum munus non exsequitur, vt ei præscripsit formula magistratus, qui eum dedit, vt inquam ab eo cognitio recurrat ad præsidem: Ideo iudice dato iudicante alia de re, quam de causa proprietatis, causa proprietatis redit ad præsidem, qui eum iudicem dedit, vt si datus de proprietate, iudicauerit de possessione: Nam *vt ait l. 3.* etsi iure iudex datus de possessione, de ea iudicauerit, præsidi integra est cognitio de proprietate. Et ita accipienda *l. 3. hoc tit. adhibita. l. 9. sup. de sent. & interl.* Et ratio hæc est, quia longe alia res est proprietas, alia possessio *l. naturaliter §. 1. l. pen. ff. de adq. poss. l. 11. §. huius l. pen. §. 1. ff. vti poss. Seneca 10. epistol. stulta hominum auaritia possessionem proprietatemq; discreuit*, imo vero prudentia iuris auctorũ summa. Item si B magistratus militaris iudicem dedit inter priuatos virum militarem, quod is iudicauerit tanquam ab incompetenti iudice iudicatum nullum est. Et ita est accipienda *l. 2. hoc tit.* Nam iudicis dandi potestatem, quæ est pars iurisdictionis, vt docet *l. imper. ff. de iurisd. omn. iud.* magistratus militaris non habet, veluti magister militum: nisi inter milites, vel actorem priuatum, & reum militem, quia actor sequitur forum rei, vt in *l. pen. sup. de iurisd.* Et eadem ratione Procurator Cæsaris si iudicem dederit inter priuatos, quod is iudex iudicauerit, nullum est, *l. 1. sup. de ped. iud.* quia non est datus a competenti iudice, datus ab incompetenti, & ipse incompetens est. Et ita de procuratore Cæsaris Græci acceperunt *l. 4. hoc tit.* dum dicunt, in priuatorum causis, id est, inter priuatos dictam sententiam a non suo iudice, id est a C iudice quem dedit Procurator Cæsaris, ipso iure non valere. Priuatus autem homo, quem magistratus iudicem non dedit, sed partes elegerunt, incompetens etiam est, cum nec iudex sit quidem, quia priuatorum consensus priuatum hominem non potest iudicem facere: Et ideo etsi iudicauerit ex consensu partium, quod is iudicauerit rei iudicatæ auctoritatem non habet, *l. 3. sup. de iurisd. omn. iud.* quia legis est, aut magistratus iudicem facere, non priuatorum. Ideoque sententia illius iudicis ne consentientes quidem, id est, qui in eum consenserint, necessitate vlla adstringit, vt possint non parere si velint ei sententiæ. Ergo consensus partium eum tantum competentem iudicem facit, qui magistratus est, qui tribunali præest, licet eius iurisdictioni subiecti nõ sint, non etiam priuatum. publicam personam priuati non D faciunt *l. 1. & 2. ff. de iud.* etsi se subiiciant iurisdictioni eius, atque adeo prorogent iurisdictionem eius sua sponte. item litis contestatio, quia pro consensu habetur, incompetentem iudicem, si modo sit in magistratu, iudicem competentem facit, non etiam priuatum hominem, *l. 1. sup. de sent. & interloc.* Et hoc est quod dicitur, *præscriptionem fori non opponi post litem contestatam*, quia litem contestando id forum approbauimus, & ei nos subiecimus. Præscriptio fori obiicitur ante litem contestatam, sero post litem contestatam *l. 4. sup. de iurisd. omn. iud. l. vlt. inf. de exception.* Sic igitur dicamus, *litis contestatio incompetentem iudicem, qui tamen in magistratu vel potestate est, competentem facit.* Item, *litis contestatio competentem iudicem confirmat, ne recusari possit, nisi magna ex causa, qui tamen ante litem contestatam* E *potest recusari sine causa*, vt diximus, *l. vlt. sup. de sent. & interloc. l. 12. l. apertissi. sup. de iud.* Nemo litem contestari cogitur. Ergo sponte, si litem contesteur, ei iudicio parere compellitur. At vocatus a magistratu, licet forte is dicatur iudex non esse competens, omnimodo venire cogitur, vt sciatur hoc ipsum an sit ei iudex competens. Vocati est non contemnere auctoritatem magistratus qua re nihil est perniciosius in Rep. Ipsius autem magistratus est statuere an sua sit iurisdictio *l. 5. ff. de iudic. l. 2. si quis in ius vocatus, &c.* Soleo dicere iudicem quem esse in re sua duobus casibus. Primum cum agitur de sportulis iudiciariis, quia in re est idem aduersarius

&

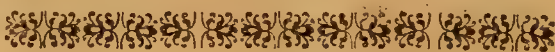
iudex. Item cum agitur de iurisdictione sua. Nam opposita præscriptione fori, ipse statuit, an forum suum partibus sit competens necne *l.* 5. Sed huic sententiæ opponitur *l.* 1. *ff. de feriis*, dum ait, *vocatum a prætore condicto die feriato venire non compelli, & si non venire perseuerauerit, non mulctari eum propter contemptum prætorem, imo in eum dictam sententiam ipso iure nullam esse.* Sed hoc facit temporis importunitas, quod condixerit prætor diem feriatum, quo ius ei dicere fas non est, vt plane liceat eo die non venire, sicut nec si condixerit infamem locum, eo loco licet non venire: Nam & locus, & dies illicitus vitiat sententiam, *l. 4. & 5. sup. quomodo & quando iudex.* Et ita etiam debitor, non intelligitur fecisse moram, etiamsi interpellatus non soluerit, si quidem interpellatus sit inoportuno loco vel tempore *l. si soluturus, ff. de solut. l. mora, de vsur.* Et ad eundem modum non intelligitur esse contumax aduersus prætorem, qui vocatus non venit, si vocatus sit in diem, aut locum illegitimum. Verum si magistratus, qui non est competens, sit competens ex consensu partium, & iudex quoque datus ab incompetenti fit competens ex consensu partium. Ergo definitio huius tituli est, vt sententia dicta ab incompetenti iudice ipso iure nulla sit, sic est accipienda, si dicta sit citra consensum partium, vel si dicta sit a priuato homine, nec dato a magistratu ex consensu partium. Et hæc est summa eorum quæ dixi ante.



AD TITVLVM XLIX.

De pœna iudicis qui male iudicauit, &c.

Quæri potest an etiam quod iudex competens male iudicauit, ipso iure nullum sit? Et videtur non esse nullum, quia lex ait, *siue bene siue male iudex officio suo functus sit, sententiam eius citra appellationem rescindi, aut retractari non posse, & Reipublicæ interesse non conuelli auctoritatem rerum semel iudicatarum*, quia scilicet status Reipublicæ maxime rebus iudicatis continetur, alioqui nullus finis litium foret *l. iudex, ff. de re iudic. l. seruo §. cum prætor, ad Trebell. l. si patronus §. si quis, ff. de bonis libertor.* Ideoque etiam rebus male iudicatis standum esse, quod sane verissimum est, si iudex per errorem & imprudentiam male iudicauit, vt ita iudicatum citra appellationem rescindi non possit, sed litem suam iudex faciat, id est, perinde est, atque si lis sua esset, suaque causa, vt ei, cuius interest in tantum teneatur, in quantum religioni iudicantis æquum visum fuerit actione in factum quasi ex maleficio *l. vlt. D. de extraord. cognit.* salua tamen existimatione, quia dolo caret. Quod si per gratiam & ambitionem, *par faueur* sciens dolo malo iudicauit, sententia valet, sed iudex ei cuius interest, tenetur in solidam æstimationem litis *l. si filiusfamil. in fine D. de iudic.* & infamia notatur, *l. 2. hoc tit.* In qua est legendum, *existimationis* pro *æstimationis*. Quia hoc vult, iudicem, quia gratia corruptus male iudicauit, damnum pati existimationis, & præstare periculum litis ei, quem iure non condemnauit. Quod si iudex per sordes, quem casum etiam complectitur *lex* 2. id est, pecunia corruptus male iudicauerit, quod turpitudinem vocat *l. 2 ff. de Senat.* Marc. Tullius lib. 1. ad Attic. ep. 13. *Si quæras causam absolutionis, egestas fuit iudicum, & turpitudo.* Hoc solo casu propter turpitudinem rei sententia ipso iure nulla est, & citra appellationem infirmatur, *l. venales, inf. quand. prou. non est necess.* Et præterea iudex infamia notatur, vt ait l. 2. & præstat solidam æstimationem litis ei, cuius interest, id est, ei quem læsit. Et præterea, vt notat Accursius, extra ordinem coercetur criminali iudicio. Et hæc de pœna iudicis, qui male iudicauit. Nunc loquamur de eo, qui iudicem data pecunia corrupit, vt male iudicaret: vel qui aduersarium corrupit vt præuaricaretur, vt lusorie causam ageret, & se vinci pateretur. Cum aduersario licet transigere de lite, exceptis certis casibus, quibus turpis transactio videtur esse, aut pro confessione habetur. his transactionibus non est interdictum, sed sordidis concussionibus, ne quid per concussionem iudex, vel aduersarius perterrefacto reo ab eo extorqueat, & exprimat. Porro is tantum, qui, vt dixi corrupit iudicem vel aduersarium, causa cadit, litem amittit ex constitutione Antonini ad Cassium Sabinum, id est, ex *l. 1. huius tit.* Cuius inscriptio, vt retuli, ita emendanda est, vt constat tum ex veteribus libris, tum ex *l. 1. §. pen. ff. de Calumniator.* vbi Vlpianus proponit sententiam huius legis: eamque adscribit Imperatori suo, id est, Antonino ad Cassium Sabinum, non ad Gaudium, vt vestri codices habent. Igitur, si actor corruperit iudicem vel aduersarium, actionem amittit, si reus defensionem, siue exceptionem suam amittit. Nam in *l.* 1. actionis verbo continetur etiam exceptio, vt in edicto de dolo malo, *l. 1. §. ait prætor ff. de dolo.* Et hoc ita procedit, etiamsi res nondum sit iudicata, & pateat interim, reum iudici pecuniam dedisse, vt male iudicaret, vel aduersario, vt colluderet: post rem iudicatam secundum coruptorem, etiam litem amittit, quia sententia ipso iure nulla est, & litis restitutio ei non dabitur, quam vitio suo amisit, nisi forte ex Nouella Iustin. 124. se ipsum detulerit, & rem prodiderit in publicum, & iudicem vel aduersarium arguerit acceptæ pecuniæ: Nam ex Nouella Iust. corruptori est medicina confessio, si modo rem probauerit, & reum conuicerit.



AD TITVLVM L.

Sententiam rescindi non posse.

IN hoc titulo proponitur quod etiam tit. generali prædixerat *l. 9. sup. de sent. & interloc.* ipso iure nullam esse posteriorem sententiam eiusdem iudicis, vel successoris eius de eadem re, & inter partes easdem, quæ contraria est priori sententiæ, a qua appellatum non est. Et hoc maxime distat lex a sententia: Nam posterior lex potior habetur priori: prior sententia est potior posteriore. Item lex plerumque statuit de futuris, sententia depræteritis, quæ postrema differentia est in Partitionibus M. Tull. Sunt in hoc tit. tres leges. Prima & tertia non desiderant meam operam, secunda desiderat. Sciendum igitur est, alias esse exceptiones peremptorias, alias dilatorias. Peremptoriæ sunt, quæ perimunt prorsus actionem & excludunt, vt exceptio doli mali, rei iudicatæ, non numeratæ pecuniæ, exceptio longi temporis ex leg. Iulia, si non legem prodidisse dicatur, de qua in *l. 2. §. vlt. ff. ad l. Iul. de adult.* & except. SC. Macedoniani & Velleiani. Hæ omnes exceptiones protinus agentem repellunt, & extinguunt actionem, si probentur iudici legitimis probationibus. *Dilatoriæ* autem sunt, quæ differunt, non perimunt actionem, quæ efficiunt, non vt ne sit actio omnino, sed ne sit statim: Vt *exceptio fori* impedit actionem, & litis contestationem, cum iudex negatur esse competens, & *exceptio procuratoria*, quæ negat iure datum procuratorem. Summa autem inter has exceptiones differentia hæc est: Quod dilatoriæ opponantur initio litis contestandæ, *in ipso limine quæstionis*, vt ait Symmachus 1. epist. scribens de exceptione procuratoria. non recte opponuntur post litem contestatam, sed initio litis. Cur non proponantur nisi initio litis, hæc est ratio, quia exceptiones dilatoriæ potissimum sunt de personis, quibus iudicium consistit, aut sane has solas dilatorias exceptiones dicimus esse opponendas initio litis, quæ sunt de personis, quibus iudicium consistit,

atque completur, puta de iudice, actore, vel reo, vel procuratoribus eorum: cum quæritur, an iudices sint competentes, aut litigatorum personæ sint iustæ & legitimæ: Nec enim omnes habent legitimam personam standi in iudicio. Ideoque vt lis iudiciumque constituatur, necesse est eas exceptiones in primis disceptari excuti, probari *l. licet sup. de procurator.* Iudicio constituto frustra quæritur ea de re, quæ iam finita est contestatione litis. Longe alia est conditio exceptionum peremptoriarum. Nam testandæ quidem sunt initio litis, sed excutiendæ etiam & probandæ non sunt statim initio litis, antequam iudicium constituatur: Imo & post constitutum iudicium litemque contestatam quandocunque peremptoriæ exceptiones, quarum initio testatio habita sit, opponi & excuti possunt. Quæ omnia de exceptionibus dilatoriis primum ostenduntur in *l. exceptionem, sup. de probat. l. pen. & vlt. inf. de except. l. 4. sup. de iurisd. omn. indic.* De peremptoriis exceptionibus in *l. 9. de præscrip. longi temporis, & l. 8. inf. de except.* Et hoc quoque *l. 2. hoc tit.* ait, *edicto perpetuo caueri, qui locus est singularis, vt peremptoriæ exceptiones post litem contestatam ante sententiam quandocunque opponi possint.* Denique dilatoriæ exceptiones opponuntur iudicio constituendo: peremptoriæ perficiendo. Dilatoriæ obstant, ne iudicium constituatur, peremptoriæ ne finiatur, secundum intentionem actoris. Et sunt peremptoriæ propriæ exceptiones, quæ rem ipsam finiunt atque interimunt, sunt proprie defensiones: & naturæ congruum est, vt quis quandocunque pulsatur, suis defensionibus quas habet vtatur. Hæ igitur sunt exceptiones siue præscriptiones, & defensiones, quæ proprie peremptoriæ sunt, hæ sunt clypei reorũ, actiones tela, exceptiones sunt manus sinistræ, actiones manus dextræ, vt M. Tullius M. Cælium melius agentem, quam defendentem dicebat bonam dextram habere, malam sinistram, vti telo scite non clypeo. Ergo peremptoriæ exceptiones quandocunque dum lis agitur, ante sententiam opponi & probari possunt, & oppositæ omnimodo excuti possunt a iudice: at post finitum iudicium, id est, sententiam, nobis non sunt integræ peremptoriæ exceptiones, quia nemo nos pulsat post sententiam. Sed excipitur exceptio SC. Macedoniani & Velleiani, quæ ex Senatusconsultis odio fœneratorum, vel fauore mulierum opponuntur post sententiam, *vt in l. tamen ff. ad SC. Vellei.* Alias sententia non potest eo prætextu rescindi, quod omissa fuerit exceptio peremptoria, nisi beneficio restitutionis in integrum, si res sit iudicata contra minorem viginti quinque annis, vt ei liceat vti exceptione peremptoria post sententiam, qua non est vsus pendente lite, *vt in hac l. 2.* in qua legendum est, *In integrum restitutio promittitur*, vt loquuntur semper auctores nostri, non permittitur, vt in Basil. ἐπαγγέλλεται: aut etiam beneficio appellationis, si dicta sit sententia contra maiorem viginti quinque annis. Denique vt est in rubr. huius tituli, *Sententiam rescindi non posse contraria sententia, nisi remedio apellationis aut restitutionis in integrum.*



AD TITVLVM LI.

De fructibus, & litium expensis.

DAtur hic titulus, vt intelligamus, iudicem non tantum de re principali, sed etiam de fructibus eius rei, & sumptibus litis sententiam proferre debere. Et statim initio huius tituli proponitur, fructus intelligi deductis iustis sumptibus. Proponitur regula iuris, principium iuris, a quo nullus casus excipi dicitur in *l. fundus, ff. fam. ercisc.* Et vnus tamen casus excipi debet ex *l. vlt. §. de fund. rei priuat.* Et iusti sumptus in hac regula, quæ proponitur

A statim ab initio huius tituli, sunt sumptus necessarii vel vtiles, *l. heres, ff. de petit. hered.* Qui scilicet facti sunt conseruandæ, tuendæ, curandæ rei, vel fructuum ex ea quærendorum aut redigendorum gratia, non qui facti sunt duntaxat voluptatis causa: his iustis sumptibus primum satisfit ex ipsis fructibus rei: Deinde reliqui fructus restituuntur, si sunt in causa restitutionis, vel diuiduntur si sunt in causa diuisionis. Denique deductis sumptibus fructus æstimantur, quia sumptus minuunt fructus. Et in *l. 2.* ostenditur, in rei vindicatione, qua agitur aduersus bonæ fidei possessorem, non tantum in rem principalem condemnationem fieri, vt restituatur actori, qui est verus dominus, sed etiam fructus perceptos post litem contestatam, aut percipiendos, id est, B quos actor honeste percipere potuisset. Denique conuentus bonæ fidei possessor, & condemnatus, ex condemnatione restituit rem, & post litem contestatam fructus perceptos, aut percipiendos. Eademque est causa heredis eius. Et hæc est sententia *l. 2.* quæ nititur hac ratione, quia quod attinet ad causam fructuum, post litem contestatam omnes intelliguntur esse malæ fidei possessores, omnes pares sunt, quod attinet ad causam, fructuum restituendorum. Nam, quod ad alia attinet, non sunt pares post litem contestatam, quia quod etiam Accursius attigit in *h. l. 2.* bonæ fidei possessor, id est, qui ante litem contestatam bona fide possidebat, fatum non præstat, puta si post litem contestatam res, quæ petita est, suo fato intereat, suaue morte. at malæ fidei possess. fatum præstat, quod forte non incidisset, si res statim actori restituta esset *l. 15. §. vlt. D. de rei vind.* Item C bonæ fidei poss. serui petiti in iudicio, adquirit per eum ex re sua, id est, quod is seruus parat ex re possessoris post litem contestatam, malæ fidei possessor non item, vt colligitur, *ex l. 20. eod.* Ergo post litem contestatam non per omnia omnes possess. pares sunt, licet, qui conuentus est bonæ fidei possessor, iam sciat, aut intelligere possit, vel suspicari ex conuentione sola rem eam, quam possidet, esse alienam. At in fructuum restituendorum causa sunt pares, siue sint bonæ fidei, siue malæ fidei possessores. Is vnde petitur res, restituit fructus, quos percepit aut percipere potuit post litem contestatam, & olim quidem restituebat, qui ab initio bonam fidem non agnouerat, sed litigare maluerat, non simplos fructus, sed duplos, vt constat *ex C. Theod. eod. tit.* D Et *l. 1. de vsur. rei iud. in eod. C. Paul. 5. Sent. t. 49.* ex die accepti iudicii dupli fructus computantur. Et ii sunt, qui maiores fructus dicuntur, scilicet fructus dupli in *l. 6. §. vlt. ff. mand. l. rescriptum §. 1. ff. de distr. pig.* Et de his quoque ita D. Ambros. Epist. 24. *cum aduerterem illum si vicisset acturum de duplis fructibus & de sumptib. annosæ litis.* Et restituebantur quidẽ dupli fructus ex 12. tab. hoc nimirũ erat ex illa *l. 12. tab. Si vindiciam falsam tulit, rei siue litis arbitros tres dato, eorum arbitrio fructus duplione damnum decidito. Iust. in Nou. de triente & semisse*, in actionibus in personam præscripsit pœnam dupli, puta vt debitor qui inficiatur in duplum damnetur. Quod etiam constitutio quædam regis nostri probat. Debuisset vterque etiam in actionibus in rem constituere pœnam dupli legitimam, vt scilicet restituerentur E fructus in duplum percepti, aut percipiendi post litem contestatam, sed obtinuit, vt restituantur tantum in simplum. At notandum est, loqui h. l. de bonæ fidei possessore: Nam vt est in *C. Theod. eod.* Malæ fidei possessor restituit fructus, non tantum ex die litis contestatæ, sed ex die, quo rem mala fide possidere cœpit, vsque ad exitum iudicii. Quam partem Iustinianus non retulit in *hanc leg. 2.* sed priorem illam tantum, quæ est de bonæ fidei possessore, non etiam illam, quæ erat in ead. constit de malæ fidei possessore, vt his fructibus restituendis alligaretur a die inuasi fundi, ne dum a die litis contestatæ, quia scilicet hodie hoc non obtinet, nisi in interdicto vnde vi: Nam, qui vi alium malo & improbato

probato more deiecit e fundo, ex die, quo deiecit, A restituit fructus *l. 1. §. ex die, ff. vnde vi.* Idem iuris est, si agatur aduersus malæ fidei possessorem petitione hereditatis, cuius formula hæc est, *si paret hereditatem meã esse.* Nomen *hereditatis* latissime manat, quia est nomen iuris, proinde comprehendit non tantum res hereditarias, sed & fructus, & causam omnem. Qui igitur petit *hereditatem*, sub nomine hereditatis & fructus etiam petit. & proinde fructus præteriti veniunt in hereditatem, si agatur cum malæ fidei possessore. At in actione in rem, puta si *fundus* petatur, quia appellatione fundi non veniunt fructus: nec enim est nomen iuris, sed certi corporis, ideoque in ea non veniunt fructus percepti a malæ fidei possessore, nisi petantur nominatim, opus est petitione speciali, quia nec officio iudicis ve- B niunt, propterea quod ea, quæ contingunt ante iudicium acceptum, non pertinent ad officium iudicis, nisi sint nominatim iudicio comprehẽsa: omissa actoris culpa officio iudicis non supplentur, *l. ædiles §. pen. ff. de ædil. edic.* Et hæc de fructibus. At notandum in rei vindicationem non tantum venire fructus, sed etiam sumptus impensasque litis, id est, possessorem, quem iudex condemnat, non in hoc tantum debere condemnari, vt rem & fructus restituat, sed etiam vt restituat sumptus & impensas litis. Cassiodorus lib. 5. *litis expensas iudicio superatus exsoluat, quod hinc dantur fomenta detestabilis iurgij, cum improbi vincuntur illæsi.* & non tantum litis impensarum condemnationem facere debet iudex, sed etiam detrimentum omne, *à tous despens & dommages*, vt in *l. vlt. §. qu. pronoc. non est necess.* sumptibus litis, vel detrimentis. Et in *l. 4. hoc tit.* est restituenda vetus lectio C illo loco, *pro pecuniaria vero causa, post dispendia, post sumptus.* vulgo absunt illa verba, *post dispendia*, quæ habent omnes veteres libri, & Basilica, in quibus est, τὰ δαπανήματα, καὶ τὰ ζημιώματα παρασχεῖν: id est, *sumptus & dispendia*, veluti viatica, id est, itinerarii sumptus. Et ita etiam in *§. hæc autem, Instit. de pœna temere litig. damnum & litis impensas.* Redduntur ergo impensæ litis & damna actori, si vicerit. ac similiter reo si vicerit, *l. eum quem temere, ff. de iudic.* Et sane reo protracto in longinquam prouinciam ex rescripto Principis extra ordinem, ex priuilegio quod actor habet forte, eo casu, quis non videt rationem esse habendam dispendiorum, veluti sumptus itinerarii & impensarum litis, siue sportularũ erogatarum, aut iudicibus, aut exsecutoribus litium. Et D æquum est etiam hoc casu, si vincatur actor, qui reum traxit in forum longinquius, vel si iudicio non adsit actor, æquum est, vt ait *l. 4.* vt actor quoque præstet calumniæ pœnam. Est quædam actio calumniæ quæ datur victori aduersus victum, de qua in *l. 31. sup. de liber. cau.* ea actio olim fuit in 10. partem litis, decima pars litis fuit coercitio temere litigantium, *§. hæc autem, Instit. de pœna tem. litig.* Decima pars litis inquam, quia alia est decima, de qua agitur in *l. pen. h. tit.* quæ est constitutio græca Zenonis restituta a me initio *Obseruationis* 12. Decima, de qua agitur in *l. pen.* est non decima pars litis, sed decima pars impensarum litis in quam vltra impensas litis, potest iudex condemnationem facere, si hoc videatur exigere nimia temeritas ac peruicacia litigantium, vt si impensæ litis sint 100. potest condemnare in 100. & 10. eamque decimam impensarum in fiscum E conferre, vel in aduersarium, qui vicit, vt plenius ostenditur in ea constitutione. Debet autem iudex pronuntiare aliquid de sumptibus, id est, vel debet ab eorum præstatione victum absoluere, vt inuicem partes compensent expensas litis, vt ait *Nouella* 82. vel condemnare debet victum etiam in expensas litis, & potest absoluere ab expensis litis ex iusta causa, vt ostendit constitut. Græca, id est, *l. pen.* puta si bonam fidem agnouerit initio, medio, aut fine litis, si actor vltro destiterit a lite vel etiamsi res maxime dubia & ambigua fuerit, *d. l. pen.* Omnino igitur debet aliquid statuere de sumptibus litis. Si nihil statuerit, quid fiet? ipse iudex victori de suo expensas litis refundere cogitur, *l. properandum §. sin autem alterutro, sup. de iudic.* Is autem, qui victus est, non potest eo nomine conueniri, quia nihil pronuntiatum est in eum de expensis litis. Et obseruandum heic est, magnam esse differentiam inter fructus, & sumptus litis: Nam si nihil de fructibus pronuntiauit iudex, integra est victori actio de fructibus, vt Ambrosius dixit supra, acturum de duplis fructibus si vicisset. At si nihil pronuntiauerit de expensis litis, non est victori integra petitio expensarum litis. Et hæc est sententia *l. 3. h. tit.* Videlicet, nisi iudex comminus partibus constitutis, vt loquitur *l. vlt. sup. de legib.* id est, præsente vtraque parte condemnationem fecerit, expensarum nomine. non licet etiam victori eo nomine appellare, quod iudex nihil pronuntiauerit de expensis litis, *l. vlt. §. quando prouoc. non est necess.* sed conuenire iudicem potest, vt ei refundat impensas, quarum in sententia sua nullam rationem habuit. Aliquando victor potest appellare, puta, si sententia ei non satisfaciat ad plenum, si non eius iustam petitionem adimpleat. Sed non appellat, quod de sumptibus iudex nihil pronuntiauerit: & non appellat etiam vno casu qui vicit, licet ei sententia non satisfaciat ad plenum, puta si absens ex contumacia vicerit, cum non defenderetur, quia & pro contumace aliquando datur sententia, si omnino videatur bonam causam habere. At sententia quæ data est secundum contumacem, si ei non satisfaciat ad plenum, propter contumaciam ita plectitur, vt non possit appellare, quam plenam esse negat, & alio quoque modo, vt victo damnetur expensarum nomine, qui casus est singularis, vt victor victo refundat expensas litis, quod ostenditur in *l. properandum, §. sin autem ex gestis, sup. de iud.* Notandum etiam ex *d. l. 3.* in condemnatione, quæ fit nomine expensarum litis, non esse necesse exprimi quantitatem certam. In eam rem de qua agitur principaliter necesse est ferre sententiam certæ quantitatis, vel certi corporis, non etiam in condemnationem, quæ fit expensarum nomine. quod illa verba demonstrant in *l. 3. victori causæ restitui debere expensas.* Et inde fit, vt vulgo facta condemnatione in expensas litis, iudex sibi recipiat, & reseruet taxationem post sententiam. Condemnat igitur in expensas sine taxatione, non in rem principalem. Et postremo notandum ex *l. vlt. hoc tit.* quosdam litigantes habere priuilegium tale, vt victi non refundant victori expensas litis, vel vt minores sportulas, præstent, quale priuilegium habent Episcopi in *§. sportularum, Nou. de sanctiss. Episc.* tale priuilegium habet fiscus: semper enim gratis litigat, quod est ex *l. 1. sup. de sportul.* quæ est Iust. constitutio Græca. ex qua Iulianus *Nou. 17. & 21. fiscus,* inquit, *semper litigat gratis.* Sunt etiam quædam collegia & corpora, quæ hoc priuilegium habent, vt litigent gratis sine sumptu, aut minore quam alii, & vt damnati absoluantur ab expensis. Et hoc casu, qui ea priuilegia habent, si vincant, vt ius sit æquabile, etiam a victis, licet non habeant eadem priuilegia, nihil possunt exigere expensarum nomine, aut id tantum, quod minimum expenderunt. Igitur, neque qui ea priuilegia habent, neque victi agnoscunt expensas, neque, qui cum iis litigant, licet ea priuilegia non habeant, si illos vincant, expensas litis agnoscunt. Quod memini ita fuisse obseruatum in causa senatoris cuiusdam, cum senatus, cuius ex corpore is erat, hoc haberet priuilegium, ne eorum quisquam, qui cum priuatis in senatu litigaret, etiamsi vinceretur, damnaretur expensarum nomine, vt ille victor etiam frustra desideraret aduersarium suum refundere expensas litis, quoniam boni consulere debet, si aduersarius eodem iure velit vti, quo ipse vteretur, aduersus eum, si vicisset. Et hæc est pulcherrima constitutio *l. vlt. hoc tit.*

AD TITVLVM LII.

De re iudicata.

QVid vero diſtat hic titulus *de re iudicata* a titulo *de ſententiis*? quid ſententia a re iudicata? *Res iudicata eſt lis ſiue negotium, de quo ſententia lata eſt.* vel, *cauſa, quæ tranſiit ad condemnationem vel abſolutionem. Sententia autem eſt condemnatio ipſa, vel abſolutio. Res iudicata vno verbo eſt iudicatum.* Nec igitur idem eſt iudicatum & ſententia. M. Tullius: *Iudicatum eſt id,* inquit, *de quo ſententia lata eſt.* Vt autem ſententiam reſcindi & retractari non poſſe docuit *ſup. tit.* 50. citra appellationem, vel reſtitutionem in integrum a prætore datam: Ita in hoc titulo docet de re iudicata rurſus agi non poſſe, & obſtare agenti exceptionem rei iudicatæ, ne aliter modus litium multiplicatus ſummam & inexplicabilem difficultatem faciat, *maxime ſi diuerſa pronuntiarentur*, quæ ſunt verba *l. 6. ff. de except. rei iudic.* vt ſit aliquis litium finis, *l. 2. hoc tit.* quæ etiam ait prætextu computationis rem iudicatam reſtaurari non poſſe, prætextu ἀναλογαριασμοῦ, vt Græci interpretantur, puta ſi is, qui iudicio ſuperatus eſt, dicat ſe fuiſſe ſuperatum, quod non bene rationes ſuas, quas in iudicium deduxit, ſupputaſſet & ſubduxiſſet, atque ideo deſideret rationibus retractatis & reputatis ex integro cauſam agi: hoc enim eſt analogariaſmus, cuius obtentu *l. 2. ait*, rem ſemel iudicatam reſtaurari non poſſe, vt non malè Theodorus Hermopolites *in hanc l. 2.* ſcripſit, litem finitam ſub ſpecie ſiue per cauſam omiſſæ compenſationis in integrum reſtitui non poſſe, ſicut nec per cauſam omiſſæ peremptoriæ exceptionis, vt dictum eſt *tit. 50.* Sed actioni iudicati compenſatio opponi poteſt, poſita exceptione doli *l. 2. de compenſat.* non etiam cauſa denuo agi & diſceptari, ſicut in ſpecie *l. 1.* actioni iudicati opponitur exceptio doli, puta ſi cum fure actum ſit condictione furtiua rei perſequendæ gratia, & condemnatus ſit fur in æſtimationem rei, vel litis: nam res & lis idem eſt, & conueniatur actione iudicati, quia nulla eſt actio, quæ breuius expediatur, poterit opponere actioni iudicati exceptionem doli mali, ſi probauerit iam rem furtiuam ad actorem perueniſſe, quod non ſit æquum, vt bis idem conſequatur. Denique actioni iudicati poteſt quidem ex cauſa opponi peremptoria exceptio doli, ex cauſa noua, quæ contigerit poſt rem iudicatam, non etiam denuo cauſa retractari & diſceptari poteſt. Et ita eſt accipienda lex 2. *h. t.* non vt vulgo de iudice, qui errans in computatione rerum condemnauit in certam quantitatem, vt ſcilicet error ille iudicis non poſſit corrigi re denuo examinata & perpenſa, quod eſt falſum & iniquum: Nam ſiue in ſententia iudicis expreſſus ſit error, quo iudex ductus eſt, poteſt corrigi ab eodem iudice poſt rem iudicatam *l. 1. §. 1. D. quæ ſentent. ſine appellat. reſc.* Siue error non ſit expreſſus, ſed inſit. æque poteſt corrigi ab eodem iudice oblato libello didaſcalico, *en propoſant l'erreur, vt Nou.* 109. Nec quicquam obſtat lex 1. *de err. calc.* quæ lex non negat propter errorem calculi, quo perductus fuerit iudex, rem iudicatam retractari poſſe. Sed hæc eſt mens legis, vt ſi quæratur inter partes de errore calculi emergente ex aliquo cōtractu inter eos habito, quod de ea re iudicatum, vel tranſactum fuerit. i. de errore calculi, de quo partes inter ſe certant, retractari non poſſit. Ergo dicamus *l. 2.* non eſſe accipiendam de prætextu computationis, in qua facienda errauit iudex, ſed de prætextu computationis, quā ſe non probe dicat feciſſe aduerſarius, vt eludat rem iudicatā, & ex integro cauſam agat, quod lex ait, non eſſe ferendum, vt hoc obtentu partis res iudicata inſtauretur. Additur etiam in *l. 4. hoc tit.* ſub obtentu nouorum inſtrumentorum poſt rem iudicatam

A repertorum rem iudicatam in integrum reſtitui non poſſe, & hoc eſſe exemplo peſſimum, & graue, quod publice interſit minui lites, *l. cum de hoc ff. de except. rei iudic. & l. Impp. ff. de re iud.* Quæ tamen adiicit in publica cauſa in publico negotio, Principem quandoque ex cauſa permittere reſtitutionem litis, permittere παλινδικίαν ob noua inſtrumenta. Dicam etiam in priuato negotio ex magna cauſa idem Principem permittere poſſe, & ſolum Principem, *l. Diui fratres, ff. de pen. Plinius 7. Epiſtolarum*, ſcribens ad Macrinum: *poſt rem iudicatam victus adiit Principem, inquit, affirmauit ſe nouas probationes inueniſſe. præceptum eſt iudici, vt vacaret finitam cauſam retractanti, ſi quid noui adferret.* & tamen priuatum erat id negotium, *de quo ſcribit Plinius.* Dicam igitur vt B per cauſam nouorum inſtrumentorum poſtea repertorum, lis ex integro agatur, ſiue ſit priuata ſiue publica, ſiue fiſcalis, opus eſſe ſpeciali præcepto principis, alioquin, *vt ait lex 4.* ſub obtentu nouorum inſtrumentorum iure & ll. rem iudicatam poſtea reſtaurari non poſſe. Pertinet valde ad hanc quæſtionem *lex admonendi ff. de iureiur.* quam explicemus. Lex ait, *interdum poſt exactum iuſiurandum a iudice ſecutamque ſententiam conſtitutionibus permitti cauſam ex integro agi ſi quis dicat, ſe noua inſtrumenta reperiſſe, quibus nunc ſolis vſurus ſit, non veteribus.* dum ait, *interdum*, ſignificat regulariter ob noua inſtrumēta cauſam ex integro reſtitui non poſſe, de qua iudicatum eſt. Sed eo caſu, videlicet cum iudex in dubiis cauſis & inopia probationum iuſiurandum detulit, & ſecundum eum, qui iurauit, ſententiam dixit, cauſam ex integro agi poſſe, ſi is, contra quem iudicatum eſt, dicat, ſe inueniſſe noua inſtrumenta, quibus C ſolis nunc vſurus ſit. Et ratio hæc eſt, quia res iudicata ex falſis inſtrumentis ex integro agi poteſt, quod fuerit circumſcripta religio iudicantis. & hoc oſtendit *j. tit. 58. & l. 11. de except. l. D. Hadrian. de re iud.* Inſtrumenta autem dicimus non tantum ſcripturas, ſed quæcunque inſtruunt cauſam, vel iudicem, vel aduerſarium. teſtes ſunt inſtrumenta litis, iuſiurandum partis eſt inſtrumentum litis. Merito ergo inſtrumentis adnumerauimus iuſiurandum partis, quod iudex ſecutus eſt: ideoque ſi is, contra quem iudicatum eſt, prolatis nouis inſtrumentis probet falſum fuiſſe iuſiurandum, recte deſide- D rabit a principe: nam in hac ſpecie adire principem oportet, vt ex integro cauſa agatur, quaſi re ex falſis inſtrumentis iudicata, id eſt, ex falſo iureiurando, vt ex nouis inſtrumentis quod in medium profert, patere dicit. Vnde dicamus, multum intereſſe, vtrum ſolus iudex operam dederit & iudicauerit, quo caſu ſub ſpecie nouorum inſtrumentorum res iudicata redintegrari non poteſt, niſi ex ſpeciali præcepto Principis. An vero iudex detulerit iuſiurandum parti, & ſecundum eius iuſiurandum pronuntiauerit, vel etiam vt in *l. cum iudex, ſup. de ſent. & interloc.* ſi iurari pronuntiauerit, & mox ex iureiurando, quid fieri oporteret: Nam hoc caſu prætextu periurii, quod patefaciunt noua inſtrumenta, cauſa de integro agi poteſt. Et hoc permittunt conſtitutiones Principum *vt ait d. l. admonendi.* & quia conſtitutiones permittunt, iam non eſt neceſſe E adire Principem, qui tamen adeundus erat in eadem ſpecie ante conſtitutiones impetrandæ reſtitutionis litis gratia. Et obſeruandum, *legem admonendi* loqui de iureiurando delato a iudice in dubiis cauſis, & ſecundum iuſiur. dicta ſententia, quod dicitur iudiciale iuſiurandum: Nam vt *d. l.* oſtendit, longe alia eſt ratio iuriſiurandi delati a parte parti, quod dicitur voluntarium vel neceſſarium, quia prolatis nouis inſtrumentis res finita iureiurando voluntario aut neceſſario reſtaurari nō poteſt. Et ratio eſt, quia partes inter ſe iureiurando de re omni tranſegiſſe videntur: Et certum eſt, tranſactionem non poſſe reſcindi prætextu nouorum inſtrumentorum, ſi bona fide facta fuerit: Si inſtrumenta ab aduerſario non fuerint dolo malo ſuppreſſa, eliciendæ tranſactionis

factionis causa, vt *l. sub prætextu, sup. de transact.* Denique hoc casu imputari potest parti quod iusiurandum detulerit aduersario, quod aduersarium fecerit iudicem totius rei. At nihil ei imputari potest iudice vltro deferente iusiurandum: Ideoque ei integrum est prolatis nouis instrumentis, quibus arguitur periurium aduersarii causam retractare, & ita est explicanda ratio *l. admonendi.* Et generaliter ergo ita concludamus, nec sub obtentu computationis a parte non bene confectæ in lite exequenda, nec sub prætextu nouorum instrumentorum post rem iudicatam repertorum regulariter causæ aut rei iudicatæ instaurationem iure postulari ab eo qui rei iudicatæ semel quolibet modo acquieuit, vt *l. 3. & 5. hoc tit.* Et notandum, quod significat *l. 5.* eum videri acquieuisse sententiæ, & renuntiasse appellationi, qui a iudice petit dilationem ad soluendum iudicatum. Et quod *eadem l.* generaliter ait, rerum iudicatarum auctoritatem non pati, vt ea, quæ finita sint instaurentur. Quæ est summa definitio h. tit quę trahitur in lege vltima ad acta, ad gesta, quæ in publica monumenta redacta sunt, ex quibus petitur fides rerum gestarum, quibusque fides publica constat *l. census, de probat. l. 3. §. eiusdem, ff. de testib. l. in finalibus, ff. fin. regund.* Hæc etiam gesta publica quicquid complectantur siue interrogationes siue confessiones reorum, siue quæ alia nulla ratione infirmari posse aut retractari. Et notandum hanc *l. vlt.* proprie pertinere ad gesta habita contra Donatistas per Marcellinum Tribunum & Notarium, vt constat ex *l. 55. C. Theod. de heret.* vbi ait, notionem Marcellini contra Donatistas habita gesta, & quæ consequuntur in hac *l. vlt.* Et scribens quoque Diu. Augustin. ad eundem Marcellinum, cuius fit mentio in *d. l. 55.* epist. *158. Gesta,* inquit, *quæ promisit præstantia tua contra Donatistas vehementer exspecto, & in ecclesia cupio recitari. Non est leue, quod Deus agit per tuam operam, vt per publica tua gesta in omnium notitiam proferantur.* Et ad eandem rem pertinet etiam Augustini epistola 159. & 160. quæ docet, *illum Marcellinum fuisse Tribunum & Notarium, c'est, comme nous disons, vn Secretaire.* Hæc vero gesta Marcellini contra Donatistas *l. vlt.* significat non fuisse infirmata morte Marcellini: Et generaliter statuit morte cognitoris non interire publicam fidem, & publicam fidem dixit, vt Tiberius Augustus apud Frontinum *lib. de limitibus agrorum: Sunt,* inquit, *monumenta finalia in itineribus constituta, quæ publicam fidem tenent.*

AD TITVLVM LIII.

De executione rei iudicatæ.

Quod dixi titulo superiori, rem semel iudicatam instaurari non posse, ex eo sequitur, quod in hoc titulo proponitur, exequendam esse sententiam, rem iudicatam. Executio rei iudicatæ fit ad effectum siue ad emolumentum adducta re iudicata. fit igitur executio post rem iudicatam: Nam ab executione non licet incipere, *l. 1. hoc tit. l. si cum nulla, ff. de re iudic.* Et instrumenta hodie recepta, quæ habent executionem paratam, vt possit debitor vi illorum instrumentorum non adito iudice, nec re iudicata exigi & coniici in carcerem, hæc inquam instrumenta sunt contra ius commune, contra ius, quod profitemur: Quia præposterum est ab executione incipere. Imo nec post rem iudicatam executio fit statim, sed post legitimum tempus, quod iudicato faciendo lex dedit condemnato, vel confessio *l. 6. §. vlt. ff. de confess.* Lex dedit illud tempus humanitatis gratia, vt ait *lex, cum militi in fi ff. de compens.* vt iudicatus haberet spatium conquirendæ pecuniæ, quam persolueret aduersario. Et fuit olim ex 12. tab. tempus illud triginta dierum, qui in eisdē tabulis appellantur iusti dies, quibus ius est differre executionem rei iudicatæ vt in lege Ciceronis, quam Iulius Scaliger *libro 1. Poetic.* male tribuit edicto prætorio. *Præter Ideæ matris famulos eosque iustis diebus, ne quis stipem cogito,* id est, diebus certis, quibus fas est stipem cogere. Illud vero tempus, quod datur iudicato faciendo dierum 30. siue mensis vnius, dicitur, *modicum tempus*, in cuius mora vulgo dicitur nihil esse damni. Modicum tempus appellatur in *l. si domus §. pecuniæ, ff. de leg. 1. & l. si debitori ff. de re iudic.* Et ita modicum tempus, id est, triginta dierum in *l. 1. ff. de itin. actuq.* Et sane ita recte dices tempus soluendi iudicati ex duodecim tabulis fuisse modicum. at hodie esse immodicum, quia hodie ex constitutione Iustiniani tempus iudicati faciendi est 4. mensium *l. 2. & 3. tit. seq.* Immodicum tempus profecto, idcirco non est in vsu, hodie dari 4. menses priusquam exequantur rem iudicatam, sed hoc permittitur arbitrio iudicis, vt condemnato & confesso præstituat diem, quem volet. Patricius apud Harmenop. libro quarto Epitom. *Condemnatis, si locupletiores essent, dabantur quatuor menses, vt ex venditione prædiorum suorum aut cæterarum rerum, quæ essent in manu, pecuniam conficere possent, in quam condemnati erant. pauperiores confestim censebant esse exigendos. ne forte si detur iis interuallum aliquod ad iudicatum faciendum interim paruam rem, quam habent, absumant.* Nec caret ratione Patricii distinctio, ex qua apparet, nec tum placuisse omnino dilationem, seu laxamentum illud. 4. mensium, quod Iustin. dedit condemnatis. Non est omittendum tempus illud legitimum, quod datur iudicatis, non dari nisi petentibus: dilatio ad solutionem faciendam non datur nisi petenti. Et in hanc rem est maxime notanda lex pen. *tit prox.* Et ita Theod. in *l. 3. h. t.* scribens de tempore, quod datur iudicatis ad solutionē, ait dari, ζητοῦσι. Non datur ergo nisi petenti dilatio iudicati faciendi, conquirendæ pecuniæ causa, si non petatur, statim executio fit rei iudicatæ. Post tempus autem iudicati faciēdi, si iudicatus soluere supersederit, ex mora pecuniæ in condemnationem deductæ debet vsuras centesimas, vt demonstratur in tit. seq. Et fit executio rei iudicatæ, nisi nouata sit causa iudicati, & transfusa in stipulationem, quo casu impeditur executio rei iudicatæ, quia exstincta est actio iudicati, & liberatus est is, qui iudicatus fuit *l. 2. hoc tit. l. 4. §. si ex conuent. ff. de re iud.* Fit autem executio captis pignoribus primum, deinde distractis sub hasta in foro, non quidem statim, sed post 2. menses a capione pignorū, *l. debitoribus ff. de re iud. l. 1. C. Th. de distract. pign. quæ tributorum causa tenentur.* Et idem Theodorus notat ad *l. 3. hoc tit. si intra duos menses,* inquit, *post capionem pignorum condemnati non soluant, quæ in condemnationem deducta sunt, pignora distrahuntur.* At quid fiet, si posita hasta in foro, & vt dicitur subhastatis pignoribus captis in causam iudicati, nullus inueniatur emptor, nullus licitator, forte ex compacto, vel ambitione iudicati nullus ad emptionem publicam rerum in causa iudicati captarum emptor accedat: & hoc casu placet, eum secundum quem iudicatum est, mitti in possessionem rerum pignori captarum; ita vt fiat dominus, vel omnino ei addici pignora pro quantitate debiti *l. a D. Pio, §. pign. ff. de re iud. l. 3. hoc tit.* Hasta dominum facit eum, cui bona addicuntur. Et ideo hasta dicitur domina, vt apud Iuuenalem. *Et venale caput domina præbere sub hasta.* Porro in *h. l. 3.* ambitionem vocat gratiam, & copiam amicorum, quam habet is, qui condemnatus est, vt plane nullus velit accedere ad emptionem bonorum, quæ ad illum pertinent. Male imperitia linguæ latinæ Theodorus *ambitionem* interpretatur in *l. 3.* περιδρομὴν, id est, circumcursationem siue ambitum. Compactum autem vocat *l. 3.* κακοργίαν, siue calliditatem, vt in *l. 3. si in cau. iud. pig.* Dolum compositum siue colludium habitum cum iis, qui accedere debent ad auctionem, quæ fiebat publice sub hasta, sub pertica tristi, vt Propert loquitur: *Abstulit*

extructas pertica triſtis opes, ne ſcilicet accederent. Et ita ſi non inueniatur emptor rerum pignori acceptarum in cauſa iudicati, neceſſe eſt eas res iure dominii & poſſeſſionis addici, *étrouſſer*, ei, ſecundum quem iudicatum eſt. Et obſeruandum eſt in *l.* 3. delendum eſſe verbum *potuiſſe*, vt legamus hoc modo: *Ex compacto ſiue ambitione diuerſæ partis emptorem non inueniri.* Videtur etiam in illa l. 3. illo loco *res ſoli, quæ pignori datæ ſunt*, potius eſſe ſcribendum, *pignori captæ*: Et ita etiam quidam Codices habent, ſed nihil muto. Nam inuenio & res pignori captas dari ei, ſecundum quem iudicatum eſt, quod tamen non fit hodie. Et ita in *l.* 1. *inf. ſi in cau. iudic. pig. capt. res in cauſam iudicati datas*, captas ſcilicet per officium iudicis, & victori datas in manu, vt Theodorus ait hoc loco, δίδοσθαι τῷ νικήσαντι, & alio loco: παρέχωνται τῷ νικήσαντι. Qui vetuſtus mos obſeruandus eſt: nempe victori tradi res captas pignori in cauſam iudicati, vt eas teneat, non etiam vt habeat iure dominii, niſi poſt duos menſes nullo inuento emptore ei addicantur. Notandum etiam eſt *ex l.* 5. *hoc tit.* in cauſam iudicati, id eſt, exequendæ rei iudicatæ gratia, etiam nomina rei condemnati pignori capi poſſe, 1. obligationes, cautiones, quod ita verum eſt, ſi deficiant res corporales: Nam executio incipit a rebus corporalibus mobilibus primum, deinde immobilibus, qui tamen ordo non ſeruatur in Gallia, niſi cum minores iudicati ſunt. Et poſtremo ſi deficiant, vel non ſufficiant res corporales, tranſitus fit ad nomina, quæ ſunt res incorporales, *l.* 2. *ſup. quando fiſc. vel priuat. d. l. a D. Pio* §. *ſi poſt.* Nec omittendum quod ait *l.* 4. *hoc tit.* non tamen ex cauſa iudicati pignori capi poſſe annonas, ſalaria & ſtipendia militum, *on ne peut point executer ſur cela.* quia Reip. intereſt, militibus non auferri ſua ſtipendia, ſuas annonas militares, ne deſerant militiam: Et cauſa publicæ vtilitatis, ſiue communis ſalus ſemper præfertur priuatæ vtilitati. Qua ratione vtitur Theod. *in hac l.* 4. *Iuris auctores*, inquit, *quæ communiter omnibus proſunt, præferre ſolent iis, quæ vni proſunt vel duobus.* Neque huic *l.* 4. quicquam obſtat *l. commodis ff. de re iud.* quia non loquitur de ſtipendiis militum, ſed de præmiis & annonis athletarum qui ex ſacro certamine victoriam reportarunt: nam eorum præmia & commoda pignori capi poſſunt. Longe alia eſt ratio militum, qui ſub armata militia protegunt Remp. vt plane nolim *l.* 4. trahi ad commoda, ſportulas, ſiue annonas clericorum, quia lex 4. cum in ſcripta ſit ad militem, de militibus tantum accipitur, qui ſub armis merent, *vt ponit Theod. nominatim*, ἐὰν καταδικασθῇ στρατιώτης ἔνοπλος: id eſt, *ſi condemnatus fuerit miles armatus.* Et ita etiam aliud priuilegium, quod militi armato datur in *l.* 6. *& l. item miles, ff. de re iud.* vt non teneatur vltra quam facere poſſit, vulgo male trahunt ad clericos, & militiam omnem ciuilem, cum illæ leges loquantur de armata militia, nobis non licet eſſe tam audacib. vt priuilegia maxime protrahamus ad alia, quæ quaſi contraria iuri communi ſemper ſunt accipienda reſtrictius. Addamus executionem rei iudicatę fieri tantum per magiſtratvm, rei ſcilicet a ſe iudicatæ, vel a iudice quem is dedit: Nam iudex datus ſententiæ quam dixit executionem non habet, *d. l. a D. P.* ſed ſententiam eius exequitur, qui eum dedit, vel per ſe, vel per officiales ſuos, executores, apparitores, interceſſores datos a ſe iudicati exequendi cauſa, vt in *l.* 2. *ſup. l. ſi in cauſ. iud. l. ſi pign. ff. de euict.* vbi etiam ait, *per offic. etiam rem iudicatam* exequi extra ordinem, vt ex illo loco vere poſſis conſtituere, omnem executionem rei iudicatæ hodie fieri extra ordinem, nimirum quia executionis ordo proditus lege 12. tab. ordo legitimus exequendi iudicati, hodie non obſeruatur, puta, vt ab eo *qui vicit condemnatus ducatur, & vinciatur neruo, aut compedibus, & ſuo viuat ſi volet, ſi ſuo non viuat, viuat ſumptibus eius, qui eum duxit. Et ad extremum ſi non faciat iudicatum peregre vænum eat*, & alia quę Aul.

A Gellius refert: ad quem ordinem antiqui iuris reſpexit, *l. ſi pro aliquo* 21. *ff. ad Velleian.* illo loco: *propter ſolutionem vexetur*: Nam *vexari* proprie eſt duci, rapi huc illuc. Et ad eundem quoque ordinem pertinet *l. quos nos hoſtes, ff. de verb. ſig.* dum explicat verbo *viuere*, contineri non tantum victum, ſed etiam veſtitum & ſtratum. *& l. ſi victum, de re iudic.* quæ ait eum qui condemnato ſibi, quem duxit & vinctum habet, non patitur de ſuo inferri victum, & ſtratum teneri pœnali actione in factum, vel actione iniuriarum, quæ omnia reſpiciunt ad ordinem legitimum antiqui iuris. nouo iure executio fit extra ordinem, id eſt, non ſeruato illo ordine l. 12. tab. *d. l. ſi pignora.* Addamus de executore. executor habet tantum ius exequendi, non iudicandi aut retractandi rem iudicatam, imo nec interpretandi *l.* 6. *& pen. hoc tit.*
B Executio rei iudicatæ comprehenditur tribus verbis *capione, diſtractione, & addictione.* Addictio eſt extrema linea executionis. Ac poſtremo notandum eſt, quod diximus de tempore dato ad ſolutionem iudicati condemnatis, id tantum habere locum in actionibus perſonalibus, quibus agitur de pecunia debita, quod & ipſa lex duodecim tabularum demonſtrat dum ait, *æris confeſſi rebuſque iure iudicatis* 30. *dies iuſti ſunto*: Nam tempus datur conquirendæ pecuniæ cauſa, quæ non ſtatim cuilibet eſt in manu. At in actionibus in rem hæc tempora non obſeruantur, ſed ſtatim iubet iudex rem ipſam reſtitui cum fructibus §. 1. *Inſt. de offic. iudic.* Imo & ipſam aufert manu miniſtrorum ſiue militum, *l. qui reſtituere ff. de rei vindic.* ſi ſit in poteſtate iudicati, ſed vt adiicit *d.* §. *ſi iudicatus.* 1. rem reſtituere iuſſus cum fructibus perceptis a lite conteſtata, aut percipiendis, ſine fruſtratione, id eſt, non morandi animo, aut ter-
C giuerſandi petat tempus ad reſtituendam rem, puta quod ea res ſit in longinquo, tunc ei tempus indulgendum eſt, ſi modo ſatiſdet de præſtanda æſtimatione rei, ſi eam non reſtituat intra datum tempus. Etiam cum agitur interdicto de libero homine exhibendo, conſtat ſtatim poſt rem iudicatam ſine cunctatione vlla exhibitionem eſſe faciendam, *l. vlt.* §. 1. *ff. de lib. homine exhib.* Idem puto dicendum in actionibus in perſonam, quibus auocamus poſſeſſionem rei noſtræ, in actione depoſiti, vel commodati, nec agimus de pecunia debita, vt etiam officio iudicis ſine vlla temporis intercapedine ipſam rem mihi reſtitui oporteat. Et obſeruandum poſt moram, ſi res in condemnationem deducta non pecunia (nam pecunia
D non poteſt perire, debetur enim in genere,) ſi res inquam perierit poſt moram iudicati, ad debitorem pertinebit periculum, quod eſt generale in iure, vt poſt moram exſtinctæ rei periculum pertineat ad debitorem, *l. ſi ex legati cauſa, de v. oblig.* Quod in iudicati cauſa nominatim eſt ſcriptum *l.* 7. *hoc tit.* In qua additur, etiam animalia & fœtus eorum venire in cauſam reſtitutionis, & periculum quoque eorum pertinere ad iudicatum, ſi perierint poſt moram.

AD TITVLVM LIV.

De vſuris rei iudicatæ.

E TEmpus legitimum, quod condemnatis præſtatur pecuniæ in condemnationem deductæ conficiendæ gratia, fuit ex 12. tab. vnius menſis, poſtea vero fuit duorum menſium ex alia *l.* vt conſtat ex *l.* 3. §. *vlt. h. tit. l.* 1. *C. Th. eod.* Et ad extremum *ex conſtit. Iuſt.* *i. l.* 2. *& 3. h. t.* tempus iudicandi faciendi eſt 4. menſium, qui connumerantur a die prolatæ ſentẽtiæ; vel ſi appellatũ ſit, a die cõfirmatæ ſentent. *l.* 2. *h. t.* vel etiã quod addi velim ex die morę, puta ſi condẽnatus mala fide appellauit negotii protrahẽdi cauſa, vel etſi bona fide appellauit, & poſtea per eũ factũ eſt, quo tardius

dius iudicaretur: Nam ex die quo ille frustratione vti A cœpit, idque egit, vt lis tardius finiretur, tempus legitimum connumeratur *l. vlt. de re iud. l. tutor in princ. de vsur.* Post tempus legitimum fit executio rei iudicatæ captis & distractis pignoribus. Et executor quod nunc additur in hoc titulo, non tantum habet rationē in exequenda re iudicata eius pecuniæ, quæ in condemnationem deducta est, sed etiam rationem habet vsuræ centesimæ eius pecuniæ siue sortis, quæ ab eo tempore currit, id est post legitimum tempus, & debetur ei, secundum quem iudicatum est, vt si sors in cōdemnationem deducta sit 400. post legitimum tempus .i. quatuor menses executor rei iudicatæ non tantum exigit 400. quæ principaliter debentur, sed etiam si condemnatus in soluendo iudicato, fecerit, annum traxerit post 4. menses, exigit exsecutor 48. vsuræ centesimæ nomine: Nam vsura B centesima est, quæ in centenos aureos quotannis reddit duodenos, quod in idiotismo dicimus, *au denier huict & tiers*, quia hæc summa duodecies inest in summa 100. aureorum, Et ita hoc proponitur in *l. 1. h. t.* in causa fisci: Nam *l. 1.* scripta est procuratoribus hereditatum fisci, de quibus etiam in *l. sed si accepto, ff. de iur. fisc.* Et in antiqua inscriptione: *procuratori stationis hereditatum*: & in alia: *procuratori patrimony & hereditatum*. Scribonius Largus lib. de compositione medicamentorum Anthero Tiberij, *libertus super hereditates*, id est, *procurator* hereditatum: Nam procuratores rerum fiscalium plerunque erant liberti principum. Et Basil. quoque legem primam accipiunt de fisco, cum eius sententiam his verbis exprimunt, *ἐὰν ὁ δημόσιος ἐναγάγῃ τινὶ καὶ νικήσῃ, ἑκατοστιαῖον τόκον λαμβάνει μετὰ τὴν τετράμηνον τῆς καταδίκης*, *si fiscus aduersus aliquem egerit, eumque vicerit, centesimam vsuram accipiet pecuniæ in condemnationem deductæ post 4. menses.* Et forte vsura olim rei iudicatæ in causa fisci fuit centesima tantum, vt apparet ex *l. 1.* sic accepta, vt dixi, quam in aliis causis constat fuisse, binam cētesimam *l. 2. h. t. l. 2. C. Th. eod. tit.* Et ex const. Iust. antiquiore constat fuisse semissem vsuram, vt ipse refert. in hac *l. 2.* i. dimidium centesimæ. Et puto Iustinianum in hac l. intelligere *l. eos § ceteros, sup. de vs.* quæ tēpore prior est, quippe cum sit data Iust. iterum consule, lex autem secunda, sequenti anno Decio cōsule. Et in *d. l. eos* generaliter definit Iust. etiam in illis casibus, quibus citra stipulationem vsuræ debentur, (vt hoc casu debētur vsuræ rei iudicatæ ipso iure sine stipulatione ex natura iudicati, *vt ait l. 3.*) Nec illis inquam casib. vsuras exigi maiores D semissib. at posteriori cōstitutione idem iuris esse voluit in fisco & priuatis, vt sc. sortis in condemnationem deductæ post legitimum tempus currant vsuræ centesimæ, sortis inquam, non etiam vsurarum ex contractu in condemnationem deductarum, *vt definit in l. 3. h. t.* Nam vt idem Iust. ante constituerat *l. vlt. de vsur.* vsurarum vsuræ non debentur, etiamsi fiat anatocismus. Olim permissus erat anatocismus, hodie est prohibitus constit. Iust. *Anatocismus est renouatio vsurarum.* Et fit duob. modis, stipulatione quæ dicitur nouatio voluntaria, quod solebat fieri vbi vsuræ sortem æquauerant; quia supra duplum non possunt deberi. Vbi ergo vsuræ ad duplum peruenerant, id est, vbi æquauerant sortem, tum quasi sors deducebantur in stipulatium, atque ita redigebantur in sortem. Et rursus eius sortis in stipulationē deducebatur alia vsura. Denique *anatocismus est vsura vsuræ redactæ in sortem.* Nam semper veteres prohibent vsuras vsuræ *l. si non sortem §. 1. ff. de con. indeb.* sed non vsuram vsuræ, quæ sors effecta est. Fit etiam anatocismus iudicato, quia actio ex stipulatu transfunditur in actionem iudicati, actio pristina, qua actum est, transfunditur in actionem iudicati *vt Iustin. ait* in *l. 3.* priorem contractū nouari iudicato, *& l. si fundus §. si pluris, ff. de pign.* si res transierit ad condemnationem, inde pecuniam deberi, id est, ex iudicato, ex condemnatione, non ex pristina causa, quæ nouata est, ac proinde extincta. Nouatio ex-

stinguit priorē obligationem. Ergo verissimū est, quod tamen hic Accursius negauit contra manifestissima verba *l. iudicato* nouari eam actionem, qua actum est. Fateor, non nouari obligationem pignoris, de qua non est iudicatum, vt in *l. grege §. etiam, ff. de pignor.* Fateor non nouari fideiussoris obligationē qui iudicio non adfuit, cum quo actum non est, *l. grege §. & post, de fideiussorib.* Fateor etiam non nouari vsurarum obligationem, si de sorte tantum iudicatum sit, non de vsuris, *l. 1 sup. de iud.* at dico nouari principalem obligationem .i. sortis obligationem, de qua pronuntiatum est. Et consequenter etiam nouari vsurarum obligationem, quæ in condemnationem deductæ sunt. Et hæc est magna differētia inter nouationem voluntariam, quę fit stipulatione, & necessariam, quæ fit re iudicata: Nam facta nouatione voluntaria per stipulationem, tacite & pignora, & fideiussores liberantur. Et vsuræ amplius non currunt, *l. nouationes, de nouat.* At facta nouatione necessaria, puta re principali tantum iudicata, nec pignora, nec fideiussores liberantur, & vsuræ, quæ non sunt deductæ in condemnationem procurrunt. Ratio diuersitatis hęc est, quia iudicato non tollitur obligatio naturalis *l. iudex, & l. Iulianus ff. de condict. ind.* at stipulatione omnis obligatio tollitur, ciuilis & naturalis. vbi manet naturalis, & pignora manent, atque etiā fideiussoriæ obligationes. Manet etiam obligatio vsurarū, quia alia est stipulatio sortis, alia vsurarum. Duæ sunt stipulationes: Nec si de vna sit iudicatum, videtur etiam iudicatum de altera *l. centum ff. de eo quod certo loco.* Concludamus igitur fieri anatocismum iudicato, si & vsuræ in condemnationem deducantur: finiri ergo obligationem pristinam vsurarum nouatione, quæ contingit per rem iudicatam: Et post tempus legitimum soluendi iudicati, quod est immune ab vsuris præstandis, incipiunt currere vsuræ rei iudicatæ secundum ius vetus, quo permittitur anatocismus vt *d. l. 1. C. Theod. eod.* & in antiqua sententia Senetionis subpræfecti primæ classis Missenatium: *Heredes Patulci Diocl. multentur sorte vna cum anatocismo binæ centesimæ vsuræ propter neglectam religionē sepulchrorum clam dirutorum.* Anatocismus, siue *nouatio est finis veterum vsurarum, & initium nouarum*, qui tamen a Iustiniano ex causa prohibitus est. Ideoque vt definit in hac *l. 3.* si iudicato facta sit nouatio vsurarum, id est, si in sortem & vsuras facta sit condemnatio debitas ex contractu, finitur obligatio sortis & vsurarum, veluti nouatione, & vtrumque deberi incipit ex causa iudicati, & post tempora iudicati faciendi statim incipiunt currere sortis tantum vsuræ centesimæ, non etiam vsurarum in condemnationem deductarum, abrogata, *l. 1. Cod. Theodos. eod. tit.* licet, inquit, in sententia iudicis sit *consummata*. Græci habent, *συναφθεῖσα*, quantitas sortis & vsurarum, id est, in vnam summam redacta, quam *summam summarum* vocat Plautus & Seneca, vt si dixerit iudex 500. *dari sortis, & vsurarum nomine*, vtriusque, quantitatem consummauerit, & tamen nos diuidemus sortem ab vsuris, & post tempus iudicati dicemus sortis tantum vsuras currere centesimas, non vsurarum in condemnationem deductarum, confusas summas diuidemus. Et ita *consummationem* accipit *l. si plura, ff. de ædilit. edict.* quam coadunationem vnius calculi vocat, *l. vlt. sup. de iure dotium.* consolidatam rationem Marc. T. *quinto Epist.* Hanc vero decisionem vt vsurarum in condemnationem deductarum, vsuræ non currant post spatium legitimi temporis, quod omnino vetitus sit anatocismus, confirmat Iustinianus hac ratione: quoniam, inquit, est absurdum & inelegans vsuris minoribus, quales sunt plerumque vsuræ debitæ ex contractu, de quibus pronuntiatum est, secundum definitionem *d. legis eos*, Absurdum inquam est, vsuris minoribus iudicato exstinctis & finitis succedere grauiores, quales sunt vsuræ rei iudicatæ, nempe centesimæ. Postremo notandum ex *§. vlt. l. 3.* tempora iudicati, id est, quatuor menses non

Cod. BBb iij

tantum dari condemnatis, sed etiam fideiussoribus eorum, aut mandatoribus: alioquin nec condemnatis ipsis ea tempora proficerent, quia si fideiussores cogerentur statim soluere, haberent aduersus condemnatum regressum per actionem mandati, ita vt qui petit a fideiussore, vi ipsa videatur petere a reo *l. aduersus, de recept.* Olim tempora iudicati dabantur reis principalibus tantum, & duo menses duntaxat *d. l. 1. C. Th. eod. tit.* non fideiussoribus aut mandatoribus. hodie dantur omnibus accessoribus, & quatuor menses, non duo ex constitutione Iustiniani.

AD TITVLVM LV.

Si plures vna sententia condemnati sint.

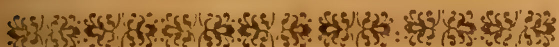
Pertinet etiam hic titulus ad executionem & effectum rei iudicatæ, quia docet si duo vel plures vna sententia condemnati sint, executionem fieri pro virilibus portionibus diuiso periculo sententiæ: id est, ex causa iudicati singulos non teneri in solidum, videlicet, si simpliciter & generaliter omnes condemnati sint in vnam & certam quantitatem, puta hoc modo: *Maeuium, & Seium, & Semp. L. Titio centum condemno.* Singuli qui condemnati sunt, partes debent: denique iudicato non fiunt duo rei debendi, quorum natura & conditio hæc est, vt singuli solidum debeant, & vt alterius inopia alterum oneret: quod dicimus in idiotismo, *chacun pour soy, & chacun pour le tout.* Iudicato igitur non constituuntur duo rei debendi, quia sententia scinditur in personas. Quod etiam ostenditur *l. Paulus. 2. ff. de re iud. l. si qui separatim §. quoties, ff. de appell l. si mandatu Titij §. Paulus respondit, ff. mand.* Et hoc ita verum est, si singuli in solidum condemnati non sint, vel si nominatim in sententia expressum non sit, vt quod vnus facere non posset, alter faciat: Nam hoc genere duo rei debendi constituuntur. Ceterum hoc non expresso, sententia scinditur in personas, portionesque viriles. Ex quo apparet verum esse, quod diximus *tit. superiori*, iudicato nouari priorem obligationem, prioremque contractum: Nam qui ante iudicatum forte erant duo rei debendi, puta duo tutores, duo mandatores, duo rei constitutæ pecuniæ, duo fideiussores, licet id in contractu cautum non esset, vt in *d. l. si mandatu Titij §. Paulus*, quia in contrahendo, quod agitur pro cauto habetur, *l. cum quid ff. de reb. cred.* Ergo contractu fiunt duo rei debendi, si tacite agatur, etiamsi non caueatur nominatim. Et ita qui ante iudicatum erant duo rei debendi, post iudicatum, post condemnationem in eorum personas collatam, duo rei esse desinunt, tanquam nouationis genere nisi id fuerit in sententia nominatim cautum vt essent correi, vt singuli adstringerentur in solidum iudicato faciendo. Igitur, si hoc cautum non sit in sententia, non tenentur ipso iure ex causa iudicati, nisi pro virilibus portionibus. Duo rei fiunt in stipulatione, emptione, locatione, commodato, deposito, tutelæ gestione, administratione, *l. eandem, ff. de duob. reis.* Et nominibus factis apud mensam, vt in *l. idem, & l. si vnus, in prin. ff. de pact.* Et fiunt his modis duo rei, etsi cautum non sit nominatim. Iudicato autem non fiunt duo rei debendi, nisi id cautum sit nominatim, etiamsi ante iudicatum fuerint duo rei ex priori contractu. Obiicies ergo condemnationem reo proficere, quod qui tenebatur in solidum, teneatur ex condemnatione pro parte tantum, πρὸς ἀναλογίαν, vt Græci dicunt, quod est contra naturam condemnationis: Et quod ait lex *euidenter ff. de except. rei iud.* euidenter esse iniquissimum vt exceptio rei iudicatæ proficiat ei contra quem iudicatum est, sicut iniquissimũ etiam est, vt exceptio rei iudicatæ noceat ei, secundum quem iudicatum est *l. 9. §. 1. ff. eod.* At ego obiiciam, condemnationem sane non proficere condemnato in eo, in quod condemnatur, quia hoc natura rei non patitur, sed proficere in eo, quod minuit condemnationem quod sententia minuit aut minuere intelligitur priorem obligationem, si dicatur generaliter & simpliciter enumeratis personis: Nam enumeratio personarum facit viriles portiones, *l. si pluribus, ff. de leg. 1.* Sic igitur non possis statuere, condemnationem proficere condemnato, quia minor condemnatio prodest quidem, sed non condemnato. Iudex potest minuere priorem obligationem, quod etiam notandum est ex hoc tit: Nam potest efficere, vt qui solidum debet ex priore contractu, virilem tantum portionem debeat.

AD TITVLVM LVI.

Quibus res iudicata non noceat.

IN hoc titulo hoc tantum proponitur, actionem iudicati, vel exceptionem rei iudicatæ, non nocere *absenti*, id est, qui iudicio nec per se interfuit, nec per procuratorem: puta si non mandauit causam agi suo nomine, vel si peractam causam suo nomine, & omne quod actum est citra mandatum suum postea ratum non habeat: Nam qui ratum habet, intelligitur retro litigasse per procuratorem, quia ratihabitio retrotrahitur, & mandato comparatur. Sic igitur dicamus, actionem iudicati vel exceptionem rei iudicatæ non nocere ei, qui nec per se, nec per procuratorem iudicio interfuit, id est, qui non litigauit, nec conuentus est, aut qui conuentus non adfuit ex contumacia: etiamsi negotium, quod habet, simile fuerit omnino ei, de quo dicta sententia est vt *l. vlt. hoc tit.* vt coheredi qui non litigauit in eadem causa, quæ acta est cum coherede, non nocet exceptio rei iudicatæ, *l. 2. hoc tit. l. iud. ff. de except. rei iud.* Item, si frater egerit nomine fratris, nec mandante fratre, nec ratum habente fratri, qui non litigauit exceptio rei iudicatæ non nocet, nec quod frater eius nomine abusus est *l. 1. hoc tit.* Et generaliter exceptio rei iudicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio reuocatur, *l. 7. §. pen. ff. de except. rei iud. l. 2. inf. de except.* non quoties in alias personas, quæ priori iudicio non interfuerunt eadem quæstio reuocatur, *vt ait l. Claud. in fin. ff. qui potior in pign.* eleganter sine præiudicio prioris sententiæ, ei qui non litigauit, totum ius integrum relinqui, vt *l. 1. hoc tit.* eum qui non litigauit agere sine præiudicio rerum iudicatarum, id est, sine metu exceptionis rei iudicatæ. Prius iudicatum non est præiudicium, cuius possit esse vlla vis inter alias personas, vt *l. is qui fundum, ff. de vsuf. leg.* Non posse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare. Exstat hæc regula huius tit. multis in locis iuris, & patitur vitia quædam, sed quæ non sunt explicanda hoc loco, quod nullum eorum in hoc tit. proponatur. Teneamus ergo hanc regulam & addamus *ex l. pen.* ei locum esse non tantum in pecuniariis causis, sed etiam in criminalibus, in accusationibus, quæ est regula siue summa huius tit. vt non immerito quæri possit, quid distet hic titulus, in quo nihil aliud proponitur, quam rem iudicatam inter alios non nocere, a tit. 60. in quo ita res inter alios acta, vel iudicata aliis non nocet, quod ibi explicabitur. Cæterum *l. pen.* est coniungenda *l. 6. ff. de accus.* Vtriusq; l. eadem est inscriptio, & subscriptio, & earum coniungendarum ratio hæc est, vt reum accusatum non possit alius pendente actione eiusdem criminis reum facere: sufficit accusator vnus, quo admisso non admittitur alius pendente iudicio, quod proponit, *l. 9. ff.*

de accus.l.hi tamen §.vlt.D.de accus. recte delatū, nō peractum reum: Nam *ab vno peractum reum, si forte reus absol. sit*, (Peragitur autem reus, si res peruenerit ad sententiam, si de crimine pronuntiatum sit secundum reum vel contra) *peractum inquam reum ab vno, alter accusare potest*, quia non est æquum, vt ei noceat res inter alios iudicata, maxime si exequatur suam iniuriam, suum dolorem, & ostendat se ignorasse accusationem ab alio institutam fuisse, vel etiam, si priorem accusatorem præuaricationis arguat, aut collusionis vt *l. si cui §. idem D. de accusat.l.3. de prævaricat.* Et ita est accipienda lex *pen. hoc tit.* & coniungenda cum *d. l. 9.*



AD TITVLVM LVII.

Comminationes, Epistolas, Programmata, Subscriptiones, auctoritatem rei iudicatæ non habere.

Pertinet hic tit. ad definitionem sententiæ, vt sciamus quid proprie sententia sit, nec quamlibet vocem, aut voluntatem iudicis pro sententia accipiamus: primum enim *comminatio* iudicis non est sententia, vt si quid iudex interloquendo causa non cognita, id est, citra formam decreti comminetur eum, qui non soluit pecuniam debitam præstaturum duplum, vel quadruplum, vel grauissimas vsuras, vt *l. 1. & 4.* Denique comminatio iudicis non habet vim rei iudicatæ, quæ fit citra formam decreti per interlocutionem aut de plano. Non habet etiam, vt ait *l. 1.* vim stipulationis, quod comminatus sit eum, qui non solueret intra diem certum, soluturum petitori vsuras grauissimas. Hæc comminatio non inducit tacitum vinculum stipulationis, sicut nec inducit acceptilationem *l. 7. sup. de sentent. & interloc. omnium iudic.* Et huc pertinet, quod ait Symmachus in Epistolis ad Theodosium: *Hoc diuus genitor tuus pia lege constituit, sententiam quoque sub comminatione depromptam effectu & exsecutione vacuari.*

Nec alia ratione programma, *vt ait lex pen. huius tit.* non habet vim rei iudicatæ, quam quod comminatio potius sit quam sententia, vt Græci dicunt hoc loco. Est autem *programma* nihil aliud quam edictum, quod proponitur publice celeberrimis locis ciuitatis, veluti contra latitantem, contra contumacem, quo si quid comminetur iudex, non habet auctoritatem rei iudicatæ, nec lædit æstimationem eius, qui latitat *l. vlt. inf. de requir.re. l. in peremptorio D. de iudic.* Et de his edictis, & programmatis maxime notandum est, quod scripsit D. Augustinus in *quæstion. noui testamenti*. Ex pluribus præfectis prætorio si vnus programma publico loco adfigi iusserit, omnes idem iussisse, & proscripsisse videri. in vnius præfecti prætorio programmate, etiam ceteri præfecti iubere dicuntur. Sententia hæc est: Etiam si vnius præfecti iussu proscriptum publice proponatur, tamen hoc ita esse conscriptum, ac si ex omnium præfectorum iussu manasset. Nec omittendum est, comminationem, quæ habet formam decreti, & causa cognita interponitur, esse sententiam, quia est decretum, non comminatio proprie, quod ostendit lex *tutor §. si deponitur D. de administ. tutorum.*

Epistola etiam iudicis non est sententia, quam scripsit forte ad debitorem alterius, cohortans eum ad soluendum vel iubens *l. 2. hoc tit.* quia sententia non fertur per epistolam, non per nuntium. Multa fieri possunt per epistolam vel nuntium, sed non sententia. Sententia fit per libellum, qui legatur ab ipso iudice: legitur enim sententia ex libello, vel periculo, non dicitur, non profertur verbo tenus, sine scripto atque ita aliud est Epistola, aliud libellus *l. & in epist. sup. de fideicommiss.*

Subscriptio etiam ad libellum litigatoris, *l'appointement d'vne Requeste*, non est sententia, quia fit sine causæ cognitione *l. 5. h. t.* Et multo minus subscriptio ad libellum infirmat superius decretum, quia nec contrarium decretum, decretum superius infirmat, vt dictum est *tit. sentent. resc. non posse l. 3. h. tit.*

Et notandum maxime ex *l. 5.* missionem in possessionem rerum debitoris fieri ex decreto, quod certum est: Interuenit enim duplex decretum: Vnum, quo mittitur in possessionem, secundum, quo possidere iubetur. Neutrum per libellum fit: Nam vbi decreto opus est, res per libellum expediri non potest, *par requeste.* Decretum est cognitio, causæ examinatio.

In *l. vlt.* hoc ostenditur, non esse appellandam sententiam eam, quæ paucis literis temere descriptis constat, non dicit paucis verbis: Nam breuitas orationis non vitiat sententiam, nec vllum negotium, vt dicitur in *l. si aliquid, inf. de donat.* Breuitatem chartulæ non vitiare donationem. *Dono Titio centum*, perfecta est donatio. breuitas non vitiat testamentum, vt si scribam, *Lucius heres*, testamentum est. Sic etiam breuitas sermonis sententiam non vitiat: *Titium Gaio centum condemno*, quatuor verbis sententia perfecta est, sed ait, paucis literis temere descriptis, & intelligit *literas singularias*, vt veteres loquebantur, quas Iustinianus vocat singla, id est, singula, vt vincla pro vincula, quibus literis, vt puta quatuor significamus, Senatum, Populumque Romanum. Quatuor illæ literæ dicuntur singulariæ literæ, non sunt notæ: Nam notæ non sunt literæ: *ce sont des Chiffres.* Vult ergo vt sententia scribatur per consequentiam literarum non paucis literis temere descriptis: id est, non singulariis literis, & multo minus notis, quia non sunt literæ.



AD TITVLVM LVIII.

Si ex falsis instrumentis, vel testimoniis iudicatum erit.

De executione rei iudicatæ habuimus supra: pluribus condemnatis vna sententia, condemnationem scindi in portiones viriles, licet ex priore contractu, qui condemnati sunt, fuerint correi, atque ita condemnationem condemnatis proficere, quatenus minoris, non quatenus tanti est, vel esse intelligitur. Et nullam esse executionem rei iudicatæ in eum, qui non litigauit, id est, qui non per contumaciam iudicio abfuit, non esse sententiam comminationem nudam iudicis: non quod iudex per nuntium iubet, per epistolam: non quod subscribit ad libellum. Denique non omnem vocem aut voluntatem iudicis esse sententiam, sed eam tantum, quæ causa cognita ab ipso iudice de libello perscripto claris literis recitatur de absolutione, vel condemnatione rei, de qua agitur. Nunc sequitur in *h. t.* suspendi executionem rei iudicatæ ex falsis instrumentis, vel testimoniis: Testimonia sunt dicta testium relata in literas. Sed idem trahitur etiam ad falsos testes, *l. Diuus, ff. de re iudic.* & ad falsum iusiurandum, quod iudex sequutus fuerit *l. admonendi, ff. de iureiur.* & ad falsas allegationes, *l. si prætor §. pen. ff. de re iud. & sup. tit. si tut. falf. alleg. &c.* Et hoc quidem ita procedit, si quis probauerit falsa esse instrumenta, & eorum fidem secutum iudicem ita iudicasse, & per hoc circumscriptam fuisse iudicis religionem *l. 3. h. t.* Nam si variis prolatis instrumentis in iudicio, quibusdam veris, quibusdam falsis, iudex ex veris iudicauit, non ex falsis, rata sententia est, tametsi in iudicio exhibita fuerint quædam instrumenta falsa. at si ex falsis instrumentis iudicauerit, & hoc probetur liquido, sententia ipso iure citra appellationem rescinditur *l. 2. h. tit.* quia habet, vt eleganter Theodorus ait, [illegible], id est, laborat irrito vitio intestino, & per se nulla est ipso iure. & male Glossa ait, sententiam rescindi petita a prætore restitutione in integrum, quæ ipso iure rescinditur, etiam citra restitutionem prætoris: Nam in *l. Diuus ff. de re iud,*

in integrum restitutio est παλινδικία, id est, redintegratio, & restauratio litis: *quand on reuoit le procez.* Prætoria autem restitutio in integrum aliud est, nempe iuris amissi redintegratio: Itaque ambiguum est verbuum *restitutionis* & anceps. Et quod præterea additur in *d. l. Diuus*, testes fuisse pecunia corruptos, ex abundanti est, quia etsi non fuerint pecunia corrupti testes, qui falsi dicuntur & sunt, causa ex integro agi poterit, quæ ex falsis testibus iudicata est. Et in *l. 1. h. tit.* præbebit notionem suam, causa scilicet acta ex integro: etsi ex eo iudicato per errorem qui condemnatus est, forte soluerit, antequam nosset instrumenta, quibus motus est iudex falsa esse, iudicati soluti repetitio est, *l. vlt. h. tit. & l. qui agnitis, D. de except.* quia ipso iure indebitum fuit, propterea quod ipso iure nulla est sententia, quam extorserunt instrumenta falsa, vt nec actionem iudicati pariat, nec exceptionem rei iudicatæ.

AD TITVLVM LIX.

De Confessis.

Datur hic titulus, vt intelligamus eandem esse rationem exequendæ rei confessæ, & rei iudicatæ, quod etiam attigerat *sup. vlt. de execut. rei iud.* Et est *ex 12. tab.* Confessio est contra se iudicatio vnde consequens est & confessum pro iudicato haberi, sed exigimus: vt in iure confiteatur, vt ait constitutio huius tituli, id est, ἐν βήματι, vt habent Basilica, id est, pro tribunali, vel apud magistratum, vt *l. quidam, D. de donat. l. post rem, D. de re iud. l. 1. §. proinde, D. si quid in fraud. patr. l. 4. §. pen. D ad l. Iul. maiest. l. 4. sup. de repud. hered. Et in Nouel. de test.* Et vt confiteatur apud magistratum competentem, & congruum, vt in *c. 4. extr. de iud.* Nam confessio, quæ fit extra ius, vel in iure incompetenti pro iudicatione non habetur, nisi vno casu ex *Nouella de testibus*, si rogati interfuerunt confessioni factæ extra ius 5. testes, rogati scilicet, & arcersiti in eam rem, non fortuiti. Item exigitur, vt confessus habeatur pro iudicato, vt qui confitetur non erret in iure, vt in *l. 2. h. t. D.* Quod ita declara, si heres ignorans, quantum sit in bonis, vel in ære alieno defuncti, legatariis confiteatur in iure, se debere legata integra, & ἀφαλκίδιωα, vt Theodorus loquitur. i. sine deminutione Falcid. ex sua confessione non tenetur, quia errauit in facto. At si sciens, quantum sit in bonis, & ære alieno, si peritus facti, ignarus vero legis Falcidiæ in iure confiteatur se debere solida & integra legata, ex sua confessione tenetur, quia in iure errauit, qui error est inexcusabilis.

AD TITVLVM LX.

Inter alios acta vel iudicata alij non nocere.

Quod dixit *tit. 56. de re iudicata*, vt res iudicata inter alios aliis non noceat, id in hoc tit. porrigit ad omnia alia acta, siue gesta habita inter alios, veluti ad solutiones, transactiones, diuisiones, pactiones habitas inter alios, vt aliis non noceant, vt quod soluit coheres pro sua parte creditori hereditario, coheredi non nocet, qui non soluit, & ei quid deberi negat *l. 1. h. t.* Item quod quidam coheredes inter se transegerunt certę rei diuidendę causa, tanquam hereditariæ, id coheredibus absentibus, qui nihil transegerunt, non nocet, *l. 2. hoc tit.* Symmachus in epistolis: *quando absentibus*, inquit, *& ignorantibus inter alios gesta nocuerunt?* Et notandum in *hac l. 2.* transactionem appellari etiam diuisionem, quia omnis diuisio fit transactionis genere, vt in *l. qui Romæ §. duo fratres, de ver. oblig. l. tres fratres, D. de pact.* Item quod frater egit nomine fratris absentis & ignorantis, paciscendo vel agendo cum debitoribus hereditariis, vt in *l. 3. h. tit.* Adde, vel iusiurandũ deferendo, vt in *l. 7. sup. de reb. cred. l. 10. D. de iureiur.* Hoc absenti nihil nocet, quia res inter alios acta est, etiamsi illi fuerint absenti consortes & coheredes fratris. Nihil proprie in hoc titulo ponitur de re iudicata: Et abundant igitur in rubrica illa verba, *vel iudicata.* Sed quod de re iudicata, vt dixi, fuit propositum *in tit. 56.* hic trahitur ad omnia alia acta, sicut quod proponitur *in tit. 52. de re iudic.* trahitur ad omnia alia acta in *l. vlt. eod. tit.*

AD TITVLVM LXI.

De Relationibus.

Res a minore iudicio ad maius iudicium, siue auditorium, vel ad cognitionem principis transfertur duobus modis, *relatione & appellatione*, de quibus nunc dicere instituit. *Relatio*, quæ ipsa consultatio dicitur, fit ab ipso iudice ad principem ante sententiam, si ambigat iudex, quid statuere debeat, ea de re, qua de apud se agitur, missa principi opinione sua vt *Nou. 115. c. 1.* Et de hoc genere relationis agitur in hoc titulo, quoties iudex consulit principem de re omni ad eum ante sententiam suam, perlata post opinionem suam, cuius certiorem facere debet principem, quem consulit, nimirum consulere eum debet exposita opinione sua, vel coniectura. Quod tamen genus relationis sublatum est *Nouel. 125.* vt nullæ fiant relationes ante sententiam, post sententiam fieri possunt appellatione interposita, nec recepta a iudice vt princeps æstimet an sequenda sit iudicis sententia, aut recipienda appellatio, *l. pen. C. Theod. eod. tit.* Appellatio autem fit a partibus, a litigatoribus: ad relationem princeps rescribit, vel patritii, qui ab eo electi sunt, vt relationi respondeant, iuxta leg. 34. *t. seq.* Ad appellationem consultat coacto consilio suo *l. 2. sup. vt lite pend.* Et ita recte Optatus libro primo contra Donatistas: *Relatio missa est, rescriptum venit.* Et idem libro secundo. *Cruentas operati sunt cædes, & tam atroces, vt de talibus factis ab illius temporis iudicibus relatio mitteretur.* Solebant enim atrocia crimina, quæ contigerant, mox referri ad principem, vt ipse statueret, quid fieri vellet. Et eleganter Imp. *in l. 2. sup. de offic. Vic. Relationes iudicum libenter audimus:* Non agitur de relationibus, quarum sunt pleni aliorum auctorum libri, quæ fiebant ab ipso principe, vel a magistratibus ad senatum. Et legimus de eis, senatum principibus aliquando dedisse ius tertiæ, vel quartæ, vel quintæ relationis, quod anxie quærunt, quid sit, maxime D. Alciatus 10. parerg. Sed mox ostendit aperte ius 3. 4. vel 5. relationis, nihil aliud esse, quam vt possit princeps de re eadem pertinente ad summam rempublicam referre ter quaterue pertinaciter, idemque retractare sæpius. Quod arguit aperte Capitolinus in Pertinace, dum ait, *Pertinaci datum ius quartæ relationis.* Idque ominis loco fuisse, quia reuera est pertinax, qui eadem re sæpius refert, vt Pertinaci merito daretur ius quartæ relationis. At vt de relationibus iudicum ad Principem de quibus agitur in hoc tit. exponamus, Primum exigitur in hoc titulo, vt relatio missa ad principem sit plena instructio, plena & integra relatio, plena opinio, id est, vt omnem causam complectatur *l. 1. & 3. h. tit. l. 15. tit. seq.* vt sit plena opinio, vt ait lex *inter pœnas, D. de interdict. & releg.* Cur in cognitione principis non datur dilatio *l. 5. sup. de dilat?* quia non nisi ad plenum instructa causa remittitur ad principem. & vt Iudex exemplum relationis, & opinionis, quod vult mittere ad principem edat litigatoribus & partibus, nec eam mittat inscíis eis, vt in *l. pen. D. de appellat. recip. l. vlt. D. quando appelland. sit.* Præterea, vt suæ relationi adiungat acta. *il faut qu'il enuoye la procedure*

procedure, & adiungat etiam refutatorias preces partium, si quas velint addere, id est, refutationes relationis, si dicant relationem non esse plenam, non esse perfectam, si dicant relationem contrariam esse veritati, vel qua alia ratione eam impugnent adiectis refutatoriis precibus: tum demum plena est maturitas relationis *l.2.h.tit.* sic legendum, *plena maturitas*, non, *plena veritas*. Et hæc omnia ostenduntur non tantum in hoc titulo, sed etiam in sequenti *l. eos §. super his, l. quoniam, & l. a proconsulibus.* Symmachus in epistolis: *Tunc oblatis prouocationis libellis suspensa sententia, cuius meritum perennitas vestra lectis gestis ac refutatoriis cohærentibus æstimabit: ego in referendo prolixus esse non debui.* Et præterea ostenditur in *hoc tit. l.1.* vt post sententiam iudex non terreat litigatores promissa relatione, puta dicendo se velle de ea re ad principem referre ne appellent partes. non debet inquam iudex obtentu promissæ relationis morari appellationem partium, postquam dixit sententiam, & seruandum in *hac l.1.* recte Haloandrum legere, *relatione promissa*, non, *præmissa.* Relatio promittitur partibus, mittitur principi *l. ex eo tit. seq. l. 31. & 34. C. Theod. de appellat.* Et Symmachus: *promissa relatione discedo*, a tribunali scilicet.

AD TITVLVM LXII.

De appellationibus, & consultationibus.

Res ad maius auditorium transfertur non tantum relatione, verum etiam appellatione, sed relatione ante vel post sententiam, appellatione nonnisi post sententiam *l. vlt. sup. de sent. & interlocut.* Hoc est commune remedium damnatorum, vel eorum, quibus sententia iudicis omni ex parte non satisfecit *l.3. in fin. D. rem rat. hab.* Et appellationis effectus hic est, vt extinguat iudicatum, *l.1. in fin. D. ad senat. Turpil.* etiamsi non recipiatur ab eo qui iudicauit *l.3. h. t.* Et si forte iniusta appellatio visa sit, vt prior sententia potius conseruata dicatur *l. vlt. ff. quod cum eo.* quam confirmata, *l.2 sup. de vsur. rei iudic.* Quia confirmationis natura hæc est, vt retrotrahatur *l.25. sup. de don. inter vir. & vxor.* At prior sententia, si confirmata sit, *appellatione iniusta pronuntiata*, non retrotrahitur posteriore sententia, id est, posterior sententia non recurrit ad priorem, sed prior descendit ad posteriorem, adeo vt furti damnatus si appellauerit, & appellatio iniusta sit visa, hodie fiat infamis, non etiam retro intelligatur fuisse infamis a die prioris sententiæ *l. furti §.1. de his qui not. inf.* Appellatio etiam vim suam exercet aduersus rescriptum Principis, vt puta si post missam relationem ad Principem, & elicitum a Principe rescriptum ad id iudex conformarit sententiá suam. Nihilominus ab ea appellari potest, licet sit corroborata rescripto Principis, quod præcessit sententiam *l.1. §. 1. ff. eod.* Et ita est accipienda *lex 2. hoc tit.* circumducta Glossa Accursii. Appellatio iam quid sit quæris? Est a sententia minoris iudicis ad maiorem prouocatio. vel vt simpliciter definit interpres Appollonij, μετάβασις ἀπὸ δικαστηρίου εἰς δικαστήριον: *est transitus a iudicio ad iudicium.* Dico a sententia: nam ab interlocutione perraro solet appellari, id est, paucissimis E casibus *l.2. ff. de appellat. recipiend.* Itemque ab executione sententiæ *l.5. inf. quor. appellat. non recip.* & a nominatione iusta ad munus honoremue publicum, a nominatione iusta, id est, legitime facta, qua quis scilicet vocatur ad munus publicum. a qua interponitur appellatio, querela potius est, quam appellatio, vt eleganter ait *lex 12. C. Theod. eod.* Quia *appellationis* verbum, vt ea lex ait, in maioribus rebus dici oportet. Quamquam & ipsa appellatio sit querela, quæ in maiori auditorio instituitur aduersus iniquitatem prioris, quæ est altera definitio in *l. præfecti, ff. de minor.* Appellatio est species, Querela est

A genus: Nam & cum sententia dicitur ipso iure nulla, hoc non appellatio, sed querela appellatur, *l.3. sup. quom. & quand. iud.* Consultatio autem in hoc titulo longe aliter accipitur, quam in *tit. sup. l.1. & 3.* Nam ibi *consultatio* est relatio iudicis ad principem: hic consultatio est deliberatio & consilium, siue sententia, quam princeps, ad quem appellatum est, cum consilio suo collocutus dicit, quæ in Basilicis semper vocantur συνέλευσις, vt in Psalmo 1. quod 70. interpretes βουλὴν auctore Eusebio, Symmachus συνέλευσιν vocat. & in *l.6. sup. de vsucap. pro empt.* quæ est sententia, siue decretum Imper. Philippi, in inscriptione ita est legendum: *Imperator Philippus Augustus cum consilio collocutus dixit.* quibus verbis etiam legimus in libris notarum Iuris explanari tria CCC. *Cum consilio collocutus.* Et sane ita est explanandum, quod pauci sciunt B in antiqua formula Alpheni Senecionis subprefecti primæ classis in Mis. vbi ita est: *Senecio.* Deinde sequuntur tria CCC. id est, *cum consilio collocutus.* Consultatio igitur est consilium principis, & conuentus coacti senatus ad dirimendas causas appellationis. Iulianus in *Nou. 56.* differentiam facit inter silentium, & consilium, vel conuentum, vel consultationem, dum ait, senatoribus principem aut indicere silentium, aut conuentum, sed indicto silentio, non conuentu, silentio inesse conuentum, *id est,* senatum esse in conuentu, id est, non minus senatores conuenire debere indicto silentio, quam indicto conuentu. Et indicebatur silentium principe habituro orationem in senatu. Zonaras in Leone Philosopho refert, *Imperatorem consuetam in senatu orationem de castu siue ieiunio habere voluisse, quæ vocatur silentium.* Ita etiam C Nicetas in Manuele Comneno lib.7. *Imperator*, inquit, *parturiebat Catecheses siue institutiones pias, quas Catecheses siue conciones vocant silentium. & ita etiam* Anastasius Bibliothecarius lib.21. *Leo*, inquit, *silentium contra sanctas & venerabiles habuit iconas. & 22. Imperator per dies singulos silentia faciens, populum ad suum sensum flexit.* Alia ergo sunt consilia, siue consultationes, alia silentia. Nec consilia igitur dicuntur, quasi consilentia, vt Festus scribit, sed quasi considia, vt Seruius ait, recte adiiciens sedentium animos tranquilliores fieri: & ideo consiliantes sedere, non stare, vt Apollonius lib. 4. μηδιάασκον ἑζόμενοι βουλήν. *agebant consilia sedentes.* Et Homerus Iliados pen. βουλὰς ἑζόμενοι βουλεύσομεν. & vlt. βουλὰς βουλεύουσι παρήμενοι. Porro statim initio huius tituli, veluti pro exemplo proponitur sententia Imper. Seueri *ex appella-* D *tione infirmans prioris iudicis sententiam.* In qua notandum est, præmitti rationem sententiæ his verbis, *prius de possessione, &c.* vt Seruius in locum illum Virgilii lib. 10. Æn. *Quandoquidem Ausonios coniungi fœdere Teucris*, scribit in vsu fuisse, vt antequam diceretur sententia, eius præmitteretur ratio, quod vellem & in vsu esset hodie: Nam hoc etiam probat Accursius in *l. si legatario, in fin. de fideicommiss. libert.* Etiam arbitror notanda esse illa verba, quæ supplenda sunt in quibusdam libris, a quibus absunt: *Seuerus autem dixit. Nam princeps verbo sententiam dicit, non etiam recitat ex scripto, vt alius iudex ex periculo.* Item notandum in *h. l.1.* a præside prouinciæ principem appellari, & iure appellari, si præses prouinciæ prius pronuntiauerit de crimine vis illatæ possidenti, quam possessionem vi deiecto E restituerit: Nam vt dicitur, *ante omnia spoliatus restituendus fuit*, quæ restitutio appellatur momentum, momenti beneficium, momentaria possessio, quia confestim, & sine mora expediri debet. Denique maiorem celeritatem desiderant reformatio, & restitutio possessionis vi ereptæ, quam executio criminis *ex l. Iulia, de vi publica, vel priuata.* Et hoc est quod ait *l. si quis inf. ad l. Iul. de vi publ. ante omnia causam violentiæ examinari*, id est, causam possessionis vi ereptæ, vt quam primum redintegretur, non publicum violentiæ crimen. Quia, vt ait eadem lex, prius est finienda causa possessionis, quam perueniatur ad crimen violentiæ. Itaque licet dicatur

plerunque criminalem quæstionem præponi ciuili, *l. vlt. sup. de ord. iudic.* tamen hoc casu ciuilis præponitur criminali, quia finita hac ciuili quæstione de possessione, postea de vi, (quæ secunda est, vel vt vulgo loquuntur, secundum caput,) aut nulla, aut expeditior, seu leuior erit causa criminalis. Propterea quod crimen cessat, si illum, qui se vim passum dicit, appareat non fuisse possessorem, vel etiam, si possessor fuerit, minus punitur, qui eum deiecit, si sit proprietarius, quam si non proprietarius fuerit, vt innuit *d.* lex *si quis*. Ac præterea pauci sunt, qui recuperata possessione sua, qua per vim deiecti erant, velint subire periculum subscribendi in crimen *l. Iuliæ de vi publ. aut priu.* Vt ergo finiantur lites, & præcidantur, hoc casu melius est præponi quæstionem ciuilem criminali, quia forte finita ciuili, conticescet criminalis, eo qui egit contento reformatione possessionis. Itaque vt iam pridem docui *Obseru. 5.* pugnat omnino hæc sententia, siue decretum Seueri, quod proponitur in *l. 1.* cum quo congruit *d. l. si quis*, cum alio decreto siue rescripto Diui Hadriani quod proponitur *in l. 5. §. si de vi, ff. ad l. Iul. de vi public. & in l. si de vi, ff. de iudic.* Quibus locis refertur illud decretum Hadriani, non etiam probatur. Nam Seueri decretum, quia posterius est, magis sequendum est. Illo vero Hadrianus censet, de vi criminaliter prius agi oportere, quam de possessione, vel proprietate. Et fretus quoque forte decreto illo Præses prouinciæ de crimine vis prius pronunciabat: a quo tamen Diuus Seuerus decreuit, iuste appellatum fuisse, quod præter rationem, quam adduxi hac in causa, præstet & vtilius sit finiri prius de possessione, deinde de proprietate ciuilem quæstionem, quam perueniatur ad crimen de vi publica vel priuata. Ideoque pronuntiat Seuerus *iuste prouocatum fuisse.* Hæc enim est formula, qua vtitur is, ad quem appellatum est, vt scilicet pronuntiet aut iustam, aut iniustam appellationem esse, *mal appellé, ou bien appellé*, *l. 6. §. 1. hoc tit.*

Ad L. V. & VI. hoc tit.

Lex 5. Præses prouinciæ, ad quem appellasti, si non vitio negligentiæ vestræ tempus, quod ad reddendos apostolos præscriptum est, exemptum esse animaduerterit, sed ex fatalis casus necessitate diem functo eo, qui eos perferebat, id accidisse cognouerit, iuxta perpetui iuris formam desiderio vestro medebitur.

Lex 5. est de *Apostolis*, qui sunt literæ, quas iudex a quo appellatum est, recepta appellatione, scribit, transmittens ad eum, qui appellatus est, totius rei cognitionem. Dat autem appellanti perferendas ad eum quem appellauit, quæ & *literæ dimissoriæ* dicuntur, libelli dimissorii, & relationes in *l. si iudicio, & l. si appellat, hoc tit.* Et in Basilicis hoc loco ita definiuntur apostoli: ἀπόστολοι καλοῦνται δι' ὧν ἡ παρὰ τοῦ δικαστοῦ γίνεται μήνυσις πρὸς τὸν μέλλοντα κρῖναι τὴν ἔκκλητον: id est, *apostoli sunt literæ, quibus causa refertur a iudice ad eum, qui de appellatione cogniturus est.* Erant autem olim petendis, accipiendis & reddendis apostolis præfiniti dies 5. *vt Paul. ait 5. Sentent. tit. de dimissor. literis.* Et post redditos apostolos intra alios quinque dies datis fideiussoribus erat cauenda pœna in hunc casum, si appellator appellationem deseruisset, vel si non iuste eum appellasse pronuntiatum fuisset, vt idem Paulus *scribit tit. de cautionibus & pœnis appellationum.* Hodie vero dandi sunt apostoli, etiamsi a nemine petantur: & his datis nulla pœna in cautionem deducitur, id est, nulla exigitur cautio pœnalis de exercenda appellatione *l. 6. §. vlt. hoc tit.* Sed qui temere appellauit arbitrio iudicis mulctatur *d. l. 6. §. ne temere*, *il faut qu'il paye l'amende du fol appel.* temere appellanti mediocris pœna infligitur, id est, mulcta pecuniaria. Et specialiter si non recepta appellatione aliquis tamen obstinate causam appellationis defenderit, & reddiderit, executusque fuerit, si iniusta appellatio sit visa, quodammodo notatur infamia, *l. a proconsulibus, h. t.* quia inuito iudice, id est, non admittente seu recipiente iudice appellationem nihilominus eam executus est: vnde si male executum appareat, merito notatur. Generaliter qui temere appellauit multatur mediocriter in certam pecuniæ causam. Specialiter hoc casu notatur, quia non recepta appellatione appellationem porrexit iniuste. Specialiter etiam is, qui appellauit ab executione, vel interlocutione, quæ appellatio merito repudiari potest a iudice, atque contemni, si tamen præfracte persequatur causam appellationis, quam interposuit ab executione sententiæ, vel ab interlocutione, & pronuntiatum sit *non iuste appellasse*, sustinet pœnam 50. libr. argenti ex *l. 5. C. quor. appellat. non recip.* Hoc ita procedit specialiter in his duobus casibus, quia persecutus est appellationem non receptam, aut quæ recipi non debuit, veluti ab executione sententiæ, vel interlocutione, ac deinde superatus est, id est, pronuntiatum est temere eum appellasse. temeritatis suffert eam pœnam, quam diximus illis casibus. Generaliter autem, qui temere appellauit, mulctatur officio iudicis. Item hodie dandis, reddendisque apostolis non 5. sed 30. dies præscripti sunt, *l. iudicib. hoc tit. l. 29. 31. 34. C. Theod. eod. tit. Nouella 126.* Nec obstat *l. 6. §. vlt. hoc tit. vel Nouella 134.* quæ ait, apostolos dari sine aliqua dilatione moratoria, siue frustratoria, vt in *l. 1. sup. de relation.* Legitima dilatio non est frustratoria. Qui autem eam non obseruat, id est, qui ante 30. dies non accipit & reddit apostolos, præscriptione ab agendo summouetur, id est, præscriptione illius temporis, quod non obseruauit, repellitur ab actione causæ appellationis, videlicet si per eum steterit, quo minus acciperentur apostoli, & redderentur, non si per iudicem steterit *l. 1. ff. de lib. dimiss. l. si appellat. inf. h. t.* vel si per tabellarium steterit, cui apostoli dati erant deferendi: Quid enim si mors tabellarii interuenerit? quæ est species *l. 5.* Illis duobus casibus succurritur ei, qui aplauit, etiam tardius redditis apostolis, vt præscriptione ab agendo non repellatur. Et hic explicabo sententiam legis, *si appellationem, hoc tit.* quam nullo modo percepit Accursius. differentiam illa lex facit inter iudices, & arbitros; iudices appellat eos, qui ex ordine iudicant, id est, Magistratus: arbitros, qui ex delegato cognoscunt, quæ diuisio etiam extat *in l. a proconsulibus.* Et iudices quidem si non recipiant appellationem, vel si recipiant, sed apostolorum copiam non faciant, lex constituit, si appellatum sit ad præfectum vrbi, vel præfectum prætorio, quæ sunt amplissimæ potestates, & apices dignitatum, vt is, qui appellauit, habeat annum integrum ad contestandam, & expostulandam iniuriam iudicis, qui non recepit appellationem, vel qui denegauit apostolos recepta appellatione, & ad conueniendum aduersarium: vbi male Accursius aduersarium, id est, iudicem: imo aduersarium, id est, eum contra quem appellauit. *qu'on appelle au Palais l'intimé.* Et ita in *l. vlt. C. Theod. de repar. appellat.* quæ est coniungenda *cum d. l. si appellationem,* ad conueniendos eos, quos pulsat intentio, id est, ad conueniendos aduersarios, qui priore iudicio vicerunt. Idem etiam Accursius in *d. l. si appellationem*, hæc verba, *ex sententia prolata*, sic interpretatur, id est, propter sententiam prolatam conueniendum aduersarium, id est, iudicem, quod totum est nugatorium: Nam illorum verborum *ex sententia prolata* manifestus sensus hic est, *ex die sententiæ prolatæ*, id est, communerato quoque ipso die appellatori dari annum ad contestandam prioris iudicis iniuriam, & conueniendum aduersarium, contra quem appellauit. Quod si, vt eadem l. ait, non sit appellatum ad amplissimas potestates præf. vrbi, vel præf. pr. sed ad inferiores iudices, lex appellanti ad contestandam eandem iniuriam præscribit 6. menses tantum. arbitris a. non recipientibus appellationem, vel denegantibus apostolos, lex appellanti ad contestandam iniuriam,

iniuriam, & conueniendum aduersarium præscribit quatuor menses. post contestationem iniuriæ incipiunt currere tempora introducendæ appellationis: & hoc vult d. l. *si appellationem.*

Ad L. 6. h. tit.

Lex 6. Eos, qui de appellationibus cognoscent ac iudicabunt, ita iudicium suum præbere conueniet, vt intelligant, quod cum appellatio post decisam sententia litem interposita fuerit, non ex occasione aliqua, remittere negotium ad iudicem suum fas sit, sed omnem causam propria sententia determinare conueniat: cum salubritas legis constitutæ ad id spectare videatur, vt post sententiam ab eo, qui de appellatione cognoscit, recursus fieri non possit ad iudicem, a quo fuerit prouocatum. Quapropter remittendi litigatores ad prouincias, remotam occasionem atque exclusam penitus intelligant, cum super omni causa interpositam prouocationem vel iniustam tantum liceat pronuntiare vel iustam.

1. §. Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omissum apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur: cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa non excludenda videatur.

2. §. Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putauerit esse personas per quas apud iudicem, qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimauit occultam, hocque fieri iudex perspexerit, sumptus idem ad faciendi itineris expeditionem præbere debebit, cum id ipsa iustitia persuadeat ab eo hoc cognosci, qui euocandi personas sua interesse crediderit.

§. 3. Super his vero, qui in capitalibus causis constituti appellauerint: quos tamen & ipsos, vel qui pro his prouocabunt, non nisi audita omni causa atque discussa, post sententiam dictam appellare conueniet: id obseruandum esse sancimus, vt inopia idonei fideiussoris retentis in custodia reis, opiniones suas iudices & exempla appellatoribus edita, ac refutatorias eorum, ad scrinia, quorum interest, transmittant: quibus gestarum rerum fides manifesta relatione pandatur, vt meritis eorum consideratis, pro fortuna singulorum sententia proferatur.

4. §. Ne temere autem ac passim prouocandi omnibus facultas præbeatur, arbitramur eum, qui malam fidem fuerit persecutus, mediocriter pœnam a competenti iudice sustinere.

5. § Sin autem in iudicio propriam quis fuerit causam persecutus, atque superatus voluerit prouocare eodem die, vel altero libellos appellatorios offerre debebit. Is vero, qui negotium tuetur alienum, supradicta conditione etiam tertio die prouocabit.

Legis sextæ sunt sex capitula in vsu apprime necessaria, ex quibus iam exposui duo: Vnum de mediocriter puniendo eo, qui temere appellauit, in §. *ne temere.* alterum de dandis apostolis, etiam nemine petente, & de non exigenda cautione exequendæ appellationis in §. *vlt.* Restant igitur quatuor capitula. Primum est, vt iudex, ad quem appellatum est, omnino sua sententia definiat, iuste necne sit appellatum, nec rursus negotium remittat ad priorem iudicem, *il n'y a point de renuoy.* quia interposita appellatione, eius rei iudex esse desiit, vt ait *l. 13. C. Theod. eod. tit.* Et hoc est facillimum. Secundum autem caput hoc est, vt in iudicio appellationis audiatur is qui appellauit, si proferat nouos testes iuris sui tuendi causa, & probandi, si proferat allegationes, assertiones, defensiones, exceptiones, probationes nouas, quæ vocat *supplementa partium.* Et hoc ostenditur in §. *si quid autem.* Eodemque modo nouas probationes, assertiones, allegationes adferentem aduersarium, contra quem appellauit, audiri par est, vt in *l. per hanc, tit. seq.* Vt vterque quantum potest ius suum tueatur, atque defendat seu communiat. Nec refert, vtrum appellatum sit ad Principem, an ad alium iudi-

A dicem: Nam si appellatum sit ad Principem, etiam nouæ allegationes admittuntur, id est, noua supplementa, aut fulcimenta causæ *l. in offerendis, in fin. & l. vlt. §. in refut. h. t.* Nec his quidquam obstat *l. 5. fin. de dilat.* qua mouetur Azo in contrarium, quoniam ea lex dicit, in cognitionibus Principum ex appellatione, vel relatione nunquam tribui partibus vllam dilationem, videlicet ad instruendam causam: Nam ille titulus *de dilationibus,* est de dilationibus, quæ tribuuntur instrumentorum causa, id est, litis instruendæ causa, quæ nondum instructa est. Igitur in cognitionibus Principum non tribuitur dilatio ad instruendam causam, quæ satis instructa est: Nec enim causa ad principem transmittitur, nisi ad plenum instructa, nisi sit plena & integra instructio, relatio, opinio transmittentis negotium ad principem, *l.*
B *1. & 3. sup. de relat. l. 5. C. Theod. de appellat.* Cæterum nouæ probationes admittuntur, quæ scilicet adduntur causæ non satis instructæ, vt noui testes, sed ita, vt ait *l. 6. §. 2.* vt euocatis testibus qui eos euocat, præstet viaticum, & sumptum itineris, quod ostendit etiam *l. 3. §. Sabino, ff. de testib. l. 10. sup. de testib. iuncta l. vlt. C. Theod. de abolit.* Et hoc iure vtimur, *vt euocatis testibus præstentur impendia,* cum eo, quod ex suis operis consequi possent, *pour leurs iournées.* Summa igitur capituli 2. hæc est, eum, qui appellauit, & eum, contra quem appellatum est, audiri adferentem adsertiones, allegationes, & nouas probationes. Videamus an huic definitioni obstet Nouella *de testib.* quæ vult, vt qui semel renuntiauit in iudicio productioni testium, qui dixit sibi satis esse testium, si
C cognouit testimonia & præscriptiones aduersarij, *les reproches,* postea non audiatur, si velit noua productione vti. Et sane non auditur quidem in eo ipso iudicio, in quo renuntiauit productioni testium. Sed restat illud, inspiciendum, an audiatur in iudicio appellationis, si velit noua productione vti? Et dicam etiam non audiri, quia videtur idem esse iudicium, quod de eadem re est: ideoque exceptio procuratoria, quæ post litem contestatam non potest opponi in priori iudicio, non potest etiam opponi in iudicio appellationis, *l. ita demum sup. de proc.* Cur ita? Quia idem iudicium esse videtur, quia eadem res est. Qui dicunt aliud iudicium esse appellationis a priore iudicio, perperam mouentur *l. cum apud, ff. iudicat. sol.* Quia ea lex hoc vult, cum, qui in priori
D iudicio cauit iudicatum solui his verbis: *Quidquid Sempronius iudex statuerit recte dari, præstari,* si ab eo iudice appellatum sit ad Gaium, condemnato reo, qui cauit iudicatum solui ex sententia Gaii, non committi stipulationem. An quia aliud iudicium est? Minime: Nam si cauisset in rem, puta, quod iudicatum est dari, nihil interesset, vtrum a priore, an posteriore iudice iudicatum esset, & vtrobique committeretur stipulatio iudicatum solui: At quia cauit in personam, *Quidquid Sempronius iudex statuerit solui,* non potest pertinere cautio ad alium iudicem, non potest egredi personam. Et hæc est quæstio *l. cum apud.* Hodie illud expeditum est, ex vsu communi eum, qui in priore iudicio productioni testium renuntiauit semel, nec in iudicio appellationis audiri, si alia productione vti velit, auctore Clemente in
E *capitulo, vlt. extra, de testibus.* Sed hoc ita intelligendum est, si in eandem rem velit alia productione testium vti: Nam si in aliam rem, in qua non sit vsus productione testium, quæ tamen pertinet ad litem principalem, aut ei connexa sit, velit vti productione testium, vel aliorum, vel eorundem, sane audietur, *c. fraterni. de testib.* Nam etiam, qui appellauit addita certa causa cur appellet, non prohibetur causæ, quam initio allegauit, aliam adnectere interpositæ appellationis, *l. 3. ff. de app.* Et hoc de 2. cap. Cætera sunt facilia. Tertium hoc est, *vt qui in causis criminalibus appellauit carcere contineatur, licet appellatio extinxerit iudicatum,* vt causam appellationis dicat ex vinculis, videlicet si copiam non habeat idonei fideiussoris, alioqui dato idoneo fideiussore, carcere

liberatur in hac *l.6.§.super his,& l. 12. h.t.* Et ita post appellationem interpositam, vt additur in *d.§.super his, & l.a proconsulibus*,& dictum in titulo *de relationibus* vt iudex a quo appellatum est, datis appellanti apostolis mittat etiam opinionem suam plenam ad eum, qui appellatus est, quæ iam verius *opinio* dicitur, quam sententia, quia appellatio extinxit sententiam, exemplum autem opinionis suæ & relationis, vt edat partibus, cui partes si velint possunt addere refutatorias preces. Et quartum caput huius legis hoc est, vt in propria causa libelli appellatorii dentur intra biduum ex die sententiæ datæ, quibus profiteatur, se appellare a sententia: In causa aliena (vt si procurator agat) intra triduum, vt in *§.pen.h.l.6.l.1.§.triduum, ff. quand. appelland.* Alii sunt libelli dimissorii, qui dicuntur apostoli, & a iudice dantur appellatori. alij sunt appellatorii, qui ab appellatore dantur iudici, qui de re prior cognouit. Sed hæc definitio §. *pen.* hodie sublata est *Nou.23.* præscriptis a Iustin. diebus decem, tam in propria, quam in aliena causa ad offerendos libellos appellatorios. Alia duo capita huius l. exposui in *l.5.* Nunc dicam, a quibus appellari possit, & quis ab eis appelletur. A prætoribus appellatur præfectus vrbi, *l.17.* Idemque præfectus vrbi appellatur a quibusdam præsidibus prouinciarum designatis *l. 23.* Vnde Cassiodorus in formula præfecti vrbi, *Tu etiam,* inquit, *ex designatis lege prouinciis ab appellatione cognoscis.* Et Papinius de Gallico præfecto vrbi: *Inque sinum quæ sæpe tuum fora turbida quæstu Confugiunt, legesque vrbesque vbicunque togatæ. Quod tua longinquis implorant iura querelis, &c.* Quibus sane verbis significat ex prouinciis etiam longinquis appellari præfectum vrbi. Et Vopiscus quoque *in Aureliano*, referens verba senatus ad curiam Carthaginensem: *Omnis*, inquit, *prouocatio præfecti vrbis erit, quæ tamen a proconsulibus, & ab ordinariis iudicibus emerserit.* Ab aliis prouinciis vel præfectus prætorio appellatur, vt *l.29.h.t.& l.27.C. Theod. eod.* Et adiuncto magistro militum in casu *l.23.h.t.* si apparitori magistro militum fiat controuersia status. vel appellatur princeps, vt *l.1. & l. a proconsulibus, hoc tit.l.vlt.D. de cond. & demonstr.* vel consentiente principe appellatur Senatus, vt in Probo scripsit Vopiscus: *Permisit patribus, vt de magnorum iudicum appellationibus ipsi cognoscerent.* Et de M. Antonino Capitolinus: *Senatum*, inquit, *multis cognitionibus, & maxime ad se pertinentibus iudicem dedit, neque quisquam principum amplius senatui detulit.* sic legendum. Et paulo post: *Senatum appellationibus a consule factis iudicem dedit.* De Nerone Sueton. scribit: *Cautum vt omnes appellationes a iudicibus ad Senatum fierent.* Ac præterea Cornelius Tacitus 14. Annalium, *statuisse eundem, vt qui a priuatis iudicibus ad senatum prouocassent, eiusdem pecuniæ periculum facerent cuius ij, qui Imperatorem appellassent,* id est, vt eandem pœnam subirent, qui temere appellassent ad senatum, quam subeunt qui temere appellant ad Imperatorem, scilicet, quorum appellatio videtur esse iniusta. Nam ante Neronem, si quis ad Senatum appellasset, vacuus erat solutusque omni pœna. Sane merito & hodie nostri Principes omnes appellationes referunt ad Senatum: Nam cum appellatur Senatus, Princeps ipse appellari videtur, quia est pars senatus, *l.8.inf. de dignit.lib.12.* Et *nos,* inquit, *in numero senatorum sumus.* & retro Senatus est pars principis, *vt ait l. quisquis, inf. ad l. Iul. Maiest.* A præfecto vrbi appellatur princeps *l. Æmilius, ff. de min.* Nec enim idem erat priuilegium præfecti vrbi & præfecti prætorio. a præfecto vrbi appellari potuit. a præfecto prætorio appellari non potuit. Denique ab omnibus iudicibus appellari olim potuit, excepto solo præfecto prætorio & senatu, ex constitutione Hadriani *l. 1. D. qui & a quibus appell.* Nam ante Hadrianum, *vt quodam loco supra ostendi,* etiam a Senatu Princeps appellari potuit, a præfecto prætorio appellari non potest διὰ τὸ ἔγκον, vt Theodorus ait, *l.1.D.de off.præfect.prætor. l.præfect.D.de minorib.l.1.sup.de sent præf.præt.l. a proconsul.l.si quis prouoc.h.t.* Vtriusque tamen præfecti dicitur *sacrum esse auditorium*, quod vicem habeat auditorii & disceptationis principalis, sicut etiam vicarii præfecti prætorio dicitur esse sacrum auditorium *l.1.sup. de offi. vic.* Et fuit quoque proconsuli Africæ, qui omnium proconsulum fuit maximus, adeo *vt proconsulis* nomine simpliciter per eminentiam intelligitur proconsul Africæ, & proconsularis prouinciæ nomine Africa. Hic etiam proconsul habuit sacrum auditorium, *l.3. C.Theod.de appell.* vt præfectus vrbi, *l.18.C.Theod. eod.l. 2. C. Theod.de pactis.& l.16.h. t.* quæ scripta est ad Maximum præfectum vrbi, dicitur præfectus vrbi accipere imaginem principalis disceptationis, id est, cognitionis sacræ, & a Symmacho in epistolis, *Sedem præfecti vrbi vicem Principum tueri.* Hi quidem obtinent imaginem sacræ cognitionis, & dicuntur vice sacra iudicare. At vt eleganter ait lex *a proconsulibus C.Theod.de appellat.* Solus præfectus prætorio vere vice sacra iudicat, cæteri per imaginem. Et ideo ab eo appellari non potest, *ne,* inquit, *Imperator in ea leg. nostra veneratio contingi videatur,* id est, ne a nobis ipsis appellari videatur. Et ita Cassiodorus in Psal. 104. scribit, *Iosephum fuisse secundum a Pharaone, quæ potestas,* inquit, *hodie retinetur a præfecto prætorio, qui & vice sacra vere iudicat.* A rationali autem, id est, procuratore fiscij, vel a discussore qui dicitur λογοθέτης, & est cognitor & disceptator rationum fiscalium, quas alii tractarunt, dispunctor: & in eos qui eas tractarunt, iurisdictionem habet. *de quo est tit. inf. de discuss.* A rationali inquam, qui & *Catholicus* dicitur, *Procureur general,* & huius apparitores *Catholiciani*, in *l.pen. §. vlt. inf. de bon. proscript.* a rationali, & discussore appellatur comes rerum priuatarum principis *l.26.hoc tit.* Quæ scripta est ad Pelagium non præfectum prætorio, vt edidit Haloander, sed comitem rei priuatæ, vt apparet non tantum ex C.Theodos. sed etiam ex *l.pen.inf. Quor. appellat.non recip.* quæ cum *l.26.* coniungenda est, & vult, vt a rationali vel discussore non appelletur ad comitem rei priuatæ ante tempus sententiæ & ordinem euentus, id est, ne ante exitum causæ appelletur a præiudicio rationalis siue interlocutione, sed post sententiam demum, post euentum vltimum causæ, quæ pertulerit peractus ordo iudiciorum. Idem etiam confirmant Basilica, in quibus iis verbis expressa est sententia leg. *26.* ἐὰν κατὰ λογοθέτου &c. id est, *si quis appellauerit a Logotheta, vel catholico, causa transeat ad Comitem rerum priuatarum.* Sed de his satis. Notandum ex *l.28.* qui appellauit, posse renuntiare appellationi impune. Atque ita *l.28.* intelligitur abrogari lex *reuocare, C. Theod. eod.* quæ non permittebat semel interpositam appellationem reuocari. Ex *l.28.* reuocari potest, optima ratione, quia appellatio ad priuilegium & vtilitatem litigantis inuenta est, vt eleganter ait *l.11.in fine.C.Theod.eod.*Theodorus, ὑπὲρ αὐτοῦ, &c. id est, *pro eo lex introduxit auxilium appellationis.* At vnusquisque suo priuilegio renuntiare potest. Aut appellat quis illico post recitatam sententiam viua voce inter acta, *l.14.h.t.* aut per libellum appellatoriũ. Si priori modo appellauerit, facile contraria vox reuocabit appellationem, sed etsi appellauerit per libellos appellatorios porrectos iudici, integrum est ei reuocare appellationem recuperatis libellis, vt ait *l. 28.* Et æquissimum hoc est, *ne iustæ pœnitudinis humanitas amputetur.* Et appellatio reuocari potest intra triduum, vt additur in *C. Th.* quod tamen prætermittitur in hac *l. 28.* illa verba *intra triduum* in *h.l.* prætermittuntur. Ex quo apparet, tacite legem significare, quandocunque appellationem reuocari posse, pendente iudicio appellationis necdum finito. Et hoc iure vtimur non admisso *cap.quamuis, de elect. lib. 6.* Nam & ille totus liber sextus nunquam fuit receptus in Gallia. Ex illo capitulo post redditos apostolos summo Pontifici, non est integrum reuocare appellationem, ne scil. excidat, quæ semel incidit, pœna. Notanda est

est in hoc tit. *l. 29.* quæ, vt constat ex *l. 7. sup. de Episc. audient.* proprie pertinet ad Clericos, & Monachos, Synoditas, vel Cœnobitas (nihil refert hoc an illo modo dixeris : nam vtroque nomine significantur, qui vnam habent domum,& in ea omnia communia.) Vtroque nomine significatur societas vitæ & bonorum *Conuentuels*. Constituit ergo lex, ne hi monachi vel clerici, quod sibi arrogabant, per vim eripiant eum, qui ducitur ad supplicium : & hoc forte sibi arrogabant exemplo sacerdotum paganorum : Nam eum, qui ad verberandum ducebatur,nefas erat verberari,si supplex ad pedes flaminis Dialis procubuisset, & se proiecisset, vt *Gell. lib. 10. cap. 15.* possunt illi quidem intercedere pro reis, vt declarat apertissime D. August. *Epist. 54. ad Macedonem.* Possunt item & illi,& alii nomine eius,qui ad supplicium ducitur, inuito eo appellationem interponere. Et humanitatis ratione hæc lex 29. ait: *Omnes prouocationes eius nomine,qui ad supplicium ducitur, dilato supplicio audiri debere.* Quæ ratio ducitur *ex l. non tantum,ff.eod.* sed non possunt etiam reum per vim eripere. Vis amouetur, intercessio & defensio permittitur. Notanda est etiam *l. 32.* quæ hoc vult, vt si appellatum sit a spectabili iudice ad Principem,veluti a proconsule Africæ, vt hodie Princeps ipsemet non præbeat audientiam, ne grauiores occupationes Principis interrumpantur, sed vt de ea re,de qua consultatio postulatur a Principe, genere quodam appellationis in sacro auditorio tractetur, vbi iudices sedeant, præfectus prætorio, & quæstor sacri Palatii,*le Chancelier*, qui sunt in comitatu Principis, seruato eodem ordine, eodemque cultu qui seruaretur præsente principe,& audiente & excipiente acta eodem scrinio,qui exciperet præsidente Principe,& eodem item habitu indutis omnibus quo induerentur præsente principe,ita vt præsidentibus liceat,(vt Iulian. ait in *Nou. 20.*) vti campagis : qua voce etiam vtuntur Capitolinus & Trebellius,pro calceamentis regiis,quæ purpurea erant, siue coccinea. Itemque iis, qui iudices præsident vice principis, vtentibus iisdem verbis in pronuntiando, quibus ipse princeps si præsideret vteretur,puta hoc modo: *Nostra pietas decreuit,nostra serenitas.* quod tamen mutauit Iustinianus *Nou. 126.* & ita constituit *in hac l. 32.* vt cognitio præfecti prætorio, & quæstoris sit vice consultationis. Quod si appelletur a duce, vel præside prouinciæ, vult *lex 32.* causam disceptari a præfecto prætorio solo iure ordinario, non ritu moreque consultationis, non more regio, cuius ius extraordinarium est, quod etiam Iustinianus mutat in *l. pen. h. t.* constituens, vt a ducibus cuiuscunque dignitatis sint, siue illustres, siue spectabiles,appelletur magister officiorum,& quæstor sacri Palatii,vt de appellatione cognoscant, non iure ordinario, vt solent magistratus,suo iure,pro sua iurisdictione, sed more consultationis, id est, more regio, ritu & obseruatione regia. Et additur in *l. 32.* vt si appellatum sit ab illustri iudice ad Principem, a quo possit appellari; id est, qui non sit præfectus prætorio, vt tunc ipsemet Princeps interponat cognitionem suam coacto senatu, & habita consultatione. Et nihil refert, etiamsi illustris ille iudex habuerit συνδικαστὴν, id est, coniudicem, *vn adioinct*, non illustrem : Satis enim est, si ipse fuerit illustris. Item, nihil refert, vtrum ipse fuerit illustris initio cognitionis, an non fuerit, sed postea factus fuerit ante sententiam : nam quæ ab eo interponitur appellatio, expedienda est præsidente ipso Principe Sed hoc Iustinianus quoque derogat, habita quadam distinctione, in *l. antepen.* dum distinguit ita, vt si causa, quæ per appellationē transmittitur ad Principem,non excedat quantitatem decem librarum auri, tum de ea vt cognoscat vnus tantum patritius, qui est in comitatu, vice Principis, & consultationis more, vel vnus præfectorius, id est, qui fuit præfectus, vel vnus consularis. Si excedat illam quantitatem vsque ad viginti libras, tum vt de ea re cognoscant duo viri illustres, si autem causa excedat quantitatem 20. librarum, tum vt vniuersus senatus de re cognoscat. Præterea etiam, vt consultationem ex appellatione liceat postulare intra biennium. Hoc vult *l. antepen.* Ad quam additur in *l. vlt. §. vlt.* vt si forte is fuerit initio status causæ,vt non pluris æstimetur,quam 10. libr. auri, contenta sit vno patritio, vno procere : vel si æstimetur viginti libris auri, vt contenta sit duobus, & postea illi vni, vel illis duobus appareat examinata causa, eam esse maioris quantitatis, vt non ideo desistant a cognitione, sed eam peragant inspecto priore statu causæ, quod notandum est *l. vlt. §. vlt. h. t. l. 34. h. t.* est de relationibus iudicum ad Principem, iudicum scilicet, qui vel ex ordine cognoscunt, vel ex delegatione, vt iis relationibus,ne occupetur Princeps,respondeat quæstor,adhibitis in consilium duobus patriciis, vel consularibus,vel præfectoriis, vt a responso eius non liceat appellare ad principem. post *l. 34.* dantur duæ leges Græcæ *l. 35. & 36.* quas, vt breue faciam, expositas inuenies *obser. 12. cap. 3.* Vnde restat vt annotemus tantum *ex l. vlt. h. t.* vno ex litigatoribus appellante, etiam alterum appellare posse, quod fit quotidie, puta, vt victor, & victus appellet, victus manifesta ratione: victor,quod ei omnino satisfactū non sit *l. 1. §. qu. prou. non est necess.* Ergo si vnus appellauerit & alter appellare potest, & queri de lenitate sententiæ, quæ plerunque iniquitati proxima est, quia *iudex non debet esse mitior lege* : vel si forte postquam vnus appellauit, alter absit, dum agitur causa appellationis, quæ μονομερῶς agi potest, id est, etiam si vna tantum pars præsens sit : Nam in causa appellationis hoc est speciale, vt possit agi vna parte præsente tantum, causæ vero principales non nisi vtraque parte præsente, *l. vlt. §. illud, tit. seq. l. vlt. de condit. & demonstr.* Si inquam absit altera pars iudicio appellationis,vt eius vicem suppleat iudex, quia est perinde, ac si appellasset, licet non appellauerit, ius ei suum conseruet, quod notandum est *ex l. vlt.* quæ etiam addit, *breues esse debere refutatorios libellos*, quos semper Græci vocant ἀναπληρωματικούς,quod contineant supplementa partium,quibus in medium adductis refellunt opinionem, sententiam prioris iudicis, & addunt quoque nouas assertiones. Denique commendat tantum breuitatem illorum libellorum, maxime si offerantur in sacro auditorio Principis. Sacrum auditorium amat breuitatem.

AD TITVLVM LXIII.

De temporibus & reparationibus appellationum, seu consultationum.

Titulus est de temporibus appellationum, non iis, intra quæ interponenda est appellatio, quæ iam definiuit *t super. l. 6. §. pen.* Sed de iis, intra quæ interposita appellatio introducenda in iudicium,& exercenda est. Neque vero *l. 1. h. tit.* est accipienda de temporibus, intra quæ appellandum sit, quasi velit a nominatione ad munus honoremue publicum intra duos menses appellandum esse, quia non duo menses huic rei constituti sunt, sed biduū, aut triduum, & ex *Nou. 23.* 10. dies, sicut in sententiis *l. 1. §. quod in sent. D. qu. appelland.* Sed *l. 1.* mens hæc est: a nominatione ad munera publica appellationis interpositæ, vel, vt loquitur, interponendæ, sic nostri auctores loquuntur, litis contestandæ,& rei iudicandæ, id est, litis contestatæ, rei iudicatæ, vt ex ea die ad persequendam eam appellationem duum mensium tempora computentur ei, qui nominatus, & vocatus est ad munus publicum, ex quo cognouit, se nominatum esse, quod confirmant hæc verba *l. 19. C. Theod. de appell.* quæ idem statuit, *vt inquit, intra duos menses negotia perorentur.* Itaque in sententiis, & in nominationibus ad munera publica eadem tēpora seruantur ad interponendam appellationem, non etiam ad introducendam causam appellationis, ad persequendam

appellationem: Nam in nominationibus intra duos menses persequenda est, vt est in *l.1.* in sententiis intra 6. menses, vel 3. *vt* ʃ. demõstrabimus, qui & reparari, & redintegrari possunt, vt *l.2.h.t.* olim in sententiis ad persequendam appellationẽ alia, quam definiat *l.2.* tempora erant constituta, de quib. *Obseru.* 12. *cap.* 4. *ex C.Th. & ex Symmacho, & D. Aug. & Obs.* 16. *c.* 7. Olim igitur post interpositam appellationem, ea erat instituenda, & persequenda intra certa tempora, quibus elapsis etiam peti poterat a iudice *reparatio* post primi temporis lapsum: si intra id non introduxisset appellationem, adhuc peti poterat *reparatio*, id est, redintegratio, renouatio, restauratio lapsi, amissique temporis, simul ac litis. Et impetrata reparatio temporis ac litis debuit denuntiari aduersario, contra quem appellatum erat, vt multis locis ostenditur in *C. Theod. tit. de reparat. appell.* Sed si post reparatum tempus is, qui appellauit, etiam tempus reparatum & redintegratum præterlabi sineret, nondum inducta causa appellationis in iudicium, atque ita post secundum lapsum temporis, poterat extra ordinem ex iusta causa a Principe peti reparatio temporis etiam post 2. lapsum. At post tertium lapsum, id est, post reparationem illam concessam a Principe extra ordinem, non dabatur reparatio ex vlla causa, & sententia appellatione suspensa conualescebat, & ad finem perducebatur, perinde ac si appellatum non fuisset, quasi lapsa causa appellationis temporibus, quæ appellator semel, ac iterum, & tertium non obseruauerat. Hodie autẽ ex *l.2.h.t.* non tantum post tertium lapsum, sed etiam post quartum lapsum plerumque datur reparatio temporis & litis, non post quintum. Et omnino res ita procedit ex quo, quis sciuit se condemnatum esse, vt in *l. 4. sup. de lib. caus.* causam appellationis introducere debet intra 6. menses ex longinquis & remotis prouinciis, intra tres menses ex eadem, aut contigua prouincia secundum distinctionem *l.vlt.h.t.* videlicet si a iudice appellasset: Si vero ab arbitro appellasset delegato ab aliquo iudice, intra duos menses secundum distinctionem huius l. Post lapsum 6. 3. aut 2. mensium, quæ sunt prima tempora, quæ præscribuntur exequendæ appellationi, adhuc appellator iure legitimo habet mensem vnum, ad instituendam, & persequendam appellationem, quam interposuit: & post hunc secundum lapsum habet etiam alterum mensem, & post tertium lapsum ęque alterũ mensem, post quartum vero lapsum si a iudice appellauerit: Nam ei qui appellauit ab arbitro delegato post quartum lapsum, non subuenitur, non datur reparatio. Si inquam, a iudice appellauit, post quartum lapsum potest extra ordinem a principe, nec nisi a Principe, *ex aula*, vt ait *l.vlt.* nec nisi ex aula, impetrare reparationem trium mensium. quam tamen aduersario denuntiare aut insinuare in foro præfecti prætorio non necesse habet, contra quam obtinuerit olim, sicut dixi *sup.* Et illi tres menses non numerantur ex die petitæ reparationis a Principe, sed ex summo & vltimo die quarti lapsus, licet ante eum diem petita fuerit reparatio. Et hæc est sententia *l. 2.* quæ erat explicatu satis difficilis. Vnde existunt duæ quæstiones: Prima, vtrum menses sint numerandi ex numero dierum, an ex Calendis. Sed constat ex *l.2.C.Theod. de decur.* menses numerari debere ex numero dierum: vt si hodie mihi dentur duo menses ad agendam causam, ex hoc ipso die incipiam numerare duos menses, non ex calendis proximis. Deinde quæritur vtrum, dato vno mense, vel datis duobus, aut tribus 4. aut sex mensibus, vtrum singuli menses æstimentur ex diebus triginta, an ex 31. Nam alii menses constant 30. alii 31. diebus. Sed vt mathematici, ita nos menses æstimamus ex diebus 30. *l.3.§.vlt.D. de suis & legit. her. l.vlt. sup. de iur. delib.* Sed vbi dantur 6. menses aut 3. aut 2. veluti ad agendam causam appellationis secundum superiorem distinctionem, extremo mensi superaddimus vnum diem, quo, si quis veniat, auditur, & præscriptioni temporis paruisse intelligitur, *l. vbi lex, D. de reg. iuris.*

A *Vbi lex facit mentionem duorum mensium, & qui venit sexagesimo & primo die auditur*, ait lex. Vbi autem datur vnus mensis, & post primum, secundum, aut tertium lapsum, vt dixi antea, ei mensi addimus vnum diem, vt aperte ostendit *l.2.h.t.* Et hic vltimus dies temporalis dicitur, & fatalis, ad interitum causæ scilicet in hac *l.2. & l. præcipimus, sup. tit. prox. l. vlt. sup. vbi senat. vel. clariss.* Fatalis dies, quod in eum diem supremum incidat interitus causæ, quod eo die lis moriatur, si non introducatur lis, agat animam, vt in *l.vlt.h.tit.* illo loco, *multas esse occasiones mortales appellationum.* i. multas esse occasiones, quæ obstant, ne possit perorari causa appellationis intra constituta tempora, veluti morbus, necessitas publica, incursus hostium, & innumeri alii casus, quibus miseri mortales obnoxii sunt, atque ita adferunt necem causæ appellationis. B Itemque in *d.l.vlt.* illo loco: *causa mortua.* moritur, quæ non introducitur intra constituta tempora, moritur lapsu temporum. Et ita etiam nostri Iurisc. *mortuam litem* dicunt *l.2.D. iudic. sol. l.3.D. quæ in fraud. cred.* Et generaliter, vt est in glossis veterum, quod valde notandum censeo, ἐμπρόθεσμος ἡμέρα dicitur fatalis dies, quæcunque scil. finita, & condicta dies est, quia omnis condictio diei, ei cui dies condicta est, periculum aliquod adfert, si fallat ad condictum. Græci auctores innumeri tum nostri, tum alieni, vocant dies hosce *fatales*, id est, legibus finitos. (Nam idem est dies fatalis, & dies finita) hosce inquam dies vocant semper ἡμέρας κυρίας. Quidam causidicus qui nuper scripsit de Repub. lingua vernacula, iactat se deprehendisse errorẽ, quem alii non C deprehenderunt, admissum ab iis, qui Codicem (si credere fas est) ex Græco Latinum fecerunt: Nam in Græco cum legissent κυρίας per υ interpretati sunt fatales, non animaduertentes esse legendum κηρίας per η. Item Codicem hunc, quem in manibus habemus, ponite Græco in Latinum fuisse conuersum, quod quis vnquam audiuit? est merum somnium delirantis. Deinde ponit dies fatales Græce appellari κηρίας per η, quo nomine significatur fatum, quod nemo vnquam probabit: Nam a nomine κὴρ, quod significat fatum, dicunt Græci κῆρας aut καιρίας, non κηρίας. Eiusdem ingenii est, quod idem homo adscribit Vlpiano in *l. 1. de offic. cons.* Consulem apud se manumittere posse præsente collega, quod neque ibi, neque alibi Vlpianus scripsit vnquam, quia neque certe præ- D sentia collegæ est necessaria, sed solus apud se seruum suum recte manumittit *l.1. D. de manum. vind.* vt non mirer, si ingeniosus etiam ille mihi adscribat, me in *l. apud eum, D. de manum.* ita legere sine negatione, *apud eum, cui par imperium est manumittere possumus*, quod neque manus vnquam scripsit, neque mens cogitauit. Quinimo abesse me ab hac sententia, quam ille perperam mihi tribuit, indicabit *Obseru. 7. cap. 17.* Idem pari fide scribit, in *l. quidam Iberus, D. de seruitut. vrb. prædiorum.* Marcum Aurelium Imperatorem ad querelam eius, qui se a socio suo Ibero læsum dicebat, quem eo nomine non conuenerat, aut interpellauerat, respondisse: *Cum Ibero loquaris, ne rem illicitam faciat*, cum in ea lege nulla fiat mentio Marci Aurelii: Et id respondeatur non ad querimo- E niam cuiusquam, sed qui queritur de Ibero, roget tantum Proculum IC. vt cum eo loquatur, ne rem illicitam faciat, id est, vt sua auctoritate eum compescat, & commonefaciat officii sui quo abstineat ab iniuria, quod obseruandum. adibatur IC. vt moneret aduersarium de iniuria, quam alteri faciebat: se ius tenere, monere de iure, quæ admonitio magni momenti est: adibatur IC. qui moneret aduersarium, vt abstineret ab iniuria. Ex his paucis qui vir ille sit, æstimari potest, non dicam Fanaticum, non dicam, quod Apul. de aduocatis, *forensia pecora, togatosque vultures*, vos, quid de eo sit statuere potestis, qui etiam nescio qua fronte, negat vnius rei varias definitiones tradi posse, contra quam Galenus scribat, qui fuit summus dialecticus, & commonstrari possit exemplis variis, sed vno contenti simus.

simus. Modest. legatum definit, *donationem testamento* A *relictam*. Florent. legatum definit, *delibationem hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit*. Vlpia. legatum definit, *quod legis modo, id est, imperatiuo testamento relinquitur*. Sunt tres legati definitiones diuersæ, & omnes ex arte confectæ, rectissimæ omnes, pariter vnam substantiam exprimentes. Etiam non feram, vt noua quadam & inaudita ratione interpretetur *l. domos, de leg. 1.* qui legis consultus non est: nec erit insuaue intelligere sententiam huius legis: testator domos quasdam hereditarias reliquit per fideicommissum, post mortem heredis præstandas. ędes viuo herede igne consumptæ sunt sine culpa eius. Deinde heres extruxit alias ædes nummis suis, non hereditariis. post mortem heredis cum extitit conditio, fideicommissarius si velit consequi ædes, quas restaurauit B heres de suo, præstare debet heredi heredis sumptus ædificationis, qui quidem sumptus æstimabuntur, vt ait lex, examinatis ætatibus ædificiorum, id est, habita ratione status, & quantitatis ædium. Nam & *ætatem* Græci Latinique sua quique lingua accipiunt pro quantitate, siue statura, quæ noua interpretatio non est, cum & veteres interpretes pro *ætatibus* maluerint legere, *quantitat. quod ætatibus* in illa significatione esset obscurius. Ille autem his verbis hoc vult exprimi, vt examinetur, quantum temporis ædes, quas heres extruxit, duraturæ sint, quod ex materia liquere possit, & inde quanti sint ædes, quas heres extruxit, quod spectari plane est superuacuum, quia nihil interest spectari quanti sint ędes, quas consequi fideicõmissariũ velit, aut quandiu duraturæ sint, id est, an breuem, an longam ętatem. C Et stultum est etiam quod ait, ædes, antequam incenderentur, si communi iudicio æstimabantur duraturæ 80. annis & æstimabantur 100. aureis, post annum 40. contingente incendio ędium, æstimari tantum 40. imo post incendium nihil æstimari, quod non est. nullius rei nulla æstimatio est, aut si restauratæ sint ab herede, non præteriti temporis, sed præsentis si id de æstimatione quæratur æstimationem fieri: & ille vult haberi rationem præteriti temporis, præteritæ æstimationis, *l. 3. §. Diui, de iur. fisc. l. 2. sup. de patr. qui fil. suos*. Sed omittamus causidicum & redeamus ad rem. Notandum ex *l. 2.* temporum supradictorum, quæ toties repetuntur tam varie, ad agendam appellationem vltimum diem, summum diem esse fatalem ad interitum causæ, si eo non sit inducta causa. Quid si summus dies feriatus fuerit ita, vt ex eo die non possit induci causa. Et hoc casu ait, eum diem, D qui præcedit, vice fatalis succedere, ac seruari. Contra vero Iustinianus in *l. vlt. h. t.* quod in vsu est vtilissimum, non vult obseruari summum diem, sed pro vno die vltimo, pro die, qui erat fatalis, qui adferebat finem causæ, & restituebat priorem sententiam suis viribus, præscribit decem dies, quinque ante illum diem vltimum, & quinque post vltimum illum diem, vt decem dies habeantur pro vno die fatali, quibus audiatur, qui venit ad causam perorandam. Postremo non omittam, quod demonstratur in *fin. l. 2.* (hoc est valde singulare) post lapsam causæ temporibus omnibus non posse induci causam appellationis, sed exequendam mox esse priorem sententiam, perinde ac si appellator ei adquieuisset: si vel inducatur causa appellationis post omnes lapsus, vt appellans repellatur opposita præscriptione, & exce- E ptione ab aduersario, si aduersarius præsens sit, vel a iudice, si absens sit: Nam, vt dixi sup. ex *l. vlt. tit. præced.* iudex supplet partes absentis, in causa appellationis supplet præscriptionem temporis, quam nemo obiicit nomine absentis. Et vt ait *l. 2. insi.* obiicienda est primo loco, id est, initio litis, quæ inducitur post lapsum temporum. Quo ex loco potest defendi, vere præscriptionem peremptoriam non opponi quocunque tempore, sed opponi fere initio litis, sicut dilatori, sed hanc tantum temporalem præscriptionem, quæ peremptoria est, non cæteras. Et quicunque statuunt, quod & verum estam generaliter, peremptoriam exceptionem quandocunque post litem contestatam opponi posse, valde perturbabuntur, si eis obiicias verba extrema huius legis.

Ad l. vltim.

Cum anterioribus legibus ex omni prouincia ad hunc nostrum sacratissimum comitatum similis cursus ad appellationes exercendas impertitus est, necessarium nobis visum est, huiusmodi spatiis iustum imponere libramentum. Sancimus itaque siquidem ab Ægyptiaco vel Lybico limite, vel Orientali tractu, vsque ad vtrasque Cilicias numerando (vel Armeniis gentibus) & omni Illyrico causa fuerit more appellationum transmissa: primum semestre spatium in antiqua definitione permanere, & nihil penitus neque diminui neque accrescere. Sin autem ex aliis nostri Imperij partibus siue Asianæ, siue Ponticæ, siue Thraciæ diœceseos lis prouocatione suspensa in hanc regiam vrbem peruenerit: pro semestri spatio trium tantummodo mensium spatium eis indulgeri, aliis trium mensium spatiis, id est, nonaginta & tribus diebus simili modo sequentibus: siue semestre tempus, siue tres priores menses secundum locorum definitionem, quam designauimus. Sed & aliis tribus mensibus, qui ex reparatione ab aula concedi solent, in suo robore duraturis & prioribus accedentibus: vt partim annale numeretur, partim nouem mensium spatium consequatur.

1. §. *Et cum antea in fine cuiuscunque temporis vnus fatalis dies ex antiquis legibus constitutus esset, & sæpe eueniebat, cum multæ sint occasiones mortales appellationum, vel ægritudine vel spatij prolixitate, vel per alias causas, quas nec dici, nec enumerari facile sit: eundem diem fatalem non obseruari, & lites expirare & huiusmodi luctuosis infœlicitatibus patrimonia hominum titubare: propter hoc fortunæ releuantes insidias, sancimus non in vnum diem fatalem standu esse in posterum, sed siue ante quartum diem fatalis luminis & ipsum fatalem, siue post quinque dies, ex quo ortus fatalis effluxerit, appellator venerit, & litem instituendam curauerit, & eam in competens iudicium deduxerit: legi videri satisfactum: nec ingemiscat mortuæ causæ dispendio, sed nostro gaudeat beneficio: cum nobis cognitum sit, etiam ex errore calculi dierum, quem officium habuit, sæpe esse causas periclitatas: quod in posterum non fieri ex remedio legis præsentis sperandum est. Eodem beneficio & in omnibus fatalibus aliis, qui vel a pedaneis iudicibus vel ab aliis dantur, quos leges suis sanctionibus ennumerauerunt, custodiendo vel obseruando: vt decem fatales dies pro vno vbique instituantur.*

2. §. *In his autem casibus, in quibus biennium constitutum est, quatenus more consultationum in regia vrbe sub communi audientia florentissimorum sacri nostri palatij procerum ventilentur: biennij metas, vnius anni termino coarctamus: vt intra eum & gesta colligere, & ea viris deuotis epistolaribus tradere & refutatorios libellos (si voluerint) offerre, & litem in sacrum nostrum consistorium introducere cogantur. Nulli licentia deneganda victrici parti, si voluerit, secundum quod iam constitutum est, etiam præmature causam inducere: neque annali spatio exspectato.*

3. §. *Si tamen in sacro nostro consistorio lis exordium ceperit, etiamsi non fuerit in eodem die completa: tamen perpetuari eam concedimus: cum iniquum sit propter occupationes Florentissimi ordinis, quas circa nostræ pietatis ministeria habere noscitur, causas hominum deperire, &c.*

Restant notanda quædam alia ex *l. vlt. hoc tit.* quæ in hac quæstione multum ponderis & momenti habent. Ac primum notandum est in §. *in his*, abrogari quod de biennio proditum est in *l. offerendis, sup. tit. prox.* vt scilicet causa, quæ more consultationum disceptanda est, ab vno vel duobus senatoribus siue proceribus sacri palatii intra biennium eis insinuetur & introducatur: Nam hic §. pro biennio præscribit annum,

intra quem acta apud eum, contra cuius sententiam appellatum est, & refutatorii libelli partium tradantur scrinio competenti, vel epistolarum, vel libellorum, vt in *l.* 3. *h. tit. & l. pracipimus, sup. tit. prox. l.* 6. §. *super his, eod. tit.* Illo loco, *ad scrinia, quorum interest transmittant*, id est, vt post interpositam appellationem literas, iudicis, & acta apud eum habita & refutatorias preces partium, & omnino quicquid causam contingit transmittant ad scrinia, vel epistolarum vel libellorum secundum distinctionem *l. pracipimus, sup. tit. prox.* id est, ad eos, qui eis scriniis dant operam, quibus competit actorum in iudicio appellationis exceptio, scriptio & editio: nam scriniarios scrinia appellamus: pro biennio inquam §. *in his* præscribit annum, vt intra eum annum etiam appellationes introducantur. Et notandum ex *l.* 3. *hoc tit.* interposita appellatione ad Principem citius mittenda esse acta prioris iudicii, & refutationes seu allegationes nouas partium, quam sit introducenda & inchoanda causa appellationis: Nam appellationem introduci satis est sub finem temporis statuti, id est, vltimo die, qui fatalis dicitur, vel quatuor diebus antecedentibus, vel quinque sequentibus, quoniam in hac *l. vlt.* §. *& cum antea*, pro vno fatali die ad interitum causæ suo tempore non introductæ, instituti sunt dies decem, quod posterior recitatio latius explicabit. Acta autem cum refutatoriis precibus partium & literis, a quo appellatum est, aut mitti debent statim post interpositam appellationem, aut circiter medium tempus, vt in *l.* 3. *hoc tit.* quam non adhibita hac distinctione male Accursius putat corrigi per §. *& cum antea.* Nos illam distinctionem, quæ Bartoli est, magis probamus, vt §. *& cum antea*, sit de inchoanda appellationis causa, sub finem temporis constituti, *l.* 3. *de actis* transmittendis in auditorium sacrum sub dimidium constituti temporis. & licet lex 3. dicat ante dimidiam partem constituti temporis, tamen iisdem verbis, *& ipsa dimidia* pars continetur: sicut cum dicimus *ante Calendas*, etiam ipsas Calendas significamus. ex die item cum dicimus, vt aliquid fiat, *in diem illum*, vt in hac quæstione, cum dicimus, *ex die acceptorum apostolorum* in quintum diem esse interponendam cautionem appellationis, his verbis continetur etiam ipse dies acceptorum apostolorum, vt apud Paulum 5. Sententiarum tit. 33. *ex die acceptarum literarum, salua dinumeratione itineri*, lego *itineri*, pro *integri, quinque dies, cum eo ipso die, quo acceperit literas computantur.* Denique cum dicimus, *vt quid fiat in quintum, aut decimum, quinque, aut decem diebus*, annumeramus ipsum diem, ex quo quid fieri iussimus, in alium diem certum, condictum & fatalem: Nam omnis dies condictus fatalis dicitur. idem est finita dies, & fatalis, quæ Græcis dicitur ἐμπρόθεσμος ἡμέρα. Notandum item ex fin. §. *in his*, eum contra quem appellatum est, cessante vel absente appellatore posse præferre diem appellationis, & causam introducere, quo iure vtimur, vt possit, sicut loquimur, *anticipare, anteferre diem appellatore* denuntiato, vt liti adsit maturius, quod etiam ait in §. *in his*, iam ante fuisse constitutum, non quidem in *l. nemo*, vt glossa notat, sed in *l. offerendis, sup. tit. prox.* illo loco, *non solum victo, sed etiam victori*: cuius sententia hæc est, vt non sit solius victi introducere appellationem, quam interposuit, sed has etiam partes suscipere vltro possit fortasse appellatore negotium nimis protrahente, & procrastinante *l. vlt. tit. seq.* quæ est coniungenda cum *d. l. offerendis*, vt monent inscriptiones, quæ geminæ sunt, atque similes. Ad hæc notandum ex §. *si tamen*, causam inductam ex appellatione in sacrum auditorium perpetuari. Quo loco *perpetuari* aliter accipitur, quam cum dicimus, *litis contestatione actionem perpetuari*: Nam *perpetuari* hic est causam quandocunque finiri posse a principe, vel ab amplissimo ordine, quandocunque otium fuerit, & permiserint occupationes publicæ. finiendis litibus iudicibus esse præscripta tempora, non

A etiam principi. Denique ad sacrum auditorium introducendæ appellationi præstituta sunt certa tempora, non etiam finiendæ & dirimendæ, quod etiam confirmat *Nou.* 23. inducta autem causa appellationis in alio auditorio finienda est intra annum, vt ostendit §. *illud etiam, hac l.* & finiri intra annum, atque induci potest μονομερῶς, id est, vna tantum parte præsente, vel ea quæ vicit, vel ea, quæ victa est: ex postulatione vnius partis, quod etiam ostendit *l.* 2. in fine illo loco, *si appellator solus litigat.* Soli litigamus ex appellatione, nec expectamus præsentiam aduersæ partis, *l. vlt. D. ad SC. Trebell.* quæ vtitur hoc verbo μονομερῶς, vt ex appellatione causa agatur & peragatur μονομερῶς. Priore autem iudicio causa non inducitur μονομερῶς, sed συςάδην, & cognitionaliter, quod est verbum frequens in constitutionibus Imperatorum, id est, cominus partibus constitutis, vt loquitur *l.* 3. *sup. de fructib. & litium expensis, & l. vlt. sup. de legib.* Cognitionaliter, id est, vtraque parte præsente, alioquin iudicium ratum non est. & si quæras cur causa appellationis inducatur μονομερῶς, etiam parte altera absente, hoc facile est expeditu, quia scilicet, prius fuit inter partes lis contestata, & inducta priori iudicio: Nam post litem contestatam priore iudicio præsente ambobus, vt loquuntur 12. *tab.* causa peragi potest μονομερῶς *l. vlt. sup. quomodo & qu. iudex, &c.* vt hæc tantum supersit differentia inter prius iudicium & iudicium appellationis; quod prius non constituatur, nisi vtraque parte præsente: posterius etiam vna parte præsente. Quod si studio aut culpa eius, qui appellauit, causa appellationis non sit finita intra annum, additur in *h.* §. *illud etiam*, appellationem euanescere, & priorem sententiam conualescere, quia fingimus, non fuisse interpositam appellationem, quæ ne finiretur intra annum per ipsum appellatorem factum est. Sed si ægritudo, vel quæ alia necessitas traxerit negotium, vt non potuerit finiri intra annum, tunc Iustinianus dat appellatori alium annum ad causam perorandam, post quem nulla est spes restaurandæ appellationis vlla ex causa. Et hæc est sententia §. *illud etiam.* Post hæc subiicitur in §. pen. tempora, quæ seruantur in appellationibus etiam seruanda esse in retractationibus, quas vocant ἀναψηλαφήσεις, id est, in sententiis præfectorum pretorio, a quibus appellari non potest, retractandis ex rescripto Principis: Nam licet ab eorum sententiis non possit appellari, tamen ex rescripto principis ad libellum, quem ea de re porrexit is, cuius interest, retractari possunt apud successorem præfecti prætorio nulli. olim erant magistratus perpetui, vt nec præfecti quidem prætorio, nec quæstores, qui nunc dicuntur Cancellarii. Et ob id dicimus, sententiam latam a præfecto prætorio retractari apud successorem eius, *l. vn. sup. de sentent. præf. prat.* vel si forte ex indulgentia Principis nondum accipiat successorem, causa retractatur, & ex integro agitur apud eundem ipsum, qui sententiam dixit, adhibito tamen quæstore Sacri Palatii, *le Chancelier*, vt in *l.* 35. *sup. tit. prox.* quæ est vna ex constit. Græcis, quæ desiderantur *in hoc tit.* Et quod hi duo pronuntiarint, nunquam poterit retractari: Nam ita ius est, vt aduersus sententiam præfecti prætorio semel princeps tantum supplicari possit per libellum, *l. si quis aduers. sup. de prec. Imper. offer. & d. l.* 35. Ideo autem apud eundem solum causa non retractatur, quia nemo est idoneus retractator suæ sententiæ, quod plerunque soleant homines ea, quæ iis placuerunt semel, præfracte defendere. Qua ratione vtitur Theodorus *l.* 6. *sup. tit. prox.* vt ab eo iudice, qui appellatus est, causa non remittatur ad priorem iudicem, a quo appellatum, quia tuebitur potius suam sententiam, quam rescindet constantiæ causa, si qua est constantia in ea re defendenda, quæ male iudicata est. Omnino, inquit ille, sententiam suam firmare conabitur, & ei firmandæ potius operam dabit, quam infirmandæ. Merito ergo ad eum non est remittenda causa, sed qui

qui appellatus est, debet omnino pronuntiare, iuste appellatum sit, nec ne. tamen Principem opinor, quod A etiam fit hodie, causam ex appellatione iterum disceptandam ad eundem iudicem remittere posse, tanquam ad alium quemlibet, qui de ea re non cognorit vnquam, id est, accipiet eum, vt quemlibet, non vt priorem iudicem: Nam is reuera interposita appellatione eius rei iudex esse desiit *l. 13. sup. tit. prox. l. 13. C. Theod. eod.* Et ita etiam *in epist. Plin. lib. 6. ad Vrsum.* ad Senatum remittitur causa retractanda, de qua Senatus ipse iudicauit. Et hinc commode licebit explicare *l. 5. sup. de dilat.* quæ satis videtur obscura. Proponitur in ea a Principe fuisse rescriptum ad appellationem, vel consultationem, id est, relationem iudicis, ad consultationem fuisse rescriptum, siue relationem iudicis rescribente Principe, quid iudex sua sententia complecti B debeat. Ad appellationem autem proponitur non iudicasse Principem, sed rescripsisse, puta delegato speciali iudice, qui de appellatione cognosceret, vt in *l. 2. tit. seq.* vel etiam ad priorem iudicem remissa causa iterum disceptanda, iterum & diligentius excutienda. Iis autem casibus, quoties Princeps non iudicat, qua de re aditus est, sed rescribit ad appellationem partium, vel relationem iudicum, partibus nulla est danda postea dilatio ad instruendam causam. Et hoc vult *l. 5.* hac ratione, quia nulla causa ad Principem perfertur, nisi bene instructa & perfecta *l. 1 sup. de relat. l. 15. sup. tit. prox.* vt frustra sit dilationem dare partibus, huic vel illi ad instruendam causam, quæ satis instructa est, nisi in medium adducantur nouæ adsertiones, quæ instructione indigeant: Nec enim *l. 5.* tollit nouas allegationes, adsertiones, probationes, noua instrumenta, quorum exhibendorum gratia dilationem dari & concedi necesse C est. Cæterum si nihil noui sit, postquam aditus est Princeps, nulla huic, vel illi parti danda dilatio est, quia impleta est instructio causæ. Eademque ratione in iudiciis cognitionum Principis, cum ipsemet Princeps in iudicio præsidet, nulla tribuitur dilatio, quia imparati non veniunt ad Principem, aut qui volunt venire ad sacrum auditorium, parati debent venire vt dandæ dilationi nullus locus supersit. Quod etiam Græci notant *in Basil. ad d. l. 5. quia* inquiunt, *parati debeunt, ingredi sacrum auditorium, qui rem a principe dirimi volunt.* Denique nullum dilationi dandæ locum relinquunt qui veniunt parati, & omni ex parte instructa causa. Postremo ex *l. vlt.* notandum est, a sententia iudicis non licere appellare, si inter partes conuenerit, ne liceret. Videtur D ergo conuentio priuatorum abolere auxilium appellationis, quod receptum est iure publico. Et ait tamen in fine huius legis, *legum austeritatem*, legendum, *auctoritatem*, vt in *l. vlt. de suis & leg. priuatorum conuentionem legum auctoritate non censeri*, id est, non plus posse auctoritate legum. Et tamen hoc casu volumus, pactis litigantium legum auctoritatem mitigari, ne liceat appellare. Et ratio est, quia videtur magis appellatio inuenta iureque publico permissa in vtilitatem, & auxilium litigantium, *l. 11. in fi. C. Theod. de appellat.* Et vnusquisque potest priuilegio suo renuntiare. Qua ratione etiam licet interpositam appellationem reuocare E per libellos *l. si quis sup. tit. prox.* Imo vero si quis ante sententiam nulla cum aduersario habita conuentione, hac de re profiteatur in iudicio, se ab eo, quod iudex statuerit, non appellaturum, perdit auxilium appellandi, sola pollicitatio acquiescendi sententiæ iudicis adimit auxilium appellationis, *l. 1. §. si quis D. a quibus appellare non licet.*

AD TITVLVM LXIV.

Quando prouocare non est necesse.

NOn repetuntur in hoc tit. causæ, ex quibus ante dixit obiter, ad rescindendam sententiam opus non esse appellatione, vt puta si sententia non sit partibus recitata ex scripto *l. 1. & 3. sup. de sentent. ex peric. recitand.* vel si sententia prolata sit ab incompetenti iudice *l. 2. sup. si a non competenti iudic.* Sed in hoc titulo adduntur pleræque aliæ causæ, quibus appellandi necessitas remittitur, vt si iudex palam pronuntiauerit contra ius constitutum atque receptum. Exempli gratia, si pronuntiauerit, testamentum factum ab impubere, id est, minore quatuordecim annis, iustum esse *l. 2. hoc tit.* Si venalis sententia fuerit, si pecunia redempta *l. 7. hoc tit.* Si iudex datus iudicauerit alio die, quam quo iudicare iussus est *l. 6. hoc tit.* Si præses prouinciæ maiorem mulctam irrogauerit quam ex lege liceat *l. 5. hoc tit.* alioquin a mulcta, quæ non excedit modum legitimum, necesse est prouocare, si eam inferre nolumus *l. & in mulctis, sup. de appellat. l. si qua pœna, de verb. signif.* Item necessaria non est appellatio, si minor ætate vocetur ad decurionatum, qui per ætatem ei honori administrando sufficere non potest *l. 8. hoc tit.* In qua illo loco, *ad eundem decurionatus honorem*, ex castioribus libris est reponendum, *ad obeundum*. Item non est necessaria appellatio si veteranus honeste dimissus, non cum ignominia emeritis stipendiis vicenis, vocetur ad honores, vel munera personalia, non habet necesse appellare a nominatione, quia ipso iure munitus est *l. 9. hoc tit.* Desidero vt meritus sit vicena stipendia *l. vlt. inf. de his qui non implet. stip. lib. 10. l. 1 sup. de excusationibus veteranorum.* Et ita recte Suidas veteranum definit esse eum, qui militia solutus est; addit, ἐπὶ εἰκοσαετίαν δ' οὗτοι ἐδούλευον. *Hi autem veterani*, inquit, *sunt, qui 20. annos fecerunt in militia.* Idque esse ex instituto Tiberii docet Dio 57. *Non prius eis*, inquit, *missionem dedit, qui stipendia meruissent extra Italiam, quam expleuissent 20. annos.* Et Cornelius Tacitus in primo annali sub finem: *Edixit impares oneribus publicis, qui vicesimo militiæ anno veterani dimitterentur.* Et vt idem declarat: *Ideo edixit, ne veterani dimitterentur ante 20. annum, vt vicennio militia fungerentur*, quod milites exorta seditione a Germanico extorsissent vt dimitterentur 16. anno, vel exauctorarentur, vt idem retulit eodem libro: sed Tiberius edixit, non posse subire Reipublicæ onera, nisi explessent 20. annos, impares esse oneribus publicis, si dimitterentur 16. anno. Nec existimandum est, quod plerisque videtur, *l. 2. §. ignominia, D. de his qui notant. inf.* idem esse missos, & exauctoratos, quod eodem libro perspicue idem Tacitus ostendit: *Volutatis inter se rationibus placitum, vt epistolæ nomine Principis scriberentur*, id est, pingerentur. *missionem dari vicena stipendia meritis, exauctorari vero, qui sena dena fecissent, & retineri sub vexillo ceterorum immunes nisi propulsandi hostis.* Est ergo differentia inter missos & exauctoratos, quia missi sunt emeriti, & ferunt præmia emerita. Nam non dimittebantur sine munere imperatoris, qui expleuerant iustum militiæ tempus, emeriti ferebant præmia emerita, quæ vocantur a Suetonio *commoda missionum.* Basil. vocant in tit. de re militari, συνήθειας, id est, *consuetudines*, quo nomine in iure significantur præmia omnia, & commoda solemnia. Exauctorati autem non ferebant præmia emerita, nec priuilegiis veteranorum vtebantur. Et præterea, *vt idem ostendit illo loco*, non prorsus abscedebant militia, sed retinebantur sub vexillo cæterorum immunes ab onere militiæ, præterquam propulsandi hostis. Et hoc notari ad *l. 5.* necesse erat propter mentionem vicenorum

stipendiorum. Addamus superioribus etiam non esse necessariam appellationem, si duobus datis iudicibus vnus tantum iudicauerit absente altero, *l. 4. hoc tit.* vbi ponit magistratus iudices datos, & in iure cum dicimus magistratus simpliciter, non intelligimus magistratus populi Romani, aut prouinciales, sed municipales, vt in tit. *de magistrat. conuen.* & locis innumeris, qui proprio nomine & vbique a Græcis vocantur στρατηγοί, id est, municipales, qui plerumque erant duo tantum instar consulum vrbis, & ob id dicuntur duumuiri. & id eo in *l. 4. cum magistratus datos iudices*, id est, duumuiros, & *ex his vnum iudicasse proponas non vtrumque, non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat.* Item non est necessaria appellatio, si quis nominetur ad duumuiratum, qui ante nominatus ad decurionatum appellauit *l. 3. hoc tit.* quia prius constare debet, an sit decurio, quam fiat duumuir: Sumebantur enim duumuiri ex decurionibus, non ex plebeiis. Et inde *l. pen. D. qui pet. t. tut. &c. decreto decurionum & ipsum magistratum curatorem dari posse*, id est, duumuirum, qui est ex ordine eodem. Et ex hac *l. 3.* potest commodissime aptari exemplum ad *l. per minorem, D. de iudiciis:* quæ vetat per minorem quæstionem maiori fieri præiudicium, vt *h. lex 3.* ait, per hanc quæstionem nouam an iure nominatus sit ad decurionatum, qui erat annuus tantum, is scilicet qui ante nominatus fuerat ad decurionatum, & appellauerat a nominatione: per quæstionem inquam de duumuiratu non debere fieri præiudicium futuræ quæstioni de decurionatu, quæ longe est minor, quia decuriones perpetuo obnoxii erant oneribus Reipublicæ Duumuiratus erat annuus. Item, non est necessaria appellatio, si is secundum quem lis data est, si is, qui vicit, queratur, quod expensarum litis, aut detrimentorum nulla, vel minor a iudice habita sit ratio, scilicet, si aduersarius appellauerit a sententia, qua superatus est: quia quod queritur etiam victor, expensarum nullam, aut modicam habitam esse rationem, id etiam si ipse non appellet, sed solus aduersarius potest corrigi a iudice, ad quem appellatum est. Item si aduersarius appellauit, & tardius inducat appellationis causam, non ideo victor habet necesse appellare, vt sibi liceat anteferre diem appellationis, quoniam suo iure hoc facere potest citra auxilium appellationis: & hæc est sententia *l. vlt. h. tit.* Non repetitur, vt initio dixi, in hoc tit. vlla causa ex iis, quæ relatæ sunt super. tit. quibus appellatio frustra interponatur, scilicet, nisi vna, de qua in *l. 1. sup. sentent. rescind. non posse*, si sententia sit contraria priori sententiæ, a qua prouocatum non est, *l. 1. hoc tit.* Et generaliter breuisque definitio totius tituli hæc est: in sententiis, quæ ipso iure rescinduntur, non esse necessariam appellationem.

AD TITVLVM LXV.

Quorum appellationes non recipiuntur.

IN superiori tit. damnatur, seu reprobatur superstitiosa, superflua, superuacua appellatio, sic vocatur in *l. 6. & vlt. sup. tit. prox.* In hoc titulo autem reprobatur appellatio moratoria, frustratoria, importuna, quæ mala fide interponitur trahendi negotii causa, & quæ, vt eleganter est scriptum in *l. 1. C. Theod. eod.* ludificatio potius est, quam appellatio, & importuna dicitur *l. 6. hoc tit.* illo loco, *importune appellauerit*, & in *l. 7. C. Theod. eod.* illo loco, *importunitates arripere:* præterea appellationem superstitiosam, & superuacuam recipere verecundiæ est, *l. 42. C. Theod. de appellat. probamus*, inquit, *verecundiam iudicantis, si superfluam quoque recipiat prouocationem*, vt in casibus tit. superioris. Et Symmachus in Epistolis: *Verecundia potius*, inquit, *quam iure suscepit prouocationem non extante sententia, iusta scilicet.* Appellationem autem frustratoriam & moratoriam recipere, ignauiæ est *l. 6. hoc tit.* Illo loco, *iudex, qui tam ignauam conniuentiam adhibuerit*, id est, qui admiserit moratoriam appellationem. Et moratoria appellatio est in casibus, qui proponuntur in *hoc tit.* si absens ex contumacia damnatus appellet, quia vitio suo litem amisit, aut vt amittat æquissimum est, quia morari tantum videtur appellans post condemnationem, qui priori iudicio adesse noluit, sæpius euocatus. Et hoc certum est, *damnatum ex contumacia iure non appellare, & appellationem eius admittendam non esse*, sed aut statim exsequendam esse sententiam *l. 1. hoc tit.* Et hoc iure vtimur, *l. & post §. vlt. D. de iudiciis, l. ex consensu §. vlt. D. de appellat. l. properandum §. cum autem sup. de iudiciis.* Item si conuictus voce aliena, & voce propria confessus de crimine, appellauerit: Nam perspicuum est hunc tantum appellare vitæ protrahendæ causa. Igitur & hæc appellatio recipienda non est. confessi nec conuicti, vel conuicti nec confessi appellatio recipienda est; at confessi & conuicti nullomodo recipienda est *l. 2. hoc tit. l. quoniam, infra ad l. Iuliam de vi publ.* Et quod ait in *l. 2. Itemque eorum, qui manifestam violentiam commiserunt, argumentis conuictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans.* Hic versus sumptus est, ex *l. 1. C. Theod. ad leg. Iul. de vi publ.* eaque verba, simulac *l. 2. & 3. eiusdem tit.* bellissime interpretatur *l. 14. C. Theod. quorumn. appellat. non recip.* Præterea si apparitor, si officialis in causa criminali appellauerit a proprio iudice, cui paret, non est recipienda appellatio, quam nec posset exercere per alium, & per se non sine rubore aduersus sententiam proprii iudicis, in cuius officio est: Nam constat causam criminalem agi non posse per procuratorem, ne ex appellatione quidem *l. 1. D. an per alium causa appellation. l. pen. D. de public. iudic.* At in ciuili negotio, siue pecuniario, quod per procuratorem apparitor exsequi potest, recipietur appellatio, etiam si appellauerit a proprio iudice. Et hæc est sententia leg. 3. Item si debitor cuiuscunque priuatus, vel publicus, vel fiscalis, quia manifesto conuictus est & damnatus, appellauerit, non admittetur, sed statim post tempora iudicati iudicato satisfacere compellitur *l. 4. & vlt. hoc tit.* Item si quis prohibeat aperiri tabulas testamenti, postulantibus eis, quorum interest, vel si prohibeat heredem in iis tabulis scriptum, mitti in possessionem hereditatis ex edicto D. Hadriani, vel hodie ex edicto Iustiniani, & iubente iudice aperiri tabulas, aut heredem scriptum mitti in possessionem bonorum, si ipse appellauerit, non est recipienda appellatio. Quia de iure non ambigit, qui appellat mala mente. Et hæc est sententia *l. vlt. de appellat. recipiend. & l. 6. hoc tit.* Ac postremo notandum est etiam, ex *l. 5. & penult.* non recipiendam esse appellationem, quæ interponitur ab exsecutione sententiæ. A sententia debemus appellare, non ab exsecutione, a iudice, non ab exsecutore, nisi exsecutor excedat modum sententiæ, vt si quid superexigat, superpellat, vt ait *l. 5. & l. 18. C. Theod. eod. tit.* Exsecutore excedente modum sententiæ interposita appellatione suspenditur exsecutio iudicati. Et hoc casu, si lis fuerit de re mobili, res mobilis est interim sequestro deponenda apud honestum virum & idoneum, fide & facultatibus pollentem, vel si lis fuerit de re immobili, fructus percepti tempore appellationis, vel post appellationem, interim dum agitatur appellationis causa, sunt sequestro deponendi, quæ est sententia *l. 5.* Et secundum eam Symmachus in epistolis, *Interea*, inquit, *constitutionis memor, sequestrari immobilia fructusque præcepi, &c.* Neque mirum videri debet, si fiat sequestratio post appellationem interpositam ab exsecutione, cum & appellatione interposita a sententia ex causa fiat sequestratio fructuum, si metus sit, ne

aduersarius eos depopuletur, vt in *l. Imperatores §. vlt. D. de appellat.* Et additur etiam in *l.* 5. non esse recipiendam appellationem ab articulo, id est, vt Basilica recte interpretantur, κατὰ διαλαλιάς, id est, *ab interlocutione, quod etiam definit l. pen.* Et ita *articulus etiam* accipitur in *l.* 13. *& 23. Cod. Theod. eod. tit.* appellatio ab articulo causæ non recipitur, puta, quod deneget iudex dilationem instrumentorum causa, quod non det locum ad agendum, quod non admittat exceptionem aliquam. ob id non est recipienda appellatio ab omni causa. Ab articulo causæ non licet appellare, ab exsecutione appellatur sero, ab articulo appellatur præpropere, quia post cognitionem totius causæ interposita appellatione, omnes articuli excutientur, & si res ferat, corrigentur. Denique ab articulo causæ appellatio reprobatur, quasi præpropera, ab exsecutione quasi sera. Et hæc est summa huius tituli, cui addi velim, iure ciuili ab articulo causæ, siue ab interlocutione interpositam appellationem, non esse recipiendam. quod si vitium interloc. insit aliquod, facile corrigi possit post decisionem totius litis interposita appellatione. Quæ constitutio iuris ciuilis æquissima est, & ab ea excipiuntur pauci admodum casus *l. 2. de appellation. rec.* At iure canonico a quacunque interlocutione appellare licet, quæ modo ei, qui appellat damno, vel oneri esse videatur, *capit. super eo, de appellat. canon. non ita 2. q. 6.* Et hoc iure vtimur, quia iudices facile amplectuntur omnia quibus litium modus excrescit, aut quibus litium vita proceditur: quæ causa etiam efficit, vt conuentionem factam inter partes, ne post latam sententiam appelletur, quæ iusta esse censetur *l. vlt. §. vlt. sup. de temp. appellat.* hodie iudices tamen vix, ac ne vix quidem admittant.

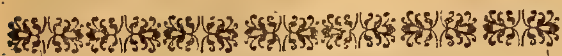
AD TITVLVM LXVI.

Si pendente appellatione mors interuenerit.

Lex penultima hoc tit. ait, in numero cognitionum pendente appellatione, id est, nondum re iudicata ex appellatione, quomodo etiam ipsi *rei pendere* dicuntur, qui nondum discrimine liberati sunt. Et notandum, quod ait *l. pen.* appellationem pendentem in numero cognitionum suo ordine peragendam esse, vt quæ prior inducta est in iudicium, prior dirimatur, atque ita seruetur ordo inductarum appellationum, quod & hodie obseruatur suo ordine, *selon le rolle*, atque ita ordo seruetur. Mors autem eius, qui appellauit, vel eius, contra quem appellatum est, vel mors hominis, de cuius proprietate lis est (nā de horū omniū morte est hic tit.) Ac primū mortuo homine, puta seruo, aut ancilla, de cuius proprietate lis est, siue pendente priori iudicio siue pendēte appell. lis etiā omnis non penitus moritur: hoc n. post mortem petiti hominis adhuc disceptandum superest, ad quem pertineat periculum mortui, Et hoc vult *l. pen. h. tit.* Item ad quem pertineat partus mortuæ forte ancillæ exciso vtero, vel an committatur stipulatio de euictione aduersus venditorem hominis, *l. vtique, de rei vind.* Mortua igitur re, de qua agitur, lis etiam, quæ de ea instituta est, non moritur, sed durat propter peculium, propter fructus & partum, & propter causam euictionis. Mortuo autem eo, qui appellauit a nominatione ad decurionatum, vel ad munus publicum, proculdubio lis omnino extinguitur *l. 4. h. t.* Mortuo eo, qui appellauit a sent. in negotio ciuili, lis non moritur, sed trāsfertur hered. eius: perinde ac si pendente priore iudicio mortuus fuisset, & heres eius, vel prouocationis solēnia implere & exsequi debet, vel priori iudicato satisfacere, *l. 1. hoc t.* In negotio autem criminali, si pendente appellatione moriatur, qui appellauit, ita distinguimus: aut priori sententia, contra quam appellauit ex causa criminis admissi bona

A eius expressim, & specialiter publicata sunt, & confiscata, aut tacite. Si specialiter, morte eius interueniente pendente appellatione, crimen quidem extinguitur, id est, causa capitis, sed quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur: at si bona eius tacite sint publicata, vt si deportatus sit in insulam nullo alio adiecto: (Nam deportationis ipsum nomen per se est publicatio omnium bonorum, *l. vlt. §. vlt. J. de sentent. pass.* Omni deportationi semper tacite inest publicatio omnium bonorum.) Et ita, si tacite bona eius publicata sint, morte eius, non tantum crimen, sed etiam bonorum tacite publicatorum quæstio extinguitur: Ideoque bona eius ad successores transmittunt, nec vindicari a fisco possunt. Atque ita in multis partibus iuris multum interest exprimatur aliquid, an tacite intelligatur:
B Nam vno ex iis perempto, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod æque expressum est. At perempto expresso, perimitur etiam quod tacite ei infuit, *l. 3. in fin. D. de seruit. rust. præd.* Et hæc distinctio proponitur in *l. 3. hoc tit.* quæ est summe notanda, & confirmatur *l. 1. D. eod. tit. & l. vlt. J. si reus vel accus. mort. l. in ratione 1. §. cum quidam, D. ad leg. Falcid.* Vnde concludamus, & crimen morte rei perimi, & quæstionem bonorum tacite publicatorum. Sed addamus, non etiam perimi quæstionem & repetitionem bonorum scelere acquisitorum, quorum integra semper repetitio est iis, quorum interest ab heredibus defuncti in reatu, *l. si quis eum, l. cum falsi, D. ad leg. Cornel. de fals. l. Lucius, de iure fisci.* Ex eo, quod dixi, sequitur, mortuo reo repetundarum, vel residuorum, vel pecu-
C latus, pecuniarum scelere quæsitarum aut retentarum repetitionem non perimi, *l. vlt. ad l. Iul. pec.* Et similiter mortua rea adulterii non perimi quæstionem dotis, *l. vlt. J. ad l. Iul. de adult.* Mortua rea suppositi partus non perimi quæstionem hereditatis, *l. 2. ff. de Carbon. edic.* & hoc est certissimum. Sed in hoc proposito non est omittendum, quod habetur in *l. 2. hoc tit.* In capitalibus causis nemo absens damnatur, ne ex contumacia quidem, sed a iudice inter reos adnotatur & adscribitur requirendus, iis fere verbis relatis in commentarium iudicis: *L. Titium, cuius cæde C. Sei. occisus esse dicitur, requiri & persequi placet.* Et bona eius obsignātur sigillo publico, vt *l. vlt. J. de reg. iuris, l. vlt. ff. eod. tit.* Solius est iudicis, fisci nomine aliena bona obsignare *l. 3. J. de bon. vacant. l. 10. & l. 2. J. de aquæductu, lib. 11.* Adno-
D tatio illa non est condemnatio. Obsignatio illa bonorum non est publicatio: sed si reus non venerit intra annum, ex quo fuit adnotatus, si non purgauerit innocentiam suam intra annum, post annum bona eius publicantur & rediguntur in fiscum. Obsignatio igitur non fuit publicatio. Adnotatio non fuit condemnatio. Et tamen ab illa adnotatione, & obsignatione, *lex 2.* significat appellare licere: sed siue ab ea appellauerit reus, siue non, & interim peregre moriatur, nulla superest quæstio bonorum, si intra annum moriatur, quia nondum erant bona publicata: & hoc vult lex 2. *hoc tit.* & lex 1. *§. vlt. ff. de requir. reis.* Ad hæc notandum est ex *l. vlt. hoc tit.* mortuo vno ex litigatoribus pendente appellatione, vel eo, qui appellauit, vel eo, contra quem
E appellatum est, pendente appellatione, ad eam exsequendam vel inducendam heredibus eius dari, non reliquum duntaxat temporis, quod defuncto superfuit, sed hoc amplius menses 4. post deliberationem adita hereditate, vt habeat heres iustum spatium explorandi sibi incogniti negotii. Et hi numerantur non a morte litigatoris, sed ex quo finitum erit tempus heredidatum deliberandi causa, de adeunda, vel repudianda hereditate. Et ita est omnino accipienda *lex vlt.* Alioquin obstaret vehementer lex *cum antiquioribus, sup. de iure delib.* quæ mortuo herede intra annum, qui solet dari heredi ad deliberandum a principe, *l. vlt. eod. tit.* heredi heredis dat ad peragendam deliberationem, residuum

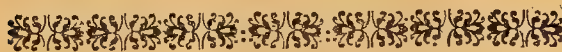
duntaxat temporis, quod heredi defuncto superfuit. Lex *cum antiquioribus* non loquitur de peragenda appellatione, ad quam vltra residuum tempus nouo heredi indulgentur quatuor menses numerandi ex die finitæ deliberationis: Sed loquitur de peragenda deliberatione & consultatione adeundæ, vel repudiandæ hereditatis. Sunt igitur diuersæ species, & diuersa iura. Heredi non merito prorogantur tempora ad peragendam appellationem. Heredi heredis nouo non prorogantur tempora ad deliberandum, sed quod reliquum fuit defuncto temporis, id solum ei relinquitur. litis est incertior exitus, quam hereditatis delatæ. Ideo ad litem peragendam latiora tempora dantur, quam ad deliberandum de adeunda vel non adeunda hereditate.



AD TITVLVM LXVII.

De his qui propter metum indic. non appellarunt.

Sententia huius tituli hæc est, etiam eum, qui per metum iudicis, timens offensam iudicis, non appellauit intra constituta legibus tempora, iudicatum facere compelli, quia hic metus non est iustus. At si propter violentiam iudicis non appellet, vel voce, vel dato libello appellatorio, ne rei suæ damnum faciat, satis erit, si intra constituta tempora appellationem interponendæ publice contestetur, se violentia iudicis impediri, aut terrore nimio, comminatione iudicis & concussione ne appellet. Hæc contestatio pro appellatione erit. Sed in ea proponenda publice eadem tempora sunt obseruanda quæ in appellatione interponenda. Et hæc est sententia huius tituli, & legis, *cum quidam, D. de appellat.*



AD TITVLVM LXVIII.

Si vnus ex pluribus appellauerit.

Si plures sint condemnati vna sententia, iam intelleximus *in tit.* 55. periculum sententiæ inter eos diuidi pro virilibus portionibus. At si pluribus condemnatis quidam appellauerit, quidam non, & vicerit, qui appellauerit, victoria erit communis omnium, id est, victoria eius qui appellauit, prodest ei, qui non appellauit, si modo fuerit vna, eademque causa defensionis, non si diuersæ *l. si quis separatim, ff. de appellat.* Nec obstat *l. Seio, eod.* quæ dicit, *eos tantum reddere causa appellationis, qui appellauerint, cum plures condemnati sunt:* nec enim ideo negat communem esse victoriam. Aliud tamen *l. 2. huius tit.* docet esse in restitutione in integrum: Nam si vnus ex condemnatis fuerit restitutus in integrum, post rem iudicatam, puta beneficio ætatis, proprium est beneficium restitutionis in integrum, quod non communicatur collegæ maiori 25. annis. Atque ita *lex 2. huius tit.* facit differentiam inter appellationem, & restitutionem in integrum.



AD TITVLVM LXIX.

Si de momentaria possessione fuerit appellatum.

In hoc tit. *momentaria possessio* est, quæ ex edicto prætoris celeriter, & sine vlla cunctatione reformanda & restituenda est: qua de causa & omne interdictum, quod de possessione est, dicitur momentum, & celeris reformatio in *l. si coloni, j. de agric. & censitis, lib. 11. l. 4. C. Th. vnde vi. l. 5. C. Theod. de denunt. l. 1. C. Th. de inquil. & colon.* Nec refert, quo interdicto de possessione agatur, an restitutio veluti *vnde vi*, quo nemo ambigit possessionem vi deiecto confestim esse restituendam, quæstione dilata proprietatis, quæ *secunda actio* dicitur in *l. vlt. inf. quor. bonor.* Prima actio est de possessione spoliato restituenda, in qua sola ex vsu hodie consistit momenti beneficium, quia quam citissime fieri potest, spoliatus restituitur, atque ita momento res expeditur: In ceteris interdictis, quæ sunt de possessione, vel quasi ex iure, ciuili tamen, vt cœpi dicere, nihil refert, quo interdicto agatur, restitutorio, veluti vnde vi, aut quorum bonorum *l. 22. C. Theod. quor. appell. non recip.* an interdicto exhibitorio, veluti de tabulis exhibendis, quod etiam momentum appellat Anianus in *tit. victum ciuil. & criminal. ag. pos. lib. 9. C. Th.* Quod & huius interdicti causa momento & ocissime expediri debeant: an etiam interdicto prohibitorio, veluti, vti possidetis, vel vtrubi, *vt in d. l. si coloni inf. de agric. & censit.* quæ in C. Th. ponitur *sub tit. vtrubi*, Vt ex eo liquido appareat, eam legem pertinere ad interdictum vtrubi, quod illa lex vocat *celerem reformationem.* Nihil igitur refert, agatur interdicto recuperandæ, retinendæ, vel adipiscendæ possessionis: Nam ex iis interdictis, quæ retuli ante, alia sunt recuperandæ, vt vnde vi, alia adipiscendæ, vt quorum bonorum, alia retinendæ, vt vti possidetis, quæ tamen omnia *momenti* beneficia appellantur, vt merito possis statuere, omnem causam possessionis momento expediendam esse, vt mox veniatur ad secundam actionem, quæ est de dominio. Denique omne interdictum, quod est de possessione, omnis ratio per interdictum prætoris repetendæ, reformandæ, tuendæ possessionis, *momentum* dicitur, quod eius rei definitio celeritatem desideret, momenti actio, momenti beneficium, momenti causa in *cap. 1. extr. de causa propriet. & possess. & rectissime in l. momentariæ, inf. vnde vi.* Interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim, id est, non solum interdictum vnde vi esse momentariæ possessionis, sed omne interdictum, etiamsi de possessione vi erepta non agatur. Denique omnem possessionem quoquo modo perturbatam, aut inquietatam ocissime restituendam esse momenti, siue interdicti beneficio, *l. 1. j. si per vim vel alio mo.* Adeo autem in causa possessionis celeritas exigitur, celerisue reformatio, vt a sententia iudicis, qui de possessione reformanda pronuntiauit, si appelletur, non sit appellatio recipienda: quæ est sententia constitutionis huius tituli. Et addenda ratio est ex *l. 22. C. Theod. quorum appellat. non recip.* ne quod beneficio celeritatis inuentum est, subducatur iniuriis tarditatis. Ideo in interdicto de possessione cessare licentiam prouocandi: Et ita Symmachus in Epist. *In causis*, inquit, *quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet.* At recte tamen Accursius concludit *in hac l.* minorem 25. annis posse restitui in integrum aduersus momenti beneficium, ne faciat damnum possessionis, quæ multa habet commoda, si probetur captus fuisse in ea re exequenda, quod habet summam rationem. Vnde recte dices, hac in re differentiam esse inter restitutionem in integrum, & appellationem, vt aduersus momenti beneficium, quod iudex dedit aduersario, non appellemus; restituatur tamen in integrum beneficio ætatis, & supra aliam notauimus differentiam inter appellationem, & restitutionem integrum ex *l. 2. sup. tit. prox.* & potest notari alia ex *l. præfecti, ff. de minoribus, & alia ex l. præses, ff. eodem.*

AD



AD TITVLVM LXX.

Ne liceat in vna eademque causa tertio prouocare, vel post duas sententias iudicum, quas definitio praefectorum pratorio roborauerit retractare.

OLim in vna eademq; causa licebat tantû semel appellare; non *iterum*, id est, geminato iudicio superatus non poterat appellare, vt qui a duumuiro appellarat ad præsidem prouinciæ, non poterat a præside prouinciæ appellare *l. 1. C. Th. de possess. ab eo qui bis prouoca. transf.* Et ita in edicto Alarici Italiæ Regis apud Cassiodorum lib. 9. *appellari*, inquit, *a subiecto iudicibus ordinariis in vna causa secundo non patimur, ne, quod ad remedium repertum est innocentis, auxilium quodammodo videatur esse criminosis; si quis vero vetita iterare tentauerit, negotio priuatus abscedat.* Hodie autem ex Constitutione Iustiniani posita sub hoc titulo, secundo appellare licet, non etiam tertio, id est, bino, non etiam trino iudicio superatus appellare potest: vt si a duumuiro appellarit ad præsidem prouinciæ, possit a præside appellare ad præfectum vrbi, non a præfecto vrbi, sed vt additur in *hac l.* si præfectus, ad quem iterum appellauit, dederit specialem iudicem, qui de ea appellatione cognosceret, licet a sententia eius iudicis non possit appellare, quia non licet tertio appellare, tamen ante litem contestatam, *vt exigit l. vlt. sup. de sent. & interloc.* potest eum iudicem recusare inuocato præfecto vrbi, qui eum dedit: Nam vt a iudice dato appellamus ad eum, qui eum dedit, *l. 1. ff. quis a quo appell.* Ita iudicis dati recusationem recte facimus, quod maxime notandum, non apud ipsum iudicem datum, sed apud eum, qui dedit. Ceterum hæc recusatio longe distat ab appellatione. Recusatio pro appellatione non cedit, alioquin in hac specie non valeret. Et ita sunt accipienda postrema verba huius legis, quæ satis erant obscura, quod metaphrasis Basilicon ostendit his verbis, ἐὰν δέ τις τὸν δοθέντα δικαστὴν παραιτήσηται, καὶ ἐπικαλέσηται τὸν δεδωκότα αὐτὸν, οὐ συναριθμεῖται τοῦτο εἰς ἔκκλητον, id est, *si quis iudicem datum recusauerit, & eum qui dedit appellauerit, hoc non connumeratur appellationi.* Denique recusatio pro appellatione non cedit. at vt hæc lex ostendit, retractatio a sententia præfecti prætorio, a quo non est appellatio est ad præsidem prouinciæ, & ab eo ad præfectum prætorio, iam non possum retractare, quod præfectus prætorio iudicauit, oblato libello principi, alioquin viderer tertium appellare.



AD TITVLVM LXXI.

Qui bonis cedere possunt.

PErtinet hic titulus ad executionem rerum iudicatarum, siue ex priore iudicio, siue ex appellatione iudicatæ sint: Nam exsecutio rei iudicatæ ex causa pecuniæ debitæ tribus modis fit. Primum captis & distractis pignoribus, quod fit extra ordinem iussu magistratus, non ex legibus, vel edicto certo, vt ostendi *sup. tit. 53.* & probat *l. si pignora, ff. de euict.* Neque vero ita pignus prætorium constituitur, ne fallamur, sed pignus illud, quod capitur in causam iudicati, vicem obtinet conuenti pignoris, vicem iustæ obligationis, iussus iudicis pro conuentione, *l. 1. §. si in causa iud. pign. cap.* Et hoc quidem si iudicatus præsto sit, vel defendatur. At si latitet, & non defendatur, alio modo fit executio iudicati, nempe ex edicto prætoris eo, qui vicit, iudicati seruandi causa misso in possessionem omnium bonorum eius, qui iudicatus est, *l. 2. & 3. inf qui potior. in pign. hab.* Et hoc genere pignus prętorium constituitur, quia scilicet hoc proficiscitur ex edicto prætoris. Et ita in iure pignus prętorium semper accipi oportet, vt in tit. *de prætor. pign. §. l. misso, ff. pro empt. & alibi.* Et eam possessionem postea sequitur proscriptio & distractio bonorum debitoris, siue iudicati, quæ fit sub hasta, & irrogat infamiam ei, cuius nomine fit, cum bonis eius & fama quoque disperit, quasi decoctoris, *l. paterfamilias, de bonis auctor. iudic. possid. §. 1. Instit. quibus ex cau. manumit. non lic.* & Theophilus noster eod. tit. id est, ordo exequendi iudicati, est proximus ordini 12. Quamobrem & proscriptio illa, distractioque bonorum debitoris, quæ fit ex edicto, vsurpato nomine ex 12. tabulis appellatur *sectio*, ac si, vt in 12. tab. secaretur corpus debitoris in partes. secantur tantum bona ex edicto, & fama debitoris laborat. Et præterea, hæc proscriptio debitoris morti comparatur, *l. actione §. 1. ff. pro soc.* Lex 12. tabularum voluit decoctoris sanguinem effundi: At prætor maluit sanguinem suffundi quam effundi, id est, irrogare infamiam, iniicere pudorem publice distractis bonis sub voce præconis. Et ita Tertullianus, suffundere sanguinem hominis malunt, quam effundere in Apologetico. Et D. Hieronymus, *non idem est suffundi & torqueri*, quod deinde sic interpretatur *erubescere, & longo tempore cruciari.* Quod si forte iudicatus nihil aut parum habuerit in bonis, vt neque primo, neque secundo modo iudicatum exequi possit, tunc alio modo fit executio, quod etiam est ex duodecim tabulis, puta iudicato detruso in carcerem, licet non huic rei, vt hodie fit in contrahendo, se nominatim obstrinxerit. Prima ratio implendi iudicati est extraordinaria. Secunda est ordinaria, nempe ex edicto prætoris, & ad imitationem ll. 12. tabul. Tertia quoque est ordinaria, id est, ex duodecim tabulis, ex quibus decoctor in vincula, in neruum, in compedes ducebatur, qui iudicatum non faciebat. Carcer quidem non irrogat infamiam *l. 1. sup. ex quib. caus. infam. irrog.* sed infert iniuriam quodammodo *l. 7. hoc tit.* proscriptio, & distractio bonorum infert infamiam. Captio pignorum, nec est infamia, nec iniuria. Si quis igitur velit euitare carceris iniuriam, vel infamiam proscriptionis bonorum, lege Iulia ei consulitur in hoc titulo, vt omnibus creditoribus suis, cedat bonis suis, non vt ea sibi habeant, sed vt ea vendant, & pretium inter se partiantur, *l. 4. hoc tit.* non vt ea ipsa bona inter se diuidant & partiantur, & habeant iure dominii, quæ debitor eis in solutum non dedit, sed cessit tantum. Quod confirmat Theodorus optima ratione, ἵνα μὴ τοιαύτην σχόντες ἄδειαν, τὰ ἄξια πολλοῦ κατὰ συμπαιγνίαν εἰς ὀλίγα δέχωνται. id est: *ne si liceat creditoribus bona debitoris inter se partiri, nec compellantur ea vendere, & ex pretio sibi seruare credita pro portione rata, eueniat, vt bona debitoris magni pretij per collusionem modico pretio æstimata inter se diuidant, & partiantur.* Ideo melius est vt ea bona vendantur palam, & ex venditione redactum pretium inter se partiantur. Cæterum ea venditio bonorum debitoris, quæ sequitur cessionem bonorum, non irrogat infamiam, quia non fit nomine debitoris, cuius iam amplius bona non sunt, sed nomine creditorum, quibus bona cessa sunt, *l. debitores, sup. ex quib. caus. infam. irrog.* Et quod ait *l. 4.* bona, quæ creditoribus cessit debitor, creditores non posse inter se partiri, sed pretium redactum ex venditione eorum: hoc videtur pugnare cum *l. vlt. hoc tit.* quæ dicit in rebus partiendis, suam vim singulis creditoribus officio iudicis seruari. Ergo probatur partitio rerum debitoris. Respondeo, illum locum esse accipiendum resumptis verbis, quæ præcedunt: in electione quidem, de qua agitur in *l. vlt.* non esse differentiam inter creditores hypothecarios, & chirographarios, sed in rebus partiendis esse differentiam, & suam vim, id est, suum ius cuique seruandum, vt scilicet hypothecarii suas hypothecas præcipuas

ferant, reliqua bona veneant communiter pretio inter creditores diuiso vnde concludamus, duo esse commoda cessionis bonorum *ex l. 1. & vlt.* vt liberet iniuria carceris, & infamia proscriptionis. Nec nos mouere debet quod ait *l. 1.* in eo tantum beneficium cessionis prodesse, ne iudicati detrudantur in carcerem: Nam ex eo articulo *tantum* non ducitur idoneum argumentum, vt in *l. ob æs sup. de prædiis min. si. dec. ob æs alienum tantum, prædia minorum alienari posse.* Imo & ob aliam causam alienari possunt, nempe ob dotem, vel donationem propter nuptias: ex verbis SC. ob æs alienum tantum: ex sententia, & ob aliam causam. Et ita in hac *l. 1.* dicitur, *tantum*, vt excludat liberationem, de qua egit ante, id est, vt significet eum, qui cessit bonis non liberari, sed propterea tamen non excludit alia commoda cessionis: Est enim & tertium eius commodum, vt licet is, qui cessit bonis, non sit ipso iure liberatus, tamen liberetur, si conueniatur in solidum posita exceptione, si non bonis cessit, quæ tamen ei non prodest, si quid ei facultatis post cessionem accesserit, quo prætor moueri possit, *vt in l. 3. t. seq.* Postremo notandũ, cessionem bonorum verbo fieri sine vlla solemnitate *l. 2.* & professione nuda *l. 6.* etiam extra ius *l. vlt. ff. de cess. bonor.* Alia igitur longe est a cessione in iure. cessio bonorum non est cessio in iure: nam fit etiam extra ius nudo verbo, detracta solemnitate omni. Nec necesse est beneficium cessionis peti a Principe, quod lex Iulia defert, & recte additur in *C. Th. qui bonis ced. poss. ex l. Iulia.* Quod tamen quis posset tentare ex initio *l. vlt. hoc tit.* beneficium cessionis bonorum peti a Principe, quod nequaquam concedendum est, sed illa *l. vlt.* est tantum accipienda de dilatione quinquennii, de iustitio quinquennii, quod debitori a Principe datur, *l. vniuersa, sup. de prec. Imp. offer.* Quod Græci vocant, ἀναχωχὴν, & ὑπερημερίαν, in idiotismo dicimus *respit, de cinq années.* Iustitium igitur quinquennii omnino petendum est a Principe, quoniam ipso iure non competit, sed plerumque id Princeps dat sub distinctione, vt vel creditores accipiant bona, quę debitor cedere paratus est, vel ferant ei indulgeri in quinquennium ad conquirendam pecuniam. Et hæc est sententia *l. vlt.* cui addam hac in re ex *l. maiorem, de pactis*, si dissentiant inter se creditores, puta si alii malint cessionem bonorum, alii indulgentiam quinquennii, maioris partis creditorum sententiam obtinere, quæ æstimatur non ex numero personatum, sed ex cumulo, & pondere crediti: quod si sint pares creditores in omnibus, tum humaniorem sententiam esse sequendam, vt scilicet contenti sint omnes indulgentia quinquennii. Et hic quærit Accursius, an indulto quinquennio debitori, indultis induciis quinquennii a Principe consentientibus creditoribus, post quinquennium, debitor admittatur ad beneficium legis Iuliæ, id est, cessionem bonorum? & rectissime respondet, non admitti. qui locus est singularis. Senatusconsulto Lutetiæ Accursii sententia fuit comprobata: eum scilicet, qui impetrauit beneficium quinquennii, postea non admitti ad cessionem bonorum, ne videatur abusus beneficio principis. Cessio bonorum quæ semel facta est, verbo reuocari potest, contrario verbo, si res sit integra, id est, si nondum creditores bona vendiderint, *l. 2. h. tit. l. 3. & 5. ff. eod.* Et fit cessio bonorum a debitoribus priuatis, vel publicis, vel fiscalibus, non etiam ab iis, qui vocantur ad munus publicum: Nam non audiuntur si parati sunt cedere bonis, sed necesse est vt seruiant Reipublicæ, quantum eorum facultates ferunt. Et hæc est sententia *legis 5.* Fit autem cessio bonorum non tantum a patribus fam. sed etiam a filiisfam. debitoribus licet nihil proprium habeant, quia non tantum fit cessio præsentium, sed futurum bonorum, *l. pen. hoc tit. l. 4. & 7. ff. eod.*

AD TITVLVM LXXII.

De bonis auctoritate iudicis possidendis, seu venundandis & de separationibus.

POssessio bonorum omnium iudicati, id est, condemnati, quæ ei, qui pro partibus suis sententiam consecutus est, & aliis creditoribus datur, si intra tempora iudicati non faciat iudicatum, & quam auctor præstinans iungere tractatui de possessione, præmisit quæ ante dicta sunt de rebus iudicatis. Ea inquam vel datur ex cessione ipsius iudicati, siue debitoris, de qua in tit. superiori, vel ex edicto auctore prætore, vel præside iudicati siue debiti seruandi causa, de qua agitur in *h. tit.* Et ostenditur in eo, auctoritate iudicis, id est, prętoris, vel præsidis ex edicto creditoribus dari possessionem vniuersorum bonorum debitoris, si debitor scilicet fraudationis causa latitet, nec defendatur *l. pen. & vlt. hoc tit.* vel etiamsi debitori defuncto nullus successor exstet *l. 5. & 6. hoc tit.* Quod in edicto significabatur his verbis: *cui heres nec exstabit*, quæ referuntur in Quintiana M. Tullii. his demum casibus creditores omnes mittebantur in possessionem, non vnius rei, sed omnium rerum debitoris. Denique possessio bonorum debitoris, vel datur creditoribus ex cessione sui debitoris, vel ex edicto prætoris, per prætorem ipsum aut præsidem: vtramque autem possessionem sequitur venditio eorum bonorum postulata a prętore vel præside transacto iusto aliquo tempore post possessionem datam, cuius arbiter erit prætor, vel præses *l. pen. hoc tit.* Nec enim venditioni faciendæ inuenio lege definitum tempus esse. Et verum est quod D. Alciatus notauit, in *l. vlt. §. sin autem hoc tit.* hæc verba, *a nobis*, in veteribus libris abesse, nec deesse. Non est enim venditioni faciendæ a Iustiniano definitum tempus, sed definitur arbitrio iudicis. Plerumque post longam possessionem, si videat debitorem non affici tædio longæ possessionis rerum suarum, tum decernet venditionem bonorum fieri sub hasta. Sed venditio, quæ sequitur cessionem bonorum debitoris, non est ignominiosa, quia non fit nomine debitoris, qui se exuit bonis omnibus sponte sua. At venditio, quæ sequitur possessionem datam ex edicto Prætoris, quia fit nomine debitoris quasi decoctoris, est ignominiosa, & infamat, & appellatur proprie *distractio*, quæcumque scilicet venditio fit publice sub hasta, quæ fit palam in foro constituta auctione hastæ, & sæpe admissis quamplurimis licitari volentibus, & vni re vna addicta, alii re alia, quo genere plane res distrahuntur. Et ita eleganter M. Tullius in Quintiana: *ad auctionem bonorum debitoris conuenire creditores, vt carnifices ad reliquias vitæ lacerandas & distrahendas.* Id in idiotismo aptissimo vocabulo appellatur, *desconfiture. cum scilicet debitor venalis pendet in foro*: id est, cum bona eius in foro pendent venalia cessa, vel data possessione omnium bonorum debitoris. postea dico, creditoribus permitti a iudice venditionem eorum bonorum, non etiam partitionem, vel addictionem, quæ fiat creditoribus, *ils ne sont iamais estroussés aux creanciers, mais à l'estranger.* denique creditores bona debitoris quæ possidere iussi sunt inter se non possunt partiri, & ea detinere iure dominii, sed necesse est vt vendant, & pretium ex venditione redactum seruato ordine iuris, saluis hypothecis, & priuilegiis creditorum inter se partiantur, *l. 4. sup. tit. prox. l. 6. hoc tit. l. vnica, sup. ne mulieri pro dote.* Quod ait, *pro dote*, id obtinet in quolibet alio debito, vt pro debito bona debitoris creditori non addicantur, sed vt ea tantum possideri iubeat, ac deinde permittatur ei venditio. Ergo ante venditionem creditores bona debitoris possident iure cessionis, si debitor bonis cesserit, vel iure

iure prætorii pignoris, ſi prætor eis dederit bonor. poſſeſſ. Quæ differentia notanda eſt, bonor. poſſeſſionem dicit *l. pen. hoc tit. ſicuti l. ſi pup. §. defend. ff. eod. & l. 5. ff. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* quæ frequentius dicitur poſſeſſio bonorum, non bonorum poſſeſſio. Proprie enim nobis aliud eſt bonorum poſſeſſio, aliud poſſeſſio bonorum, nec verba traiecta idem ſignificant. Bonorum poſſeſſio quaſi dominium tribuit, & eſt ſpecies ſucceſſionis ſiue hereditatis *l. 1. ff. de bon. poſſ.* Poſſeſſio bonorum dominium non tribuit *l. 5. ſup. vt in poſſ. legat.* Et ita Zeno apud Stobæum elegantiſſimam facit differentiam inter diſcipulos φιλολόγους, & λογοφίλους, quia φιλολόγους vocat eos, qui rerum pondera, & dignitates, λογοφίλους, eos qui verborum tantum venuſtatem ſectantur. Et medici quoque differentiam faciunt inter ſpinam albam, & B albam ſpinam. & in conſtitutionibus Regiis, atque in conſuetudinibus inuenio differentiam fieri, *entre bois mort, & mort bois. Bois mort, c'eſt du bois qui eſt ſec, & encor debout. mort bois eſt qui eſt abbatu, & giſt couché en terre.* Verum ad rem. Vtroque genere quo creditoribus datur poſſeſſio omnium bonorum debitoris, decoctor liberatur, nempe ſi bonis ceſſerit *l. 3. hoc tit.* Liberatur item, ſi creditores omnia eius bona poſſidere iuſſi ſunt, *l. vlt. hoc tit.* Et liberatur ab iis, qui ante ceſſionem bonorum, vel poſſeſſionem cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui poſtea cum eo contraxerunt, non etiam ab his, qui poſtea cum eo contrahunt, quod notat *l. 3. hoc tit.* Præterea non liberatur ipſo iure *l. 3. ſup. t. prox.* ſed ſi conueniatur poſita exceptione, cuius formula ita concipitur in Baſil. *d. l. 3. h. tit. & apud Theoph. §. vlt. Inſt.* C *de replicat.* ἀλλ' εἰ μὴ ἐξέστιν. *At ſi non licet.* quæ formula nihil pertinet ad rem. igitur ſic ſcribamus, ἀλλ' εἰ μὴ ἐξέστω, quod eſt, *at ſi non ceßit*, bonis ſcilicet, & inde in contextu quoque Inſtitutionum apparet recte veteres libros habere, *niſi bonis ceſſerit, §. vlt. de replication.* vel aliter: at ſi non ceſſerit. vulgo legitur, *ſi bonis ceſſerit.* rectius, *niſi.* Ad hæc ſciendum eſt poſſeſſionem bonorum ex edicto *dari in rem*, id eſt, generaliter, non in perſonam *l. cum vnus ff. eod. l. vlt. hoc tit.* Et ideo a Græcis appellatur καθολικὴ νομὴ τῶν δανειστῶν, ac ſi diceres, Catholica, id eſt, generalis poſſeſsio creditorum omnium. quod eſt magni momenti: Nam ex eo intelligimus etiam iis creditoribus, qui poſſeſſionem bonorum non petierunt, prodeſſe eam, quæ petita eſt ab aliis, quoniam non data eſt perſonis, quæ petierunt, ſed ge- D neraliter in rem, petentibus. & non petentibus. Sed hoc ita reſtringetur in *l. vlt. hoc tit.* vt ita demum iis, qui non petierunt ſe mitti in poſſeſſionem bonorum debitoris proſit, quæ data eſt aliis, ſi præſentes intra biennium, abſentes intra quadrien. quo eam non petierunt, profiteantur ac oſtendant ſe eſſe creditores eiuſdem debitoris, & iis, qui petierunt, pro rata refundant expenſas factas in iudicio, id eſt, in perſecutione poſſ. bonorum debitoris, & expenſas quas iurati affirmauerint ſe feciſſe, iuriiurando ſoli fidem haberi, quod eſt maxime notandum. Et hoc ita ſi res ſit integra, id eſt, ſi nondum facta ſit venditio, vel ceſſio iuris ſui ab iis, qui miſſi ſunt in poſſeſſionem, quæ vt ex eo apparet plerunque protrahebatur in longius tempus, cum intra quadriennium ponat alios creditores poſſe venire re integra, & E profiteri nomen ſuum inter creditores eiuſdem debitoris. Nam ſi poſt venditionem aut ceſſionem iuris ſui factam ab iis, qui impetrarunt poſſeſſionem bonorum debitoris, veniant, qui eam non petierunt: hoc caſu iis ita proſpexit Iuſtinianus, vt ex pretio redacto primū ſuum ſibi ſeruent, & habeant qui venditionem, aut ceſsionem fecerunt accepta pecunia, reſiduum pecuniæ vt obſignatum deponant, obſignent & deponant in æde ſacra, in Cimelarchio, vt ait *l. vlt.* in quo ſcilicet vaſa & veſtes & donaria ſacra depoſita ſunt, *le threſor.* depoſitiones, quæ fiunt in æde ſacra, fiunt in Cimeliarchio, idque ea lege vt ait hæc *lex vlt.* vt nullum ob eam depo-

A ſitionem diſpendium vel damnum ſuſtineant œconomi, id eſt, diſpenſatores rerum eccleſiæ, vel Cimeliarchæ, quos Theodorus vocat σκευοφύλακας, i. *cuſtodes ſacrorum vaſorum.* quod idem Theod. interpretatur his verbis: ſi forte pereant pecuniæ depoſitæ: nam certiſſimum eſt, depoſitarium, niſi aliter conuenerit, non præſtare periculum rei depoſitæ, præſtare dolum tantum, non culpam. depoſitam autem pecuniam in æde ſacra ferent qui ſuperuenerint creditores, & inter ſe partietur pro rata debiti quantitate. Sed maxime notandum eſt in hac venditione rerum debitoris, prius haberi rationem creditorum, qui ſint hypothecarii ſiue generales ſiue ſpeciales, quod & hodie fit, vt hi priores ſaluas ſuas hypothecas habeant, id eſt, vt illis primum ſatisfiat ex hypothecis *l. 6. hoc tit. l. vlt. in fi. ſup. t. prox.* illo loco, *in rebus officio iudicis partiendis.* Prius ergo habetur ratio hypothecarii, quam chirographarii creditoris. Item creditorum qui priuilegiarii ſunt. Qua de cauſa *in ff. tit. de ceſs. bonor. l. 1. & 2. & in tit. de rebus auct. iud. poſs.* multis legibus fit mentio creditorum, qui priuilegiarii ſunt, id eſt, qui prærogatiuam exactionis habent: Et ob id etiam poſt hunc tit. datur titul. *de priuilegiis fiſci*, & tit. *de priuileg. dot.* Nam fiſcus eſt creditor priuilegiarius, & mulier in dote. Vbi autem his ſatisfactum, tum reliquis qui non ſunt eiuſdem conditionis ex reſiduo ſatisfit pro rata debiti *l. 6. hoc tit.* Hic eſt ordo iuris, nec vnus ex creditoribus compellitur omnia bona ſuſcipere cum onere abſoluendorum reliquorum omnium creditorum *l. 4. hoc tit.* Item certum eſt, primum ſatisfieri debere creditoribus defuncti, quam legatariis, quia legata non debentur niſi ex eo, quod deducto ære alieno reſtat. Et inter creditores defuncti numerantur, *vt oſtendit l. 1. hoc tit.* ii, quibus teſtator quid legauit ab eo herede, qui nunc defunctus eſt relictis legatariis quibuſdam propriis. ab eo illis debebatur, vt legatum: ab herede heredis debetur potius vt æs alienum, quam vt legatum. Ideoque priorum legatorum cauſa eſt potior, quam poſteriorum. Et hæc eſt ſententia *l. 1.* Poſtremo non eſt omittenda illa pars *hoc tit. de ſeparationibus*, ad quam pertinet tantum *l. 2. & 7.* Quid eſt *ſeparatio*? eſt bonorū, & creditorum aliorum, ab aliis ſeorſim aut ſeparatim habita ratio, vt ſi ſint creditores defuncti teſtatoris, & creditores heredis proprii, poſſunt creditores defuncti poſtulare ſeparationem bonorum, vt ſcilicet ipſi eant in poſſeſſionem bonorum defuncti, qui ſunt creditores defuncti, & creditores heredis eant in poſſeſſ. bonor. heredis propriorum, atque ita neque bona commiſceantur neque creditores, quod proponitur in *l. 2. & 7. & in l. 7.* tantum velim vt legatur, *ſeparatio poſtulata*, non *ſeparatione*, vt & in *l. pen. ſup. tit. de heredit. act.* in qua hæc eadem conſtitutio latius exponitur. Et de hoc tantum genere ſeparationis agitur in h. tit. at in tit. *ff. de ſeparat.* agitur etiam de aliis, puta vt ſerui ſeparent bona propria, quæ poſtea adquiſierint a bonis domini, cui neceſſarii heredes exſtiterunt cum libertate, & eodem modo ſeparentur creditores ſerui, & domini, *l. 1. §. vlt. ff. de ſeparat.* Item ſi veneant bona filiifamilias, vt ſeparentur creditores caſtrenſes a paganis *d. l. 1. §. ſi filiyfamil.* Item ſi patronus heres exſtiterit liberto, qui heres exſtiterit Titio, vt ſeparentur etiam creditores liberti & Titii in adipiſcenda bonorum poſſeſſione, ſeparatis etiam bonis, *l. pen. ff. eod.* Et poteſt addi quintum genus ſeparationis ex *l. 3. §. proinde, ff. de minor.* vt a bonis patris, quæ fiſcus occupauit ex cauſa debiti ſeparetur peculium filii, quod eſt ex ſingulari conſtitutione D. Claudii.

AD TITVLVM LXXIII.

De priuilegio fisci.

NOn alia de causa hic titulus subijicitur duobus superioribus, quam quod ex cessione debitoris, vel ex edicto, Prætoris, possessis, & venditis omnibus bonis debitoris, habenda sit in primis ratio eorum creditorum, qui priuilegiarii sunt, id est, qui habent priuilegium exigendi, quod Plinius in epist. *ad Traianum* vocat προτοπραξίαν, quasi πρώτην εἰσπραξίαν, *primam exactionem*, qui cæteris creditoribus præferuntur in auferenda pecunia sibi debita, dilata interim exactione cæterorum, qui priuilegium non habent. quæ causa etiam efficit *vt in ff. tit. de cess. bonor. & reb. auct. iudic. &c.* agatur de priuilegiariis creditoribus, ex quibus est fiscus, *de quo hic titul. est.* Paul 5. Sentent. *priuilegium fisci est inter omnes creditores primum locum tenere.* Quæ sententia vt intelligatur, sciendum est, alios esse creditores hypothecarios, alios chirographarios, qui & *personales* dicuntur, quia ex chirographo solo personam debitoris solam obligatam habent, non etiam eius bona. Et qui hypothecarii sunt, etiam personales sunt, quia actio hypothecaria sine personali non consistit, quæ directa, & principalis actio est: at, qui sunt personales, non continuo etiam sunt hypothecarii, quia personalis actio sine hypotheca consistere potest. Ex chirographariis autē alii speciali quodam iure priuilegiarii sunt, alii non item: ex hypothecariis autem excepta causa dotis, vt ostendit tit. seq. nulli sunt suo iure priuilegiarii. Fiscus est creditor hypothecarius, nec tamen priuilegiarius, in actione hypothecaria iure suo quodam proprio, atque præcipuo contra alios creditores hypothecarios, nec nisi priuilegio temporis, vti quilibet alius creditor hypothecarius, quia in hypothecis priuilegium æstimatur ex tempore, non ex causa debiti, non ex persona creditoris, & vbique fere, qui prior est tempore, potior est iure hypothecæ, quod & de fisco ita proditum est *l. 2. hoc tit. l. si pignus, l. vlt. ff. qui pot. in pig. hab.* At in actione personali fiscus est priuilegiarius, suo quodam iure, non spectata prærogatiua temporis. Et hoc est quod Paulus ait, *priuilegium fisci inter creditores primum locum tenere*, inter omnes scilicet creditores chirographarios, etiamsi priuilegiarii sint, quia suum priuilegium exercent contra alios, non etiam aduersus fiscum. Exempli gratia: priuilegiarius est, qui pecuniam credidit nauis fabricandæ vel instruendæ causa *l. qui in anum, ff. de reb. auct. iud.* Et tamen fiscus ei anteponitur, atque ita non est priuilegiarius nisi post fiscum, *l. quod quis, eod.* id est possessis bonis debitoris prius fisco satisfieri debet, quam ei qui credidit nauis fabricandæ vel armandæ causa. Alias vero priuilegiarius priuilegiario non anteponitur, sed melior est conditio occupantis, id est, eius qui prius suum recepit, qui sibi vigilauit: Nam nec si prior creditor chirographarius nec priuilegiarius suum recepit, priuilegiarius creditor ei, quod recepit auferre potest vlla actione, nisi prior hypothecæ iure, si fuerit hypothecarius, vt fiscus *l. 5. hoc tit.* Nam fiscus semper est hypothecarius, id est, semper habet tacitam hypothecam in bonis debitoris, *l. aufertur §. fiscus, D. de iure fisci, l. 1. & 2. Ɉ. in quibus cauſ. pig. vel hypot. tac. cont. l. 1. sup. si propter publ. pensit. l. pen. hoc tit.* Quod est aliud priuilegium fisci, vt ait *l. 2 sup. de seruo pign. dato manum.* Et tacitam hypothecam habet fiscus in bonis, quæ tempore contractus debitoris fuerunt, non etiam in iis, quæ tempore contractus debitoris esse desierant, & per venditionem forte, & traditionem in alium transierant, *l. 4. hoc tit.* Nam tacita hypotheca fisci consistit tantum in bonis debitoris, non in bonis alienis, etiamsi iam olim debitoris fuerint, antequam contraheret cum fisco. Ac ne quidem in bonis vxoris eius, *l. 1. hoc tit.* Quia inter coniuges nulla est communio bonorum, est societas vitæ non bonorum, & res vxoris non minus viro sunt alienæ, quam res cuiuslibet extranei. Et notandum, *quod ait illa l. 1.* bona eius, qui fisco obligatus est ob reliqua administrationis primipili a fisco posse occupari iure tacitæ hypothecæ, non etiam res vxoris, quod intelligendum est de rebus quæ sunt extra dotem, de paraphernis. Nam dos vxoris, quia est in bonis mariti, ex causa reliquorum primipili, id est, administratæ annonæ militaris, a fisco occupari potest iure hypothecæ, non quidem statim, sed in subsidium, quia dos est etiam vxoris *l. quamuis, ff. de iure dot.* si scilicet ex bonis debitoris ipsius vel fideiussoris eius illa reliqua fiscus seruare non possit *l. 4. Ɉ. in quib. cauſ. pign. vel hypot. tac.* Idemque obtinere in quolibet munere publico, ex contrario argumentum præstat *lex 3. sup. ne vxor pro mar.* Et ne quis hæreat, *in hac l.* in nomine primipili, *Primipilum* vocant iura nostra multis in locis centurionem primipili, vt alii auctores, cui tamen annona militaris exhibenda & distribuenda data est: Nam vt Vegetius 2. de centurione primipili: *merita & commoda totius legionis centurio primpili consequebatur*, præmia scilicet, emerita, & annonas, vt eas militibus distribueret. Et ita rectissime. Theod. *in hac. l. 1.* primipilum definit, τὸ τοῖς πρώτοις ἀκουβιταῖς στρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον, ἵνα διανέμῃ τοῦτο αὐτοῖς. id est, *annona, quæ dantur centurionibus primipili distribuendæ militibus.* hoc est munus primipili, cuius rationem reddere cogitur fisco. Ergo reliqua annonarum, si qua sint non distributa militibus, eum obligant, *ex l. 3. & 7. Ɉ. de cohortalib. princip. cornic. ac primi. lib. 12. tit. 58.* dum vocat pastum primipili, qui scilicet exhibetur militibus a centurione primipili. Et ita in *l. 6. C. Theod. eod. primipilaribus*, inquit, *qui ad pascendos milites solemniter ad limitem destinantur.* Et rectissime ad leg. 1. *sup. de condictione ex l.* debitor ex Primipilo in Basil. dicitur, qui debet fisco διατροφὰς στρατιωτικάς, id est, *pastus militares*, qui reliquator est annonæ militaris. Et Modestin. in *l.* 10. §. *qui primipilum ff. de excusat. tutor.* στρατιωτικὰς χρείας, id est, *militares necessitates.* Pergamus ad reliqua. Dixi fisci actionem personalem præferri omnibus aliis actionibus personalibus, cuiuscumque temporis sunt, quia in actionibus personalibus priuilegium non æstimatur ex tempore, sicut in hypothecariis, sed ex causa & qualitate debiti *l. priuilegia, ff. de reb. auct. iudic. poss.* Fisci autem actionem hypothecariam non præferri antiquioribus actionibus hypothecariis, sed inferioribus tantum & posterioribus. Addamus actionem fisci hypothecariam etiam præferri actionibus personalibus, vel antiquioribus, vel etiam priuilegiariis, &c. *l. 3. hoc tit.* Nam & hoc idem habet quilibet, cui competit actio hypothecaria, vt anteferatur omnibus actionibus personalibus, omnibus creditoribus chirographariis, siue personalibus, *l. 6. sup. tit. prox.* Et ideo, vt hic exponam *l. 5. hoc tit.* si debitor fisci qui, vt dixi, semper est hypothecarius tacito iure: Si, inquam, debitor fisci, idemque debitor priuati creditoris chirographarii prius soluat creditori chirographario, fiscus iure tacitæ hypothecæ pecuniam ante illi solutam vindicare potest actione hypothecaria ex iusta causa, vt ait *l. 5.* Puta, si debitor soluendo non sit. ergo in subsidium, ergo extra ordinem, vt etiam ait l. 5. Nam iure ordinario non fit, quod non fit nisi raro, ex iusta causa & in subsidium. Et ratio huius constitutionis hæc est in *l. denique, de iure fisci*, quia res non persona conuenitur, id est, fiscus pecuniam ante solutam creditori chirographario vindicat actione in rem, id est, hypothecaria, & in actione in rem non veniunt vsuræ, in *l. si nauis, de rei vindic.* Hæc inquam ratio ostendit, quod debui præmittere, cur. l. 5. dicat, fiscum pecuniam solutã creditori chirographario vindicare sine vsuris, restitui fisco eam pecuniam sine vsuris, quia agit in rem non

non in personam: & in actione in rem non veniunt vsuræ, sed in actione in personam tantum. Eadem pene est ratio l. 5. quia, inquit, creditor chirographarius, cui prius debitor pecuniam soluit, eam pecuniam non sumpsit fœnori, vt teneatur in sortem & vsuras actione in personam, sed suum recepit, quod ei auferri non potest, nisi actione in rem hypothecaria, & in act. in rem non veniunt vsuræ. Et postremo notandum ex *l. vlt. hoc tit.* eum, qui pro debitore fiscali soluit fisco, non succedere in priuilegium fisci, nisi hoc in eum specialiter a iudice translatum sit, *quod & l. 3. significat.* Sed huic sententiæ valde obstat *l. 2. ff. de cess. bonor. & l. si ventri §. pen. & vlt. de reb. auct. iud. possid.* Quæ ll. generaliter definiunt, eos creditores priuilegiarios esse, quorum pecunia peruenit ad creditores priuilegiarios, id est, succedere eos in priuilegia, nec exigunt illæ leges vllo modo, vt priuilegium in eos translatum & transcriptum sit, quod tamen exigit destructe *l. 3. & vlt. hoc tit.* his ego verissime respondeo, aliud esse priuilegium quod fiscus habet in actionibus hypothecariis ex tempore solo, vt quilibet alius hypothecarius cred. *de quo est l. 3. & vlt.* In hoc priuilegio temporis, is cuius pecunia ad fiscum, peruenit, non succedit, nisi nominatim in eũ eius hypothecæ a iudice translatum sit, quod non intelligitur esse translatum tacito intellectu, sed transferri debet nominatim in eum qui pro eo soluit, qui in hypotheca habuit priuilegium temporis, ne qui nouissimus contraxit, iniuriam faciat aliis, qui in hypotheca priores sunt tempore. Aliud autem est priuilegium fisci in actionibus personalibus: & in hoc, qui pro debitore fisci fisco soluit, vtique tacito intellectu succedit, etiamsi in eum non transcribatur. De hoc priuileg. loquitur *l. 2. de cess. bon. & l. 2. si ventri §. pen. & vlt.*

AD TITVLVM LXXIV.

De priuilegio dotis.

EST etiam creditoribus permissa possessione, & venditione bonorum omnium debitoris in actionibus personalibus priuilegiaria mulier, quæ dotem suam repetit soluto matrimonio, *l. l. si sponsa, ff. de iure dot.* Et hoc est quod ait *l. 1. ff. sol. matrim.* dotis causam semper & vbique esse præcipuam, dotem scilicet præcedere omnia credita. Multa sunt introducta fauore dotis, *l. si ego §. si res, de iur. dot. l. vlt. sup. ad SC. Velleian.* & hoc maxime, vt habeat priuilegium inter personales actiones. Et ita accipienda constitutio h. tit. Quæ tamen ait hoc priuilegium non transmitti ad heredem mulieris. Quæ verba omnes interpretes vno consensu, tam Græci, quam Latini accipiunt de herede extraneo; rectissime: Nam ad filium heredis mulieris idem priuilegium transit *Nouel. 91.* Et ita quod dicitur in *l. maritum, & l. nec maritus, sup. eod. tit.* maritum vxori, si vxor agat aduersus eum, in id tantum, quod facere potest, teneri, quod & de vxore dicitur erga maritum: sed hoc beneficium non præstari heredi eius, quia est beneficium personale. & hoc etiam intelligunt rectissime de extraneo herede tantum, non de filio viri, vel vxoris, *l. etiam filio, ff. eod.* At quæso, cur in *l. vlt. J. qui potior. in pignor. hab.* ait, actionem dotis præferri omnibus pene actionibus personalibus, cur ait pene? nimirum quia non præfertur actioni, quæ competit Reipubl. si antiquior fuerit, *vt indicat l. 9. sup. de iur. dot.* Et multo minus præfertur actioni, quæ competit fisco, quia ei adiuncta est semper & adhæret tacita hypothecca. Mulier autem ante Iustinian. non habuit tacitam hypothecam dotis nomine: hodie eam habet in rebus dotalibus, & in omnibus rebus mariti. Ac præterea in hypothecariis actionibus mulier quæ de dote sua sollicita est, præfertur omnibus creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus, vel tacitam, vel expressam hypothecam habentibus vt recte Martinus censuit, *l. vlt. J. qui pot. in pignor. & Nou. 97.* Excipiendus tamen, vt opinor, est fiscus: Nam huic in hypotheca mulier non præfertur, nisi ex priuilegio temporis, *par l'ancienneté, l. 3. de primip. lib. 12. l. 2. inf. tit. proxim.* In qua quod de hypotheca conuenta cautaque mulieri, idem hodie dici velim de tacita, vt eius iure mulier non præferatur fisco nisi ex prærogatiua temporis. non præfertur etiam mulier alii mulieri agenti de dote antiquiore, *d. l. vlt.* & *Nouel. 91.* non præfertur ei cuius pecunia res comparata est sub pignore eiusdem rei, si & prior tempore sit, qui pecuniam credidit ad rem comparandam sub pignore eiusdem rei speciali, *vt Nouel. 97.* His exceptis, mulier, quæ dotem suam persequitur, præfertur omnibus creditoribus, non tantum chirographariis, sed etiam hypothecariis, etiam antiquioribus. & plus igitur mulier habet, quam fiscus, qui non habet in hypothecis nisi priuilegium temporis. Et propterea mulier vitiũ adfert regulæ iuris, quæ statuit in hypothecis priorem tempore esse potiorem iure. Denique beneficio Iustiniani ex hypothecariis creditorib. vna tantum mulier, quæ de dote agit speciali iure priuilegiaria est.

AD TITVLVM LXXV.

De reuocandis his, quæ in fraudem alienata sunt.

IN hoc tit. agitur de actione in factum, quæ Pauliana dicitur in *l. videamus §. in Fabiana, D. de vsur. Et a Theoph. in §. item si quis, Inst. de act.* & competit creditoribus post possess. & venditionem bonor. iudicati, transacto scilicet legitimo tempore iudicati faciendi, si iudicatus latitet, nec satisfaciat, nec defendatur, & bona, quæ veneunt, non impleant creditores, non sufficiant creditoribus, videlicet ad reuocanda ea, quæ in fraudem eorum creditorum alienauit patrimonii sui deminuendi causa, vt ex eo minus ferrent creditores. Et competere hanc actionem post possessionem, excussionem, & venditionem bonorum omnium iudicati, vel cuiuscunque debitoris intra annum vtilem probat *l. 1. hoc tit.* illo loco, *bonis eius excussis*, & *l. pen.* illo loco, *bonis possessis, itemque distractis*, ad quod verbum *distractis* adscripta glossa penitus delenda est, quia interpretatur *distractis a debitore*, cum sit intelligendum *distractis a creditoribus* auctore prætore, vel præside, vt distracta si non sufficiant creditoribus, tum creditores actione Pauliana rescissa alienatione, reuocent, quæ debitor alienauit in eorum fraudem. Idem etiam probat *§. item si quis in fraudem, Inst. de act. & l. 6. §. vlt. l. ait, prætor §. 1. & §. annus, D. quæ in fraud. cred.* Vnde satis apparet quam bene sit connexus hic titulus cum superioribus. In *l. 1. hoc tit.* proponitur, heredem corpora hereditaria cessisse, & transtulisse in alium creditorem hereditariorum fraudandorum causa, ne ponas, vt Accurs. heredem ea dedisse in solutum propriis creditoribus, sed ponas generaliter vel illo, vel alio modo heredem ea alienasse, puta donasse, vel in dotem dedisse in fraudẽ & necem creditorũ hereditar. quos l. 1. ait, bonis debitoris excussis, quæ retinuit, atque distractis, ea posse reuocari vsitatis actionibus sicut negotium gestum fuerit, vt iampridem emendaui ex veteribus, quos cuilibet paratus sum ostendere, qui de fide mea dubitabunt. & *vsitatis actionibus sicut negotium gestum fuerit*, id est, actionibus in factum. Factum significat rem gestam, negotium gestum, vt in *l. cum mota, sup. de transact. Vtilis actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstret*, id est, actio comparata, concepta, composita in factum proprio nomine vacans, vt *l. quod de bonis, D.*

Cod. DDd

ad l. Falc. l. 4. §. si a Tit. D. de doli except. & §. 1. Inst. de except. Vbi Theophil. eleganter actionem in factum dicit, quod proponatur διηγηματικῶς, i. *narratiue.* Et ita in glossis veterum eruditissimis *facto conceptas*, corrupte pro, *in facto concepta*, sic expositum legitur, διηγηματικῶς. Ad hæc notandum ex *l. 4. h. t.* hanc actionem Paulianã non dari creditoribus qui debitori heredes exstiterunt, qui eius hereditatẽ adierunt, quia confusione siue aditione hereditatis creditores esse desierunt, hac vtor ratione: nec tamen improbo Accursianã. Notandũ præterea ex *l. pen. h. t.* hac in re esse differentiam inter titulum siue causam lucratiuam, & non lucratiuã. Lucratiua est, si rem accepi a debitore ex causa donationis: Et hoc casu etiam si ignorauerim donatorem consilium iniisse fraudandorum creditorum, teneor creditorib. actione Pauliana, vt eis rem restituam venundandã. Non lucratiua causa est, si emi, si numeraui pretium, quia pretium mihi abest. Et hoc casu non aliter teneor creditoribus actione Pauliana, quam si fraudis conscius, & particeps fuerim. Quæ distinctio summe notanda. Postremo not. ex *l. vlt.* quam neque glossa, neque summaria; quæ omnia deleri volo, capessunt, & est tamen lex elegans: notandum in quã, non tantũ in eum, cui debitor aliquid fraudandi animo alienauit, ex edicto dari actionem Paulianã, sed & in fraudatorem seu debitorem ipsum qui alienauit, quod ostendit etiam *l. 1. & l. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. credit.* Vt puta, si creditor suo debitori in fraudẽ creditorum suorũ quid acceptum tulit, quæ est sentent. *l. vlt. s'il a quitté la debte. Si actu solemni*, inquit, *præcedentem obligationem peremisti*, i. interposita stipulatione Aquiliana, & acceptilatione: Nam nudo consensu obligatio non perimitur. Et hic actus solemnis dicitur, πρὸς ἀπαλλαγὴν, siue ad differentiam nudi consensus, vt in *l. 3. §. de emanc. lib.* At sciendum est aliter atque aliter teneri fraudatorem, & eum cui alienauit: nam is cui alienauit tenetur in solidũ, si scierit fraudem fieri, siue parari creditorib. si autem ignorauerit, tenetur in quantum locupletior factus est, *l. 6. §. in hoc, D. quæ in fraud. cred.* Et vetus est hæc actio Pauliana: Nã ad eã respicit Cicer. 1. *ad Atticum*, cum scribit, *Cæcilius a P. Vario, quum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum eius fratre.* (Pauliana scilicet) *de iis rebus quas eum dolo malo mancupio accepisse de Vario diceret.* At vt differentiam absoluam: fraudator, qui alienauit, tenetur dumtaxat in quãtum facere potest, puta post possessionem & venditionẽ bonor. quia hæc actio Pauliana non datur ante possess. & venditionẽ bonorũ. His igitur peractis, si vendita bona non sufficiant, agitur Pauliana in eum, cui alienauit in fraudem, & in eum ipsum debitorem qui alienauit, sed in debitorem, in fraudatorẽ, in id duntaxat, quod facere potest, puta si quid postea adquisierit, vel si quod postea adquisiuit, dolo desierit possidere, quia dolus semper pro possessione est. Ideo a. non tenetur in solidum, quia & bonis suis exutus & euersus est, eadẽ ratione, qua dicitur eum, qui bonis cessit, postea non teneri, nisi in id, quod facere potest, quia iniquum est, in solidũ damnari spoliatum fortunis suis, *§. vlt. Inst. de act.* Neque interest, vtrum spolietur auctoritate prætoris, an vltro facta cessione bonor. quæ fit sine solemnitate paucissimis verbis, puta, *pax*, vt in 2. Apolog. Apuleii: *pax, Cedo bonis, non possum soluere, abiicio annulos aureos & omnia insignia dignitatis. Pax*, quæ est vox Græca apud Diphilum, Hesychium, Plautum, & Ausonium, quæ indicit finem negotio, *qui signifie, c'est assez, n'en parlons plus.* Nec est omittendum, ex *l. vlt. §. vlt. D. quæ in fraud. creditor.* adhibita *l. si quis dolo, in princ. D. de re iud.* fraudatorem vno casu in solidum teneri, puta si quid per fraudem ita dissipauit vt nulla ratione recuperari possit, vt si quid in mare proiecerit. tunc tenetur in solidum, etiamsi non possit facere solidum, vt exutus bonis, quasi pœnæ causa, carcere & vinculis coerceatur.

IACOBI CVIACII IVRIS-CONSVLTI RECITATIONES SOLEMNES, SIVE COMMENTARII,

In Octauum librum Codicis Dn. Iustiniani.

AD TITVLVM I.

De Interdictis.

Anno 1577.

Titulus hic cohæret cum posterioribus titulis libri superioris, manifesta ratione, quia illi fuerunt de possessione, & eius effectis. Hic autem titulus, & qui sequuntur, sunt de interdictis, quæ possessionis, vel quasi possessionis causam continent. Possessionis, veluti fundi, aut ædium: Quasi possessionis, veluti vsusfructus vel iuris alterius, vt in *l. ait prætor §. item ei, qui per captiuitatem, D. ex quibus caus. maior.* Et nihil aliud sunt *interdicta*, quam decreta, quæ prætor facit de possessione, vel quasi possessione rei controuersæ inter aliquos, cum statuit apud quem possessionem eius rei esse oporteat interim dum disceptabitur de proprietate apud pedaneum iudicem, quem & mox ipse dat inter eos, vt de proprietate iudicet, id est, vt iudicet vter rei dominus sit. Itaque interdicta perpetuam possessionem non addicunt, sed temporariam, quoad de proprietate iudicatum sit *l. 1. §. vlt. D. de aqua quot. & æst.* Nam possessione cadit, qui interdicto eam obtinuit, vel retinuit, si in causa proprietatis contra eum iudicatum fuerit. Item causam proprietatis interdicta non finiunt, sed præparant, vt ait *d. l. 1. §. vlt.* & ordinant, vt scilicet sciatur in causa proprietatis, quis rei, quis actoris partibus fungatur, & consequenter, cui incumbat onus probandi dominii, probandæ proprietatis: Nam possessori, qui interdicto vicit, non incumbit onus probandi, sed petitori, *l. is qui destinauit 24. de rei vind.* Non inficior quædam esse interdicta, quæ finiunt causam proprietatis, sed sunt admodum pauca, vt interdictum quod datur ei, cui princeps permisit ducere aquam in prædium suum, verbi gratia, digitum aquæ publicæ rotundum, vel quadratum, vel vnciam, vel *quinariam* ex castello, id est, ex diuidiculo siue receptaculo aquæ publicæ, vel ex alio riuo, aut fistula publica. Hoc interdictum, quo prætor vetat ei vim fieri, quo minus aquam ducat pro modulo quem ei princeps adsignauit, non tantum eum possessorem facit, cui ius aquæ ducendæ princeps assignauit, sed etiam finit ius assignationis, id est, an ius aquæ adsignatum ei sit, & per hoc quasi possessionem perpetuam eius iuris tribuit, non temporariam, & hoc interdicto totum finitur, vt ait *d. l. 1. §. vlt.* qui locus est elegans, id est, dato hoc interdicto nihil finiendum restat, nulla superest actio secunda. Nulla sunt interdicta, quæ proprietatis duntaxat causam contineant, quod error communis tamen admittit. Plura sunt, quæ possessionis duntaxat causam continent: nonnulla quæ & possessionis, & proprietatis, vt illud interdictum, quod exposui modo, itemque interdictum *de itinere actuque priuato reficiendo*, quod & possessionis causam continet, id est, an vsus sit itinere, vel actu, qui interdicto vtitur, & proprietate. i. an habeat seruitutem itineris, vel actus. Deniq; duplex quæstio in hoc interdicto includitur, vna possess. altera proprietatis, *l. 3. §. hoc autem, de itinere actuq; priu.* Vnde manifestum est, quod ait lex 2. *§. quædam, D. de interd.* hoc interdictum proprietatis non possess. causam habere,

re, sic esse accipiendum, non solum possessionis temporariæ causam habere, sed finire totam rem, nec proferre. Similia iis sunt quædam alia interdicta, quæ quasi proprietatis causam habẽt, vt *de locis religiosis*, puta interdictum *de mortuo inferendo in sepulchrum*, quod est in fundo meo: In quo quæritur non tantum an sim in possess. inferendi mortui in sepulchrum illud: sed etiam an sim eius sepulchri quasi dominus: Nec enim possum esse dominus sepulchri, vt fundi, propter religionẽ, sed possum eius esse quasi dominus, *d. l. 2. §. quædam, l. sunt personæ. 43. de relig.* Idemque de sacello dici potest, quod habeo in fundo meo, vel capella, vt Græci vocant: Vnde in idiotismo factum est *capellæ* nomen: nam si quis eo me vti prohibeat, simile interdictum mihi dabitur, quod erit & de possessione, & de iure dominii, & de iure quasi dominii, id est, an sacellum sit quasi meum. Et ita sunt interpretãda hæc verba in *d. l. 2. §. quædam, ff. de locis sacr. vel religios.* Eiusdem conditionis est interdictum *de liberis, vel libertis exhibendis*, quoniam in eo non tantum quæritur, an sint exhibendi (quę possess. quæstio est) sed etiam an sint mei liberi, vel liberti, id est, quasi mei, *l. talem §. 1. de hered. instit.* dixi quasi mei: Nã liber homo proprie non potest esse in dominio alterius, *l. 1. §. per hanc, D. de rei vindic.* Et de hoc interdicto ita agitur in *d. §. quædam.* Et nota, vt aliarum rerũ est possessio, aliarum quasi possessio, ita aliarum esse proprietatem, aliarum quasi proprietatem, siue quasi dominiũ, quod idem est. Et interdictis etiam huius generis adiecit Accursius, interdictum *de arboribus cædendis.* Male, quoniam in eo nil quæritur de iure proprietatis, sed de possessione tantum, vt an arbor tua, quæ impendet in meas ædes, possessioni ædium mearum impedimento sit, vt si sit, succidatur. Illud etiam Accursius, quod iam supra recitaui, hautquaquam recte opinatur, superiora interdicta, quæ dixi, & possessionis, & proprietatis causam habere, proprietatis duntaxat causam habere, quoniam nulla vsquã inuenies talia. Et his quidem interdictis, quæ retuli, exceptis, quæ totam rem finiunt, alia interdicta, quæ sunt innumera, non finiunt, sed præparant causam proprietatis: non finiunt igitur totam rem, sed eis datis, superest actio proprietatis, quam lex 3. *tit. sequ.* vocat *secundam actionem*, in foro vocant *secundum caput rei, qua de agitur.* Et in hac re valde notandum est, prætorem reddito interdicto non dare iudicem, qui de possessione cognoscat, de qua iam ipse interdicendo iudicauit, sed, qui de proprietate cognoscat. Et hæc est mens Theophili in Institutionibus. quo perperam vtuntur, qui ex eo incaute colligunt, interdicto addici iudicem, qui de possessione iudicet, quod perinde est, ac si diceret rem iudicatam retractari: Nam hoc vult Theophilus, prætorem interdicentem de possessione instruere siue ῥυθμίζειν iudicem datum in causa proprietatis, vt sciat quo ordine iudicium illud procedere debeat. Denique interdictum esse ordinem, siue ῥυθμὸν de proprietate futuri iudicii, *vn reglement*, quo prætor constituit, in causa proprietatis quis futurus sit actor, quis reus. Etiam illud notandum, prætorem inter eos, qui de possessione & proprietate contendunt, protinus operam suam interponere, datis interdictis, quæ & ob eam rem *momenta* dicuntur in iure, & *momentariæ possessiones*, quod protinus interponãtur sine vlla cunctatione, quoniam, *vt idem Theophilus scribit*, ea sæpe controuersia procedit ad cædes, vel ad vulnera, vel ad plagas, id est, verbera seu percussiones: Sic enim illo loco *plagas* interpretari oportet, pro verberum quolibet genere sine sanguine, sine solutione continui. Et male Latinus interpres Theophili *plagas inferre* illo loco πληγὰς ὑποφέρεσθαι, interpretatur, *ad manus venire*: Nam & vulnera inferre, est ad manus venire: Et si hoc voluisset Theophilus dixisset, vt solent Græci omnes auctores, εἰς χεῖρας ἰέναι, vel εἰς χεῖρας ἐλθεῖν. Prætoris autem est, non pati, vt ad arma, cædes, vulnera, plagas prosiliant, quos potest sua iuris-

A dictione componere, nimirum reddito interdicto quam primum *l. æquissimum, ff. de vsufr.* Nec est omittenda definitio interdictorum, quam Iustinianus proposuit *in Instit.* vt interdicta sint formæ, atque conceptiones verborum, quibus prætor iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. quod maxime fit, inquit, cum de possessione, vel quasi possessione inter aliquos contenditur. Et ait *maxime*, quia sunt quædam interdicta iam a me supra exposita, quæ & de proprietate causam admittunt, simul ac de possessione, non de proprietate sola. Et ait, *Formæ atque conceptiones verborum*, pro quo Theophilus dixit ῥημάτων: *interdictum esse ῥημάτα prætoris.* Iurisconsultus, ex quo eam definitionem Iustinianus sumpsit, meo iudicio scripserat, *In-* B *terdicta esse formulas, non formas & conceptiones verborum.* Sed Tribonianus vbicunque veteres vsi sunt verbo (*formulæ*) vel reposuit (*verborum conceptio*) vt illo loco, & in definitione stipulationis, quia inde sustulerat formulas stipulationis: vel reposuit verbum *actio.* Veteres fere semper dicebant formulã, non actionem: formulam fam. ercisc. communi diuidundo, finium regund. formulam hypothecariam, formulam Fabianam, formulam ad exhibendum. Et in fragmentis Pauli de iniuriis: *sicut formula de iniuriis posita est: quod Auli Agerii pugno mala percussa est.* Item: *formula, quod Numerius Nigidius illum immisit Aulo Agerio infamandi causa.* At Tribonianus hic nomen *formula*, vbique sustulit, quia sublatæ erant formulæ actionum a Constantino, id est, solemnia verba pernumerata & perscripta a Iurisperitis. Et ante Constantinum formulæ C in extraordinariis iudiciis non obseruabantur *l. actio. 47. de negot. gest.* Quamobrem ea lex in eis iudiciis extraordinariis ait non obseruari subtilem differentiam inter actionem directam & vtilem, quæ sola consistebat in formulis. quod confirmat *l. quamuis, §. si mulieri, D. ad Senatusc. Vellei.* Vno tantum per incuriam Tribonianus reliquit formulæ verbum, in *l. si seruus nauem, de furt.* Qui tamen locus etiam abest a Basil. Puto ob eandem causam, quod formulæ obsoleuissent, & est sententia eius legis digna, quæ vobis exponatur. Seruus sine voluntate domini nauem exercuit, & in ea aliquid a vectore aliquo seruandum recepit, quod vector alius furto sustulit: ait vulgarem formulam dari in dominum serui, si seruus ipse furtum fecit, qui nauem exercet, noxalem si vector de peculio duntaxat. Et vul- D garem formulam vocat, non, vt quidam aduocatus regis scripsit, *actionem de peculio*, quæ etiam adiectio est variarum actionum non actio specialis: sed vulgarem formulam vocat actionem de recepto, quæ competit ex edicto nautæ, caupones, stabularii, vel de peculio duntaxat, vel noxaliter. Postremo loco adnotemus, verbum *dicere*, quod est prætorium, modo generaliter accipi, pro ius dicere, quod verbum latissime patet, modo specialiter pro edicere, quod est legem ponere in *l. 3. quamuis, de admin. tut. quamuis prætor dicat*, in edicto scilicet, id est, edicat: modo interdicere de possessione, vt in *l. vlt. insi. ff. de precario, l. videamus §. in Fabiana, de vsur. l. cum prætor, de verb. sign.* Igitur ni- E hil interest *dictum* dicas, *an interdictum*, sed interdictum vsitatius est, cuius nominis rationes varias Iurisconsulti adferunt, vt solent, more Stoicorum, a quibus imbuti sunt, in effingendis etymologiis esse liberrimi. Alii interdicta dici, quod interdicere sit denuntiare & prohibere, & ea proprie interdicta dicantur, quæ prohibitoria sunt; quæ exhibitoria, vel restitutoria, decreta, non interdicta *§. sunt tamen, Instit. eod. tit.* quæ tamen differentia nusquam obseruatur. Alii, interdicta dici, quod inter duos dicantur, *in dict. §. sunt tamen*, quod veriuerbium scitum est magis, quam verum. Alii, quod interim dicantur, quod fortasse verius est, quia interdicta interim duntaxat valent, quoad de proprietate iudicatum sit. Et ita hodie Hispani, qui vt ex sermone, ita

ex iure Romano plura retinent, quam vllæ aliæ nationes, interdictum vocant, *entretento*, id est, interim dictum, vt veteres loquebantur. Isidorus & ipse homo Hisp. 5. Etym. *Interdictum est*, inquit, *quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur, salua propositione eius*, id est, salua quæstione proprietatis. Et Anianus ad Paul. in tit. de iniuriis: *Interdicta dicuntur, quasi non perpetua, sed ad tempus interim dicta.* Sic nostri IC. ludunt in reddenda Etymol. depositi. Vlpian. *quod ponatur, & de, esse intensiuam particulam.* Paulus, *quasi diu positum.* Nam quod ad breue tēpus datur custodiendum, id ait, non esse depositum, sed seruandum datum. Hæc sunt quæ ad Rubricam spectant ad quam quæ scripsit Accursius, omnia rectissima sunt.

Ad L. I.

L. 1. Cum proponas, radicibus arborum in vicina Agathangeli area positis crescentibus, fundamentis domus tuæ periculum afferri, præses, ad exemplum interdictorum, quæ in albo proposita habet (prætor) Si arbor in alienas ædes impendebit: *Item,* si in alienum agrum impendebit: *quibus ostenditur, nec per arboris quidem occasionem vicino nocere oportere: rem ad suam æquitatem rediget.*

In lege prima agitur de interdicto de arboribus cædendis, quæ vicino nocent, cuius duo genera proponuntur in *l. 1. de arborib. cædend.* Vnum de arboribus adimendis, cui est locus in vrbe, vel oppido inter vicinos: alterum de arboribus coercendis, cui est locus in agris inter eos, qui affines agros habent: olim illud dicebatur *de arboribus collucandis*: hoc vero dicebatur, *de arboribus sublucandis*, Paul. 5. Sententiarum, *arbor*, inquit, *quæ in vicini agrum imminet, nisi a domino sublucari non potest, isque conueniendus est, vt eam sublucet: quod si conuentus dominus facere noluerit, a vicino luxuries ramorum compescatur, idque qualiscunque dominus facere non prohibetur.* Sublucare igitur est luxuriem ramorum compescere, & coercere, quod prætor fieri interdicit, vsque ad quindecim pedes, e terra scilicet, veluti subtus missa luce, vt Festus ait. Collucare autem, vt idem ait, est arboribus succisis locum implere luce. Interlucare, quo verbo Plinius sæpissime vtitur, est in sylua vel arbusto inter arbores ramorum densos amplexus amputare. Porro in vrbe arbor vicini, quæ impendet in meas ædes, atque ita luminibus meis, vel alias possessioni meæ officit, ex interdicto collucari debet a domino arboris, vel si id dominus arboris facere nolit, eam collucare, & ligna mihi habere possum. Et est *collucare*, vt iterum apertius dicam, non circumcidere ramos, sed arborem fluentem in meas ædes, totam stirpitus succidere, vel vt recentes loquuti sunt, adimere, *l. 1. §. si arbor, de arb. cæd.* Et competit interdictum non tantum domino ædium, in quas arbor vicini impendet, sed etiam fructuario, quia interest etiam fructuarii arborem istam non impendere *d. l. 1. §. non solum.* Et hoc est, quod supra dixit Paulus, qualemcunque dominum, id est, siue proprietarium, siue fructuarium per interdictum obtinere posse, vt cessante domino arboris, ipse non prohibeatur arborem succidere, & ligna tollere. In agris autem arbor vicini, quæ impendet in fundum meum, & vmbra sua meæ possessioni nocet, sublucanda tantum ramis supputatis & coercenda est, quia non omnis arbor, non omnes rami mihi officiunt, sed ii tantum, qui a terra subtus excrescunt, vsque ad quindecim pedes, vt prætor definiuit ex lege 12. tabul. *d. l. 1. §. pen. & l. 2. eod. tit.* Et eatenus duntaxat supputandi sunt rami, non vsque ad summum cacumen arboris. Ad hæc quæritur in hac *l. 1.* quid sit dicendum, si non arboris vicini rami impendeant in meas ædes, sed radices eius arboris porrigantur in meas ædes, & subruant fundamenta ædium mearum, aut eis periculum afferant, an mihi interdictum competit, vt arbor succidatur? Et hæc lex ostendit competere interdictum ad exemplum superioris interdicti, id est, vtile interdictum de arboribus cæd. Nam in iure semper his verbis, *ad exemplum illius, vel illius actionis actionem dari*; significatur illam actionem dari, non directam, sed vtilem. Ergo hoc etiam casu, quoties radices arboris vicini officiunt ædibus meis, mihi competit vtile interdictum, vt si vicinus nolit arborem succidere & collucare, ego non prohibear eam collucare, vel succidere, vt sicut per arboris e terra se sustollentis, ita per radicum eius caussam nihil fiat, quod ædibus meis noceat, fundamentis forte ædium mearum concussis, & conuulsis. Et hæc constitutio declarat, quemadmodum sit accipiendum, quod ait *l. si plures §. si arbor, D. arborum furt. cæs.* Si arbor vicini in vicinum prædium radices porrexerit, recidere eas vicino non licere, si radices porrexerit in ædes meas, recidere eas mihi non licere, sed me agere debere ciuili actione, ius non esse vicino radices arboris suæ in ædes meas immissas habere. & addendum, vel agere interdicto vtili, vt arbor succidatur. ex hac Constitutione & Accursius nihil referre ait, an arbor fuerit sata propius ædes meas intermisso spatio legitimo 5. pedum, quod debet intermitti, aut quod debet intermittere, qui serit arborem ex duodecim tabul. vt *l. vlt. ff. fin. regund.* an non intermissum fuerit legitimum spatium; quæ adnotatio huic loco non conuenit, quo agitur de arbore sata in vrbe propius ædes vicini. Illa autem lex 12. tabul. pertinet ad agros tantum. vt scilicet oleæ & ficus, quæ seruntur, absint a vicino 9. pedes, cæteræ arbores quinque pedes, maiore spatio intermittendo in serenda olea, & fico, propterea, quod harum arborum radices longius serpunt, & defrugant fundum vicini, si in eum se immittant, succo fundi, siue alitura ei subrepta. Et copiosæ sunt radices in fico, in olea crassiores & ramosæ. Quamobrem in serendis oleis etiam iubet intermitti 30. pedes, cum in aliis arboribus satis sit intermitti 9. pedes, & aliquanto plus in fico, vt disces ex Plinio 16. & 17. & Plutarcho in Solone. In vrbe autem serendæ arbori nullum a vicino interuallum, quod seruari oporteat scriptum inuenitur, sed hoc tantum in hac *l. 1.* vt si radices arboris tuæ periculum adferant fundamentis ædium mearum, sit mihi in te vtile interdictum de arbore succidenda. Et in agris maxime notandum est, arborem, quę ex fundo vicini quasdam non omnes radices fundit in fundum meum, manere in dominio eius, in cuius fundo oritur, nec communem fieri, licet vtrinque alatur. At si omnes radices immiserit, & coaluerit penitus in fundo meo, mea fit: quia in fundo meo alitur tota, & dominio eius abscedit, in cuius fundo oritur, non item alitur, quod ostendit lex 5. §. *de arbore, de rei vindic. l. 7. §. vlt. de adquir. rer. domin.* Et hanc esse veterem legem Theophilactus Rhetor scribit in epistola, cuius initium est, αἱ συκαῖ σοῦ, &c. Et totius Epistolæ sententia hæc est: *Ficus in agrum meum radices omnes suas immiserunt, renuentes esse in dominio tuo, & a te transfugientes, vt mihi fructum largiantur paula adhibita mea cura, quæ est lex vetus agricolarum, cui te vetustum iam & senem parere compellit. quod si non feceris, & legi nostræ veteri aduersatus fueris, nos te tanquam nouum legislatorem rerum rusticarum repudiabimus, & finibus nostris tanquam peregrinum extorrem faciemus.* Ergo vides arborem vicini, quæ fudit omnes radices suas in meum fundum, meam esse, & vicini esse desinere. Sed non est omittendum, vicino tamen in me dari vtilem actionem in rem, vel potius in factum, vt ei præstem æstimationem arboris, argumento legis *si mulier §. vlt. D. de donat. int vir. & vxor. & §. si quis in aliena, Instit. de rer. diuis.* Et hæc quidem ita se habent, si arbor non sit posita in confinio: Nam si sit posita in confinio, vel prope confinium, quod idem est, cuius fundi succo alitur tota, eius est dominii iure,

iure, sed si vtrunque fundum altorem habet, communis est pro diuiso, id est, pro regione cuiusque fundi *d. l. 7. §. vlt. & l. arbor, D. comm. diuid.* Ad hæc notandum est ex his verbis legis primæ, *interdictorum, quæ in albo proposita sunt*: vt actiones, sic interdicta proponi, & promitti in albo prætoris, edicto scil. prætoris, vt apud Paul. 4. *Sentent.* edicto perpetuo cauetur, vt interdicto reddito agi possit. Ex quo liquido apparet, quid distet edictum ab interdicto, id nimirum, quo distat ab actione, quo promissor a re promissa. Et priusquam finiam quæstionem *h. l.* monendi estis, cum ea esse coniungendam *l. 3. de ædific. priu.* In qua etiam agitur de periculo ruinæ ædium, vt in ista: & est vtriusque inscriptio & subscriptio eadem. Et vult illa, vt si corruerint ædes in ciuitate, an restitui debeant in pristinam faciem necne, an conuerti possint in hortum, vel aream, hoc pertinere ad cognitionem præsidis prouinciæ, cuius proprium est conspicere ædificia, & conseruare ornatum vrbium, ne deformetur vrbium aspectus ruinis: & consuetudinem etiam ciuitatis spectandam esse, ac pro consuetudine, vel conuerti ædes collapsas in aliam speciem, vel in pristinam restitui, vt in *l. præses prouinciæ, inspectis ædificiis D. de offic. præsid.*

Ad L. II.

L. 2. Præses prouinciæ in eum, qui eiusdem prouinciæ non est, nec ex interdicto potest cognoscere.

CVm l. 2. coniungenda est *l. 1. sup. vbi de hered. agat.* Cuius etiam eadem est inscriptio & subscriptio, & in re coeunt hoc modo. Si sit controuersia de hereditate inter heredem scriptum, & legitimum, vel substitutum, heres scriptus recte desiderat se interim mitti in possessionem rerum hereditariarum, quas testator possedit mortis tempore ex edicto D. Adriani, vel hodie ex edicto Iustin. vt est scriptum *sup. in tit. de edict. D. Adr. tollen.* quoad de hereditate iudicatum sit. Et hoc quidem desiderat a præside eius prouinciæ, in qua sunt res hereditariæ, tum de hereditate ipsa litigat, id est, iure proprietatis apud eundem præsidem, si reus sit eiusdem prouinciæ, id est, si subditus sit eius præsidis iurisdictioni: Nam si reus sit alterius prouinciæ, apud alterum præsidem est cum eo agendum petitione hereditatis, non apud præsidem, in cuius prouincia sita sunt bona hereditaria. Ergo restat *ex d. l. 1.* præsidem non posse cognoscere de proprietate in eum, qui non est eiusdem prouinciæ. Nunc additur in hac lege secunda, etiam ex interdicto, id est, de possessione, eum non posse cognoscere in eum, qui non est eiusdem prouinciæ, quamuis scilicet (& hæc est ratio dubitandi in hac lege) quæstio de possessione non sit tanti momenti, quia temporaria est possessio, quanti quæstio de proprietate, quæ totam rem finit. Igitur (*neque ex interdicto*) hoc loco, id est, de possessione: Nam nulla sunt interdicta, quæ possessionis causam non contineant, vel solam, vel mixtam cum causa proprietatis, quod heri ostendimus. Aduersus hanc legem 2. videtur Accurs. opponere *l. non tantum §. sed Articuleiano, ff. de fideicommiss. libert.* Species hæc est. Quidam testamentum faciens in prouincia Lugdunensi, rogauit heredem, vt illum seruum manumitteret, heredem, inquam qui erat alterius prouinciæ. Heres non manumittit, & abest a prouincia Lugdunensi iusta ex causa, dum consistit in suis sedibus, & domicilio suo, vt ait *l. si eum, in fi. eod.* Quid fiet? Seruus poterit adire præsidem prouinciæ Lugdunensis, vt quando heres rogatus abest iusta ex causa, pronuntiet seruum esse liberum. Et rata est libertatis datio, licet heres non sit eiusdem prouinciæ: sed hoc ita constitutum est nominatim ex Senatusconsulto Articuleiano, *d. l. non tantum §. sed & Articuleiano*, fauore libertatis.

Cod.

Ad L. III. & IV.

L. 3. Incerti iuris non est, orta proprietatis & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem competentibus actionibus, vt ex hoc, ordine facto, de dominij disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

L. 4. Si quis quodlibet interdictum efflagitet: ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, ac suas allegationes iubeatur proponere.

EX lege tertia inter cætera intelligimus hodie omnia iudicia esse extraordinaria. Hoc etiam proponitur in *Institut. eod. tit. §. vlt.* & in *tit. de success. subl.* Et iis verbis (*omnia iudicia esse extraordinaria*) significatur, in iudiciis hodie non obseruari priscum & solemnem ordinem legum, non obseruari subtilitatem, non scrupulosam & nimiam diligētiam Iurisconsultorum in iudicis exercendis, non obseruari formulas iuris, vt *l. actio, de negot. gest.* nullam obseruari solemnitatem, puta in vindicatione fundi, vt ex fundo litigantes in ius ad prætorem deferant vnam glebam, vnum cespitem, quod olim fieri solebat, & in ea gleba tanquam in toto fundo vindicent, quod exposuit A. Gellius *lib. 20.* Non componi etiam verba prætoris, vt olim, ne quid ipse sua sponte loqueretur, non dici viam litigantibus, quam iuberentur ire & redire in iudicium, quem ritum M. Tull. exposuit in oratione pro L. Muræna: *Et priscis iisdemque barbaris, etiam ridiculum fuisse*, ait, *vt homines, cum recte in loco constitisent, iuberentur abire, & mox vnde abiisent, eodem reuerti.* Sicut nos hodie Turcæ derident, cum cernunt deambulantes, & subinde eandem viam euntes & redeuntes. *Cur*, inquiunt, *in loco non consistunt, in quem peruenerunt, sed ex eo mox recedunt, vt & mox in eundem reuertantur eadem via?* Et ita Volones populos quosdam Hispaniæ Strabo lib. 3. scribit, cum primum vidissent milites Rom. ἀνακάμπτοντας, id est, reflectentes subinde eandem viam spatiandi gratia, vertigine agi & insanire existimasse, & veluti pietate ductos illis se viæ duces obtulisse. Sed hæc mittamus, quæ tamen in iudiciis seruabantur, antequam lis contestaretur, vt iuberentur litigantes *viam ire & redire*, & quasi deambulare ante conflictum. Hoc cum agitur extra ordinem non fit. Et addamus, etiam in actionibus ciuilibus, quæ pœnæ persecutionem habent, cum extra ordinem agitur, non seruari pœnam legitimam, vt in actione furti, non obseruatur pœna dupli, vel quadrupli, quia iudicia sunt extraordinaria, nec in iudiciis attendimus pœnam legitimam, sed fur deducitur ad præfectum vigilum, vel præsidem, vt domino restituta re, & pecunia furto sublata in simplum, corporali supplicio pœnam luat. Quā viam qui eligit, proculdubio amittit actionem furti in duplum, vel quadruplum. Et hanc vtique viam hodie omnes eligunt, contenti restitutione rei sublatæ, & magis cupidi pœnæ corporalis, quæ infligatur furti, quam pœnæ pecuniariæ in duplum, vel quadruplum, quæ ad eos redeat, quibus furtum factum est, *l. interdictum §. qui furem, de furt.* quæ est in eam rem elegantissima. Et ita in iudiciis criminalibus ordo legum, quo olim ea iudicia exercebantur solemniter, ritus eorum iudiciorum exercendorum non obseruatur, *l. ordo, de publ. indic.* Denique iudicia criminalia non peraguntur ex ordine, id est, rite, & solemniter, vt in illo loco Virgilii: *Soluitque ex ordine funes*, & illo loco, *Phrygiamque ex ordine matrem inuocat*, sed peraguntur temere, tumultuose, extra ordinem, id est, non obseruato ordine, rituque legitimo. Ordinarium, solemne, legitimum, idem est. Et his est aduersum quod extraordinarium dicimus. Suetonius in Vespasiano, *Nil extra ordinem indulsit, & legitima præ-*

mia non nisi sero persoluit. Opponit legitima pręmia extraordnariis. Idem in Augusto: *Non legitimos, atque ordinarios pugiles modo, sed & cateruarios, pugnantes temere, & sine arte.* Tertullianus in libro de fuga in persecutione: *In legitima oratione*, inquit, *cum dicimus ad patrem: Ne nos inducas in tentationem.* In legitima oratione, quia ceteræ orationes extraordinariæ sunt. Vna legitima, quam ore suo sanctissimo Dominus noster nobis edidit atque composuit. Addamus, etiam pœnas criminum legitimas in vsu esse desiisse, & indici pœnas extraordinarias iudicum arbitrio, *l. 2. de prauaricator. l. lex §. vlt. D. ad leg. Iul. repetund. l. vlt. D. ad leg. Fab. de plagiar. l. hodie, de pœn. l. in Senatusconsultum §. an ad eos D. ad Turpill.* Quamobrem hodie pœna appellari potest, cum tamen olim non posset appellari a pœna legitima, quia a lege non est appellatio *l. si qua pœna, D. de verbor. signific.* Etiam addamus quod est in *l. 2. ex quib. caus. maior.* hodie maiores 25. annis per absentiam suam, vel alterius, læsos in integrum non restitui a prætore ex edicto; sed ex Constitutionibus, vel Senatusconsultis extra ordinem in integrum restitui a principe solo, quod fit hodie, vel a senatu: Nam etiam minores quam 25. annis nati, non restituuntur in integrum a prætore ex edicto, sed ex Constitutionibus a Principe solo. Apud Cassiodorum lib. 4. epist. 35. *ex rescripto regis ad actores Albini minoris 25. annis, Albinus restituitur in integrum.* Eleganter Tertullianus in Apologetico: *Veterem & squallentem syluam legum nouis principalium edictorum, & rescriptorum securibus truncari & cædi*, id est, *res agi extra ordinem pro libidine principis*, id est, *non iure directo, non ex præscripto legum.* Et similiter litis futuræ denuntiationes solemnes, quæ olim fiebant, & condictiones dicebantur, vt in iure Augurali. Seruius in illum locum Virgil.

Tertia lux classem, Creteis sistet in oris.

Condictionem esse denuntiationem, cum denuntiabatur, vt ante tertium diem quis ad inaugurandum adesset. Hæ, inquam, condictiones, & denuntiationes solemnes futuræ litis hodie non sunt in vsu, nec tempora, quæ post denuntiationem vtrique parti dabantur ad causam agendam, *§. sic itaque, Instit. de action. l. 1. C. Th. de denunt. vel edit. rescript. &c.* Quia iudicia sunt extraordinaria, non legitima. Et eadem ratione hodie interdictis proprie non vtimur: sed statim agimus missis solemnibus, vtili actione ad instar interdicti, quæ & extraordinaria actio dicitur in tit. *ff. de interdictis siue extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.* quibus scilicet magis vtimur: quia interdicta sunt iuris ordinarii, quo non vtimur. Post hanc actionem vtilem, quæ continet causam possessionis, vel quasi possessionis, agimus rei vindicatione, vel petitione hereditatis apud eundem iudicem, non apud alium, *l. ordinarij, sup. de rei vindic. l. nulli, sup. de iudic. cap. 1. extra, de causa possess. & propriet.* Non vt olim, de possessione apud prætorem: de proprietate, id est, de iure dominii apud pedaneum iudicem. Sed hodie, vt dixi, vtraque quæstio vertitur finiturque apud eundem iudicem, nec obseruantur illæ solemnes denuntiationes, quæ olim obseruabantur in interdictis, vt indicat *l. 6. C. Th. de denuntiat. & edit. rescripti.* quæ etiā abolentur in *l. 4. h. tit.* Nam lex 4. ambages vocat *denuntiationes* illas, & condictiones solemnes, vt patet ex *d. l. 6.* Et ait hæc lex 4. *ruptis veteribus ambagibus*, id est, prætermissis illis condictionibus solemnibus, inter ipsa cognitionum auspicia, id est, statim ab initio actionem exprimendā esse, id est, vtilem actionem, qua agitur ex causa interdicti, puta exprimi debere causam interdicti, ex qua agitur vtili actione, puta agi ex causa interdicti vnde vi, vel ex causa interdicti quorū bonorum, vel quod vi aut clam, &c. Et ita *l. 3. h. tit.* ait, in extraordinariis iudiciis, quibus vtimur scilicet, non vti nos proprie interdictis, sed agere ad exemplum interdictorum: exemplum, vmbram, imaginem sequimur, & effectum, non ordinem & solemnia exercendorum interdictorum, vt in *l. 2. & 4. inf. vnde vi. l. vlt. inf. de lib. exhib. l. vlt. sup. de act. emp.* Nam ius directum & ordinarium, quo per interdictum litigabatur, vt Frontinus & Vrbicus libro de limitibus agrorum scribunt, *de possessione esse controuersiam, cum de totius fundi statu per interdictum, hoc est, iure ordinario litigatur.* Et ad summam, hodie hic est exitus controuersiæ de possessione & proprietate, vt de vtroque simul agi possit, id est, vt vtraque quæstio possit cumulari, cuiuscunque interdicti causa fuerit, vel adipiscendæ, vel recuperandæ, vel retinendæ, vt in *l. naturaliter §. nil commune, de adquir. possess. & l. cum fundum §. vlt. de vi & vi arm.* quod latius explicat, *Obseruat. 7. cap. 38. & Obseru. 9. cap. 36.* Et iudex quoque, si velit, vtramque quæstionem de possessione & proprietate connectet, & simul iudicabit, atque finiet. Quod ne quis laboret in hac re, in epistol. Symmachus etiam constitutū fuisse ait. vel etiam (quod est frequentius) si hoc malit iudex, diuidat causam possessionis, & causam proprietatis: ac facta diuisione competentibus actionibus, vt ait *l. 3.* id est, vtilibus actionibus ex causa interdictorum, prius quæstio de possessione decidenda est, vt ex hoc ordine facto, inquit, id est, vt deinde peracto ordine, vel, vt dicam explicatius, ordinato & præparato iudicio proprietatis, & de possessione dicta sententia, tum quæratur de proprietate: & probationes dominii ab eo exigantur, qui succubuit in iudicio possessorio: Nam vt interdictum ita vtilem actionem hodie, & extraordinariam recte dicemus esse ῥυθμὸν, & ordinationem futuri iudicii petitorii: & hoc solum hodie retinemus ex iure ordinario, *d. l. ordinarij, sup. de rei vindic.* Monendi estis ad extremum male vulgo existimari, idem quod habetur in hac *l. 3.* vt diuisis causis prius disceptetur de causa possessionis, quam proprietatis, idem contineri in *l. 1. sup. de appellat.* & in *l. si de vi, D. de iudic.* cum in dict. l. 1. hoc duntaxat decernat D. Seuerus, vt prius finiatur lis ciuilis, & de possessione, & de proprietate, quam agatur de crimine vis illatæ possessori, de crimine interuersæ possessionis, quod decretum pugnat cum rescripto Hadriani, quod præferebat causam criminalem de vi, causæ de possessione, & de proprietate in *d. l. si de vi.* sed decretum Diui Seueri tanquam posterius magis sequendum est, quod etiam posteriores principes approbauerunt in *l. si quis, infra ad legem Iuliam, de vi.*



AD TITVLVM II.

Quorum bonorum.

Post titulum generalem de interdictis, datur specialis hic & is, qui sequitur de interdictis apiscendæ possessionis, vt est scriptum Flor. titulus 4. & 5. de interdictis reciperandæ possessionis. titulus 6. de interdictis retinendæ possessionis. Hæc enim est vna diuisio interdictorum, quod alia sint apiscendæ, alia reciperandæ, alia retinendæ possessionis, quam notauit etiam Ausonius in Grypho ternarii: *Interdictorum, inquit, trinum genus, vnde repulsus vi fuero, aut vtrubi fuerit, quorumque bonorum.* Apiscendæ possessionis interdicta sunt, quæ competunt iis, qui ante nacti non sunt possessionem: Et ex eo genere est interdictum quorum bonorum, de quo agitur hoc titulo, quod sic appellatur a primis verbis edicti, quo promittitur, vt in *l. 1. tit. super.* Interdictum, *si arbor in ædes alienas impenderit:* & in titul. seq. *Interdictum quorum legatorum, & interdictum quod vi aut clam, Interdictum vti possidetis, Interdictum vnde vi.* Qualitates interdictorum per principia edictorum, quibus ea se daturum prætor pollicetur, ostenduntur, vt actiones quoque a primis

verbis edictorum. Actio si certum petetur, quæ est de credita pecunia, actio si quadrup. pauperiem fecisse dicetur, quæ aliud nomen non habet, quam quod ita sumit ab initio edicti, & actio quod iussu, & actio quod metus causa, vt Hebræi libros sacros his verbis nominant, a quibus incipiunt, vt librum Geneseos, librum *In principio:* librum Exodi, librum *hæc sunt nomina:* librum Leuit. lib. *vocauit,* librum Numerorum, vocant, librum *locutus est:* Deuteronomii, librum *hæc sunt verba.* Porro interdictum quorum bonorum competit ei, cui prætor dedit bonorum possessionem ex testamento, vel ab intestato. Hæc a prætore datur de plano sine causæ cognitione cuilibet petenti, nulla ab eo exacta probatione cuiusquam rei. *comme au Palais on baille des lettres de Chancellerie:* Ita etiam possessiones bonorum cuilibet dantur temere, & inexcusso iure petentis bonorum possessionem & quæ data est, tribuit tantum ius agendi, ius instituendæ litis, ius persequendi patrimonii, quod cuiusque cum moritur fuerit, non etiam tribuit corporalem possessionem rerum: Nec enim bonorum possessio sic accipitur, vt rerum possessio. Rerum possessio est facti, & corporis, cum quis incumbit rebus, insidetque suo corpore: bonorum possessio est iuris, id est, ius successionis, non detentio rerum, *l.3.§.1. de bonor. possess.* Ergo postquam agnoui bonorum possess. si velim rerum hereditariarum possessionem, quam alius tenet, adipisci, vti debeo aduersus illum interdicto quorum bonorum *mihi possessio data est, &c.* vt scilicet confestim in me transferat possessionem, confestim, & vt ait *l.3.h. tit. omnibus frustrationibus amputatis,* id est, quod maxime notandum, remota denuntiatione solemni, & obseruatione temporum: sic enim etiam accipienda esse hæc verba, *ruptis veteribus ambagibus,* in *l.4. sup. tit.* quæ est eorundem Imperatorum, heri euidenter ostendimus, & nunc dico eandem interpretationem esse adhibendam ad hæc verba *l.3. h. tit. omnibus frustrationibus,* denunciationibus, scilicet, quæ olim seruabantur, & rem trahebant, amputatis. At notandum agentem interdicto quorum bonorum, non aliter adepturum possessionem rei, quam si iudici probauerit se esse fratrem, si tanquam frater petierit bonorum possessionem vnde legitimi, vt in *l.3.* vel si probauerit, se esse filium defuncti, si tanquam filius præteritus ante petierit bonorum possessionem contra tabul. vt in specie *l.1. h. tit.* Hoc etiam exigitur, vt probet se bonorum possessionem agnouisse, *qu'il montre son tiltre,* id est, causam agendi interdicto. Causa est bonorum possessio, quam agnouit. Vt probet etiam eam bonorum possessionem fuisse cum re, id est, cum effectu, quod est in *l.2.* integrum esse negotium, id est, post agnitam bonorum possessionem neminem ei hereditatem iure ciuili euicisse: ideoque in principio *l.1. hoc tit.* hereditatem petiturus, id est, de apiscenda possessione rerum hereditariarum acturus, iudicibus, inquit, allega de fide intentionis, id est, proba te esse filium, proba te bonorum possessionem agnouisse. Vnde notandum est, interdictum quorum bonorum dari tantum bonorum possessori, non heredi, qui iure ciuili exstitit: nam prætor suos tantum successores tuetur: Et ideo *in hac etiam l.1* illo loco, *hereditatem vel bonorum possessionem,* illud *(vel)* est adiectum ἐκ τοῦ παραλλήλου, *comme s'il vouloit dire,* id est, vt hereditatis nomine intelligeremus bonorum possessionem, vt *l.139. D. de verb. signific.* ait, *bonorum possessionem etiam hereditatis appellatione significari,* alioqui ex illo loco huius legis primæ, sequeretur interdictum quorum bonorum etiam heredi dari, quod est falsum, cum ei tantum detur, qui vice heredis est, id est, bonorum possessori, siue heredi prætorio. Item notandum interdictum quorum bonorum dari tantum aduersus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, vel dolo desiit possidere, vt in *l.2. h. tit.* quia dolus pro possessione est. Et ob id Arrianus Iurisconsultus in lib. de interdictis exposuit, quis possideret pro herede *l.11. de petit. hered.* propter interdictum quorum bonorum scilicet, quod competit tantum aduersus eum, qui possidet pro herede, vel pro possessore. Et is quidem possidet pro herede, qui putat se heredem esse, cum non sit, vel se bonorum possessorem esse, vel etiam, qui sciens se heredem non esse, agit se pro herede, & interrogatus, quo titulo possideat, respondet *pro herede.* Pro possessore autem possidet prædo, qui interrogatus, quo titulo possideat, impudenter respondet versa interrogatione in responsionem, quia possideo, nec aliam possessionis suæ causam adfert: Et vt petitio hereditatis, quam hoc interdictum ordinat & præparat, ita etiam hoc interdictum, quod quorum bonorum appellatur, datur in eum tantum, qui pro herede, vel pro possessore possidet rem hereditariam, licet minimam, *§. adipiscendæ, Inst. de interd. l. hoc amplius, de furt. l. licet minimam, de pet. hered. l. cum enim, si quis omis. caus. test. D.* Nam licet hæc iudicia ad vniuersitatem bonorum pertineant, & qui agit vniuersa bona persequatur, & sua esse petat, tamen id tantum consequitur, quod is, cum quo agit ex bonis hereditariis possidere deprehenditur, quantumuis licet minimum sit. Denique, quod notandum, horum iudiciorum instituendorum forma sumitur ex persona, id est, ex iure petitoris, quod habet in vniuersa bona. condemnatio autem fit ex persona possessoris, id est, pro modo eius, qui possidet, vt in id tantum restituendum petitori damnetur. At quæso videamus, cur hæc iudicia petitionis hereditatis, & interdicti quorum bonorum non reddantur etiam in eos, qui alio titulo possident, veluti pro emptore, pro dote, pro donato, pro legato, cur aduersus istos etiam non redduntur? Et vera ratio est, quia non est de hereditate, siue successione vniuersorum bonorum par iustaque contentio, *la partie n'est pas bien faicte,* nisi cum eo, qui etiam se heredem esse, vel successorem contendit, nisi vterque dicat, *se esse heredem,* & is, qui agit, & is, quo cum agitur, vt si possideat pro herede. Qui autem possidet pro possessore, cum nullam aliam adferat causam possessionis suæ, vt heres possidere præsumitur, cum etiam paratus sit subire iudicium de hereditate, aut possessione hereditatis. Qui autem alio titulo possidet, veluti pro emptore, mihi dicenti, *hereditatem aut vniuersitatem bonorum ad me pertinere,* non facit controuersiam vniuersitatis: nec enim *eam,* dicit, *ad se potius pertinere,* sed dicit, *se rei, quam possidet, dominium ex causa emptionis adquisisse:* quæ oratio non repugnat meæ. Ergo non est mihi iustus aduersarius. Et ita gloss. in *l. penult. sup. ex quibus caus. cess. longi temp. præscr.* & Græci Interp. ad *l.9. D. de petit. hered.* quod qui possidet pro herede ὑπόνοιαν δίδωσι, &c. id est. *facit, cum nullam dicat causam suæ possessionis, qui pro possessore possidet, vt suspicemur eum possidere, vt heredem, vt iure ineamus cum eo certamen de hereditate.* Hæc ratio est valde notanda, propter quam comparatum est, vt petitio hereditatis, & interdictum quorum bonorum non detur nisi aduersus eum, qui rem hereditariam possidet pro herede vel pro possessore, quoniam is solus facit controuersiam hereditatis. Ceterum addamus, possessione bonorum in possessorem translata per interdictum quorum bonorum, eum, a quo translata est possessio, eum qui possessione cecidit, si velit, posse agere petitione hereditatis, id est, petitorio iudicio, probantem scilicet hereditatem ad se potius pertinere, quæ secunda actio dicitur in *l.3 huius tit.* quia sequitur iudicium possessorium, id est, interdictum quorum bonorum. Et in *d. l.* hoc est valde singulare, quod ait, *legem naturæ ab intestato vocare fratrem ad successionem fratris:* Nam consanguinei in ea *l* vt semper in iure sunt fratres, non omnes cognati, sed fratres tantum in iure, *consanguinei* dicuntur. Non igitur filium tantum natura vocat ad successionem patris, *l. cum ratio, in prin. de bon. damnat.* sed etiam fratrem ad fratris, vel sororis successionem. Nihil aliud restat, quam quod ad

hæc quæri poteſt, cur interdictum quorum bonorum, quod hactenus ſemper contulimus cum petitione hereditatis, non datur in debitorem hereditarium, id eſt, in quaſi poſſeſſorem iuris: Nam *debitor hereditarius* eſt quaſi poſſeſſor iuris: ſed datur tantum in poſſeſſorem corporum hereditariorum, *l. 2. eod. tit.* cum tamen petitio hereditatis, quæ eſt etiam de vniuerſitate, detur in debitorem hereditarium, *l. regularíter, l. etiam §. vlt. de petit. hered.* Et vt breue faciam, ratio differentiæ eſt, quia petitio hereditatis perſequitur ius omne, quod defunctus habuit: interdictum quorum bonorum poſſeſſionem tantum corporalem rerum, quas defunctus poſſedit mortis tempore; interdictum, poſſeſſionis cauſam continet: petitio hereditatis, cauſam iuris.

B

AD TITVLVM III.

Quod legatorum.

IN hoc titulo proponitur aliud interdictum, quod ipſum etiam eſt apiſcendæ poſſeſſionis, & a primis verbis edicti appellatur, *Quod legatorum*, ſic eſt emendandus titulus, non *quorum legatorum.* Hæc enim ſunt fere verba edicti: *vt quod legatorum nomine, quis ſine voluntate eius, ad quem ea res pertinet, poſſidet, vel dolo malo fecit, quo magis deſineret poſſidere, id illi reſtituat, ſi ſatiſdatum ſit legatorum nomine, vel ſi per illum non ſtet, vt ſatiſdetur.* Ergo a primis verbis, *vt in Pandect. Florent.* appellatur *interdictum quod legatorum,* non *quorum legatorum.* Dico *ſine voluntate eius, ad quem ea res pertinet,* puta heredis, aut bonorum poſſeſſoris, cui incumbit onus præſtandorum legatorum, & intereſt heredis, vt ea ipſe præſtet, non etiam occupet legatarius ſine ſua voluntate. Non quidem ſemper, qua de cauſa, nec ſemper heredi datur interdictum quod legatorum, ſed ita demum, (quæ eſt vis totius interdicti) ſi interueniat lex Falcidia, puta legatis onerata, vel exhauſta hereditate, quia Falcidiam olim heres ſibi ſeruabat, non ipſo iure per vindicationem, ſed per retentionem tantum rei legatæ: hodie etiam per vindicationem, ex Conſtitutione Iuſtin. *l. pen. ſup. ad leg. Falcid.* Olim (vt dixi) heres tantum habuit retentionem Falcidiæ: & ideo legatario occupante poſſeſſionem rei legatæ vacuam non ex voluntate heredis, heredi neceſſarium erat interdictum quod legatorum, vt recepta re legata per eius retentionem ſibi ſeruaret Falcidiam, quam ſibi ſeruare aliter non poterat, quod conſtitutio huius tituli, euidenter oſtendit, & de fideicommiſſario idem ſtatuit, qui rem per fideicommiſſum relictam occupauit ſine voluntate heredis. Vnde, quod Vlpianus ait in vexata illa lege *1. de legat.* 1. per omnia eſſe exæquata legata fideicommiſſis. (quoniam ea lex tracta eſt ex *lib. 79. ad edictum,* Vlpianus tractauit de interdicto, quod legatorum.) dixi iamdiu, id tantum pertinere ad interdictum quod legatorum, & legem Falcidiam: nec enim dicit per omnia, & in omnibus, vt *l. 2. §. furioſus, de iure codicill.* ait, *furioſum per omnia & in omnibus abſentis loco haberi.* Ergo in illa *l. 1. per omnia*, non *in omnibus*, ſed in lege Falcidia tantum, & interdicto quod legatorum, quod Falcidiæ ex legatis, aut fideicommiſſis ſeruandæ cauſa heredi, aut bonorum poſſeſſori, aut heredi heredis competit. Et hoc item aperte confirmat *l. 1. §. ſi quis ex mortis, D. quod legat.* quæ docet in donationibus cauſa mortis ceſſare interdictum quod legatorum, quamuis alias inſtar legatorum obtineant, & ex eis quoque placeat detrahi Falcidiam ex conſtitutione Seueri. Sed ceſſat tamen in eis interdictum quod legatorum, vt eo non poſſit heres rem donatam a poſſeſſore retrahere, & via retentionis mox detrahere Falcidiam. Et ratio hæc eſt, quia hoc interdictum datur tantum ei, cuius intereſt, *l. vlt. §. ex hoc interdicto, D. eod. tit.* Et heredis nihil intereſt, vt ad ſe redeat poſſeſſio rei donatæ mortis cauſa, Falcidiæ deducendæ gratia, proptereaquod idem D. Seuerus ex donationibus cauſa mortis ei dedit vindicationem Falcidiæ, *d. l. pen. ſup. ad l. Falcid. & l. cum pater §. mater, & §. Meuio, de leg.* 2. quia princeps ille videbat, heredem non poſſe retinere id, quod iam donando defunctus corporaliter tranſtulerat in donatarium. Igitur, quia hoc caſu heres vindicationem habet Falcidiæ ipſo iure, ſuperuacuum ei eſt interdictum quod legatorum. Et eadem ratione ſi legatarius poſſeſſionem rei legatæ non occupauerit poſt mortem teſtatoris, ſed mortis tempore res legata apud eum fuerit, quia hoc etiam caſu heredi competit vindicatio Falcidiæ, proptereaquod retinendæ rei legatæ facultatem non habuit, ceſſat interdictum quod legatorum, id eſt, ſuperuacuum heredi eſt *l. lineam, ad leg. Falcid.* quamuis eo vti non prohibeatur, ſi malit retentione Falcidiæ, quam vindicatione vti. Vnde conſequens eſt, hodie ſuperuacuum eſſe interdictum quod legatorum, quia a Iuſtiniano, vt dixi, generaliter prouiſum eſt heredi ipſo iure data vindicatione Falcidiæ, nec tamen ab eo interdicto, quamuis ſuperuacuo, heredem repellit, qui eo voluerit vti oblata ſatiſdatione legatorum nomine: nec enim heres hoc interdicto legatario euincebat poſſeſſionem, niſi cauiſſet legatario de præſtando quandoque legato, & cauiſſet datis fideiuſſoribus, id eſt, ſatiſdato.

C

AD TITVLVM IV.

Vnde vi.

IN hoc titulo proponitur interdictum, quod reciperandæ poſſeſſionis cauſa ei competit, qui de poſſeſſione fundi, vel ædium vi deiectus eſt, quod appellatur *vnde vi*, nec omnino idem eſt quod beneficium redintegrandæ poſſeſſionis, quo hodie vtimur: nam huic locus eſt, etiamſi non vi, ſed dolo, vel metu, vel alio modo aliena poſſeſſio occupata ſit, vt titulo ſeq. & non tantum de re ſoli, id eſt, rei immobilis, ſed etiam de qualibet re mobili, cum tamen interdictum *vnde vi* competat tantum de re ſoli, de re ſolo cohærente, niſi ſi forte res quædam mobiles fuerint in fundo vel ædibus, vnde quis vi deiectus eſt, quia tunc hæ res venient in interdictum vnde vi, quod tamen principaliter non eſt de his rebus, aut de harum rerum poſſeſſione amiſſa recuperanda & redintegranda, ſed principaliter eſt de fundo vel ædibus, vnde quis deiectus eſt, vt *l. 1. §. illud vtique, & §. ſeq. de vi & vi arm.* Quod diſcrimen inter interdictum vnde vi, & interdictum aut quaſi interdictum redintegrandæ poſſeſſionis quo hodie vtimur (Nam apiſcendæ poſſeſſionis interdicta non ſunt in vſu, ſed retinendæ tantum & redintegrandæ ſiue reciperandæ) Id, inquam, diſcrimen etiam optime notauit Imbertus in *Inſtit. forenſibus*, quo libro quod ad trituram forenſem attinet, nullus eſt melior. At duo ſunt interdicta vnde vi, ſiue de vi: vnum *de vi quotidiana*, quod ipſum & quotidianum dicitur, de vi, quæ infertur ſine armatis, aut multitudine. Alterum *de vi armata*, & inter ea multæ & magnæ differentiæ. Interdictum quotidianum vnde vi datur tantum ei, qui ſibi poſſidebat prædium, vnde per vim deiectus, aut (vt veteres loquebantur) detruſus eſt, quia deiici nemo poteſt, niſi qui poſſidet *l. 1. §. interdictum autem, de vi & vi arm.* Interdictum autem de vi armata, datur etiam colono vi deiecto, aut creditori miſſo in poſſeſſionem rei ſeruandæ cauſa, licet ij ſibi non poſſideant. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illo, inquit, interdicto quotidiano, vnde ille me deiecit, additur, cum ego poſſiderem; in hoc autem interdicto de hominibus armatis non additur ſi oportet quæri, poſſideret nec ne.* Facit enim differentiam inter ea duo interdicta, quæ de poſſeſſione vi erepta comparata ſunt. Eſt etiam alia, quia

quia interdictum de vi quotidiana, vel actio vtilis, quæ pro eo hodie competit extra ordinem exemplo interdicti, est annalis, quod etiam sequimur hodie, id est, finitur anno vtili, *l. 2. hoc t. l. 1. §. annus, de vi & vi arm.* In heredem autem eius, qui vim fecit, non est interdictum de vi, vel vtilis actio ex causa huius interdicti, sed in eum est actio in factum perpetua, (quæ non est commiscenda cum illa actione vtili, quæ successit interdicto,) in id scilicet, quod ad heredẽ peruenit *l. 1. §. vlt. l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* vt & in specie *l. prætor ait. §. plane si quæratur.* cui adiungi debent verba, quæ sequuntur pro §. cum non sint separanda *nonnulli putant, &c. D. de noui oper. nunc.* Interdictum autem de vi armata est perpetuum, non annuum. Marcus Tullius 15. epist. *Postulabimus*, inquit, *ex qua heresi vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare.* Et subiicit, *in hoc interdicto* non solet addi, *in hoc anno*, id est, non est annuum, sed perpetuum interdictum. Et huc pertinet *l. 3. §. hoc interdictum, de vi & vi arm.* & interpolata est a Triboniano, vt docet *Obseruat. 5. cap. 20.* Sequitur alia differentia: interdictum de vi quotidiana datur ei tantum, qui recte, & sine vitio possidebat ab eo, qui eum deiecit, id est, qui neque vi, neque clam, neque precario possidebat ab eo, qui eum deiecit: Nam si ipse eum vi deiecerat, vel clam possessionem inuaserat, vel precario ab eo possessionem acceperat, postea vi ab eo deiectus, a quo *(vt dixi)* vi, aut clam, aut precario possidebat, non potest aduersus eum experiri interdicto vnde vi: sed si procul iis vitiis abest, aduersus eum habet interdictum vnde vi. Paulus 5. *Sentent. tit. eod. Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab aduersario, ab eodem aduersario impune deiicitur*, id est, sine metu interdicti quotidiani. Marcus Tullius pro Cæcinna: *In illa vi quotidiana*, inquit, *non satis est docere, se cum possideret, esse deiectum, nisi doceat, ita se possedisse, vt nec vi, nec clam, nec precario possederit.* Et hoc etiam ostendit lex *qui possessionem, de vi & vi arm.* Hæc est species: Si tu me vi deieceris, illico ego te, deinde tu me, mihi dari interdictum vnde vi, quod etsi in ipso conflictu atque congressu vi te deiecerim, non tamen propterea a te videor vi possidere: Vnde ex contrario colligitur, quod si vi a te possidere viderer, postea deiectus a te non haberem interdictum vnde vi. Idem probat lex *cum fundum, eod. tit.* cuius sententia hæc est: Colonus, qui fundum a domino locauerat, *le Fermier*, eo fundo a domino vendito, emptorem fundi iussum a domino siue locatore, eodemque venditore fundi venire in vacuam possessionem fundi, colonus intrare prohibuit, ac deinde ab emptore vi deiectus est: habet in emptorem interdictum vnde vi, quia, inquit, quod eum prohibuit intrare, non ideo videtur ab eo vi possidere, sed a locatore potius. Vnde etiam ex contrario colligitur, quod si ab emptore vi possideret, non haberet in eum interdictum vnde vi. Idemque confirmat lex *1. §. qui a me, D. eod. tit.* qui a me vi possidebat, id est, qui per vim mihi eripuerat possessionem meam, ab alio vi deiectus est: habet interdictum vnde vi: etiam prædo habet interdictum vnde vi aduersus alium, non aduersus eum, quem deprædatus est. Recte igitur illo loco, *si ab alio deiectus sit:* Nam si ab eo deiectus sit, a quo vi possidebat, proculdubio non habet interdictum vnde vi. Quamobrem & ex lege Toria, quam Spurius Torius tulit, cuius fragmenta ex ęneis tabulis edidit Petrus Bembus, vel ex lege Agraria, qui ex possessione vi eiectus est, quod eius is, qui eiectus est, possederit, quod neque vi, neque clam, neque precario possederit ab eo, qui eum ea possessione vi eiecerit, de eo demum recuperando interdictũ competit. Et hæc de interdicto quotidiano. Interdictum autem *de vi armata*, datur etiam aduersus eum, a quo qui vi deiectus est, vi, aut clam, aut precario possidebat, quoniam hæc est vis atrocior *l. sed si vi armata, de vi & vi arm.* Tria sunt vitia possessionum, vi, clam, precario, quæ nec rescripta principum abolere possunt, vt quæ quis iis modis tenet, ea iure rei eat inuito domino, quæ est sententia *l. 3. hoc tit.* nec conueniatur interdictis, quibus singula vitia corriguntur, interdicto vnde vi, interdicto de precario, interdicto de clandestina possessione: nam & huius interdicti fit mentio in *l. 7. §. Iulianus. D. communi diuid.* Donatus in Eunuchum: *his tribus modis*, inquit, *aliquid mala fide possidetur, nec rite res agitur, vi, clam, aut precario.* Et notandum (quod pertinet ad leg. 1. atque ita hodie explicabimus leg. 1. 2. & 3.) notandum, inquam, quod si a te nec vi, nec clam, nec precario possideo, vim, quam mihi sine vitio possidenti infers vt me deiicias, propellere me & propulsare posse, possessionis meæ tuendæ & defendendæ causa, ex continenti scilicet: Nam ex interuallo vim inferre ad recuperandam possessionem, iam non est propulsare vim, sed vlcisci: & vt propulsatio siue defensio omni iure permissa est, ita etiam vltio prohibita omni iure, *l. scientiam §. qui cum aliter, ad leg. Aquil.* Ius tuendi se, quod fit incontinenti, in ipso articulo atque congressu, naturale esse: ius vlciscendi se, non esse naturale. Vltio est honor debitus soli Deo. Licet igitur, vt ait lex 1. vnicuique vi lacessito vi defendere possessionem suam, adhibito, vt subiicit *l. 1.* moderamine inculpatæ tutelæ, id est, cum modo æquo, & pari, cum moderatione æquabili, & remota ab omni culpa, & ita, vt ne quid plus faciat, quam æquum bonumque est, puta, ne occidat eum, qui satagebat hoc tantum, non vt me occideret, sed vt me possessione depelleret, alioquin punietur excessus, punietur tutela, quæ excessit modum. Et ita in *l. si adulterium cum incestu §. Imperator, ad leg. Iul. de adult.* maritum, qui deprehensum necauit, puniri, non quod se vindicare non debuerit, sed quod plus fecerit. Seruato igitur modo ciuili inculpatæ tutelæ aduersus eum, qui mihi vim infert, vi defendere possum possessionem meam, si recte & sine vitio eam possideam, vt ait hæc *l. 1.* id est, si neque vi, neque clam, neque precario eam ab eo possideam, qui mihi vim fecit, quod ex contrario, ἐξ ἀναδιαστολῆς nobis præbet argumentum, eum qui vi, clam, aut precario a me possidet, sicut in me, si eum vi deiecerim, non habet interdictum quotidianum vnde vi, *vt docui supra*, ita etiam eum non iure propulsare vim, quam ei infero recuperandæ possessionis gratia, quam ipse mihi vi abstulit, maxime si vim inferam ex continenti, vt *l. 3. §. eum igitur, de vi & vi arm.* Nam si iure & legibus aduersus vim, quam feci, non potest mecum experiri, nimirum interdicto vnde vi, & multo minus potest mecum experiri manu & viribus: quin potius æquo animo ferre debet, si mihi, quam per vim eripuit, possessionem mox vi mea restituo mihi in ipso congressu; æquissimum est, vt quod fecit, patiatur, vt ait *l. sed & partus §. quæri, D. de eo, quod met. caus.* Quod fecit passus est, inquit, vt in *lege Rhodia cap. 6.* quod est tractum ex *d. l. sed & partus.* & idem exprimit quod illa lex. Et nihil est præterea, quod fideliter tradi possit in hac lege 1.

Ad Leg. IV.

Si de possessione vi deiectus es: eum & lege Iulia vis priuata reum postulare, & ad instar interdicti, vnde vi, *conuenire potes, quo reum causam omnem præstare oportet: in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos prædo percepit, venire non ambigitur.*

IN lege quarta proponitur eum, qui possessorem vi deiecit, non tantum teneri interdicto vnde vi, vel vtili actione, quæ pro interdicto competit, quod iudicium ciuile est, nec pœnale: sed etiam criminaliter teneri legibus Iuliis de vi priuata, vel publica, & ex constitutionibus Principum, vt in *l. 1. §. 1. de vi & vi arm. l. 1. inf. quand. ciuil. act. crimin. præiud.* & quod ait *d. l. 1. §. 1.* ex constitutionibus principum, id est, extra ordinem. Non ergo tantum pœna legis Iuliæ, sed etiam extra

ordinem ex constitutionibus puniri eum, qui vi alienam possessionem peruasit, vt *l.* 1. *in fine*, *& l. penult. ad leg. Iuliam, de vi priuata.* & non tantum ex constitutionibus illo loco propositis, quæ sunt veteres Constitutiones, sed etiam ex nouis constitutionibus huius tituli, maxime ex *l.* 7. *& l. pen.* Et additur in hac *l.* 4. interdicto vnde vi veteri possessori non tantum possessionem restitui & reformari: sed etiam omnem causam ei præstari, puta, fructus, quos petitor honeste percipere potuit, etiamsi prædo eos non perceperit: quod generaliter cum de fructibus æstimandis quæritur, non inspicimus, an reus, vnde petitur, fruitus sit, vel quantum fruitus sit, sed quantum frui potuisset petitor, si ei possidere licuisset, *l. si nauis* §. *vlt. de rei vindic. l.* 2. *sup. de fructibus & lit. expens.* Verum interdicto vnde vi, is, quo cum agitur, non tantum fructus præstat perceptos, aut percipiendos, id est, quos actor honeste percipere potuit, sed & pleraque alia: quoniam nomen *causæ*, quam hæc lex præstandam esse ait omnimodo, non tantum fructus complectitur, sed etiam partus, & pensiones prædiorum, & adquisitiones seruorum, qui erant in prædiis, vnde quis vi deiectus est, omnem vtilitatem: Denique omne id, quod interest venit in interdictum vnde vi, id est, omnia, quæ habiturus, vel adquisiturus erat, qui vi deiectus est, si vi deiectus non esset, vel æstimationem eorum, vt *l.* 1. §. *non solum, D. de vi & vi arm.* Ad hæc quærit Accursius, quid sit dicendum, si villa, aut domus, vnde quis vi deiectus est, postea sine dolo, aut culpa prædonis incendio combusta sit, quid si fundus voragine perierit, quid si homines, vel pecora, quæ ibi erant, suo fato demortua sint, an etiam prædo tenetur hoc interdicto eorum nomine quæ perierunt sine dolo malo, & culpa eius? Et recte respondet teneri, etiamsi is, qui vi deiectus est, parato aduersario iudicium accipere ex causa interdicti moram fecerit in eo conueniendo, & interim res perierit, quia licet alias, qui litigare paratus est, non videatur moram facere, sed purgare potius moram, si quam ante fecerit, offerendo se aleæ iudicii, *l. si quis solutioni, de vsur.* tamen hoc tantum procedit in debitore rei, vel pecuniæ ex contractu, qui non soluit, vt moram non videatur facere si paratus sit iudicio se defendere: nec idem procedit in prædone, vel fure, id est, in eo, qui vim aut furtum fecerit, aut etiam qui metu illato aliquid extorsit malo more, malo exemplo: nam hic plus, quam morator est, id est, in maiori est culpa & vitio quam sit mora, nec purgat vitium, quod contraxit vim inferendo, aut extorquendo aliquid per metum, aut faciendo furtum si se offerat iudicio, non ideo purgat vitium siue moram, aut verius plusquam moram. Et hæc est sententia *l. pen. D. de vi & vi arm.* quæ coniungenda est cum *l. vlt. D. de condict. furt.* eiusdem auctoris & libri. Et ex vtraque est explicandum, quod ait *l. videamus* §. *item si vi, de vsur.* nec mora mea mihi aliquid aufert, id est, mora petitoris in conueniendo eo, qui vim aut metum intulit, nihil ei aufert. Igitur secundum hæc prædo, id est, inuasor possessionis alienæ tenetur interdicto vnde vi, etiamsi sine dolo malo, aut culpa, quod notandum, vi desierit possidere, quia prædo, aut fur semper pro possessore habetur, quoquo modo desierit possidere, prædo semper vim facere videtur: vis initio facta semper perseuerat. Et hoc est, quod ait *l.* 1. §. *huic consequens, de vi & vi arm.* vt Florent: scriptum est, interdicto vnde vi teneri etiam eum qui vi sine dolo malo desiit possidere, & §. *ex interdicto*, eiusdem legis, ex interdicto vnde vi, etiam eum, qui non possidet, restituere compelli. Neque his obstat, quæ tamen prima fronte videtur obstare *l.* 3. §. *si quis, D. quod vi, aut cl.* quæ ait diserte; *eum, qui se iudicio defendere paratus est, vim facere desinere.* Sed loquitur ea lex de eo, qui initio operis faciendi, cum prohiberetur ab eo, cuius intererat opus non fieri, ne opus faceret, satis obtulit in ipso initio iudicio sisti, & dixit se iudicio paratum esse contendere. Ea re hic vim facere desinit, quam inchoauit, quia inter ipsa initia rem emendat, & a vi desistit, dum se iudicio offert, si is qui prohibet opus facere agere velit. At post vim peractam, puta post deiectionem nihil agit, qui se iudicio defendere paratus est, quia serius agnoscit bonam fidem, sed quidquid ex his rebus, quas per vim occupauit, intercidit, ad periculum eius spectat, quod Accursius ait verum esse indistincte, siue id, quod perit, periturum æque erat apud petitorem, siue non, nimirum hac distinctione non obseruata; quoniam, qui his rationibus alienas res possident, plusquam moratores sunt, id est, debitores qui tardi sunt in debitis exoluendis, & ideo illi indistincte tenentur. Nec obstat huic sententiæ lex *si cum exceptione* §. *quatenus, ff. quod metus causa*, quæ statuit hac in re idem esse ius interdicti vnde vi, & actionis, quod metus causa: nam vt ad eam legem respondeamus, cui Accursius strictim & obscure hic respondet scribens, satis esse, eum teneri in triplum: & vt hoc apertius intelligatur, quod dicimus, prædonem etiam eius rei, quæ periit, teneri, siue ea res fuerit peritura apud actorem, siue non, ab hac sententia excipiendus est casus vnus *d.* §. *quatenus*, puta si res perierit post condemnationem prædonis intra tempora iudicati: id est, antequam iudicato moram faceret: nam hoc casu, non aliter res ei perit interim, quam si non fuit æque peritura apud actorem: sed si fuit æque peritura apud actorem, quæ periit intra tempora iudicati, tunc reus relaxatur a condemnatione præstandæ rei in actione quod metus causa, & in interdicto vnde vi. Sed in eadem actione, quod metus causa, non relaxatur etiam a condemnatione pœnæ in triplum. Et hoc est, quod Accurs. ait, ibi, in casu §. *quatenus*, satis esse prædonem teneri in triplum, absolui autem a præstatione rei.

Ad L. V.

Inuasor locorum pœna teneatur legitima: si tamen vi loca eadem inuasisse constiterit: nam si per errorem, aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine pœna possessio restitui debet.

IN *l.* 5. *huius tit.* idem proponitur quod in *l.* quarta, puta prædonem, id est, eum qui vi inuasit possessionem alienam, non tantum teneri interdicto vnde vi, vt restituat possessionem, & omnem causam, sed etiam pœna legitima, id est, legibus Iuliis statuta: vel quia hæc lex est Constantini, qui pœnam capitis statuit in eos, qui per vim inuadunt alienas possessiones, *l.* 2. *C. Theod. ad l. Iul. de vi.* pœna legitima hoc loco, est pœna capitis. Et quod maxime notandum, coniungenda est hæc *l* 5. cum *l.* 1. *C. Theod. finium regund.* cuius pars exstat in *l.* 3. *sup. eod. tit.* & integra constitutio etiam extat apud Iulium Frontinum libro de limitibus agrorum, & *d. l.* 3. *& d. l.* 1. Et huius legis eadem est inscriptio ad Tertullianum virum perfectissimum comitem Diœceseos Asianæ, & subscriptio eadem, quæ vbique sic restituenda, *data* 14. *Calend. Mart. &c.* Et omnium harum legum sententia hæc est, si vicinus in agris dicatur inuasisse fines possessionis vicini, vnde inter eos sit orta controuersia de finibus, prius de possessione quæstionem esse finiendam, vt habuimus in *l.* 3. *tit.* 1. deinde agrimensorem esse mittendum ad loca, vt vtraque parte præsente oculis suis subiectis locis, vt in *l. si irruptione in fi. ff. fin. reg.* in re præsenti disterminet fines, & ita finiatur quæstio proprietatis: Nam (vt ait d. lex 3.) semper quæstioni de finibus cohæret quæstio proprietatis. Et ita Apuleius 6. Metamorph. *in causa finium contendi de proprietate, vel si altera pars se subtrahat, veluti is qui peruasit loca; nec adesse velit mensore inspiciente loca, vt nihilominus agrimensor mittatur ad inspicienda, & consideranda loca*, & vt ait integra lex, *si fidelis inspectio probauerit loca esse tenentis, tum*

tum vt petitor victus abscedat, atque ita res iudicetur μονομερῶς, id est, vna tantum parte præsente: vel contra si inspectio probauerit loca esse petitoris, tum inuasor pœna legitima teneatur, si tamen, *vt ait hæc lex 5.* quæ ex illa tracta est, vi loca eundem inuasisse constiterit: Nam vt subiicit *hæc l. 5.* si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sint, sine pœna possessori restitui debent. Hic obserua apud Frontinum sic legi, *loca data ab aliis possessa sunt*, quod plurimum facere videtur ad clariorem legis intellectum. Nam ponamus primum dominum ea loca possedisse, non possessionem eorum locorum fuisse vacantem, quo tamen casu primus Iustinianus domino dedit interdictum restitutorium aduersus eum, qui possessionem vacantem ingressus est & tenet *l. vlt. h. tit.* secundum quam legem tibi etiam liceret specie huius l. ponere, possessionem fuisse vacantem, vt Græci ponunt χολάζουσι. Sed secundum integram constitutionem Constantini, & secundum formam veteris iuris, ponamus dominum ea loca possedisse, & per errorem domini, puta dum alia loca pro aliis accipit, non admodum peritus possessionum suarum: vel per incuriam domini, dum non admodum curat possessiones suas, alios quosdam mihi bona fide ementi ea loca vendidisse pro suis, quæ dominus possidebat, & eorum possessionem mihi tradidisse, hoc casu non teneor pœna vlla, quia non deliqui, sed, *vt ait hæc lex*, domino teneor in hoc tantum, vt ei possessionem restituam, quam amisit, me in eam ingresso per errorem suum, vel non *curantiam suam*, & teneor non interdicto vnde vi, sed teneor beneficio momenti, id est, interdicto restitutorio, momentariæ possessionis interdicto, id est, quod generaliter competit de restituenda possessione alij quoquo modo interuersa, & perturbata, vel adempta beneficio (vt hodie loquimur ex *can. redintegrandæ, 3. quæst. 1.*) redintegrandæ possessionis, quod compellit reum etiam possessionem alienam, quam sine vi adeptus est, domino restituere, vt puta si per incuriam domini, vt ponit hic, vel errorem eam obtinuerit citra vim. Et ita apparet, quod notandum, beneficium illud generale redintegrandæ possessionis duci ex hoc loco, *& l. 8. h. tit.* dum ait, *interdictum momentariæ possessionis non semper pertinere ad vim*, quia scilicet pertinet etiam ad possessionem alio modo, quam per vim perturbatam, vel interuersam, quod etiam ostendit titulus sequens, *si per vim, aut alio modo, &c.*

Ad Leg. VI.

Meminerint cuncti siue vulgato rescripto mansuetudinis nostræ, siue sententia cuiuslibet iudicis vtantur in causis, conueniendos dominos locorum esse: aut si forte defuerint, eorum actiones ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quærendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur. Quod si præcepta nostra implere neglexerint, omni negotio, de quo iurgare cœperant, priuabuntur.

1. §. Sin autem habito plerumque colludio, curatores, vel tutores minorum his rem debitam ea occasione peruadant, vt pupillis, vel adultis iurgandi copia & fructus adimatur: his eatenus subuenimus, vt eosdem non atterat damno culpa temeritatis alienæ: sed illico quidem possessio ei, a quo est ablata, reddatur: curatores autem, vel tutores æterna deportatione punitos, bonorum quoque publicatio persequatur.

HÆc lex est de creditore, qui sub specie & terrore rescripti principis, aut sententiæ siue interlocutionis iudicis occupat possessionem rei sibi debitæ, non insinuato rescripto & sententia debitori. Sæpe lites inchoantur ex rescripto principis extra ordinem, vel ex sententia & interlocutione, vel commonitione iudicis, iubentis (*verbi gratia*) *vt quam rem ex illo instrumento apparet Lucium Titium debere Caio Seio, eius rei mox possessio in Caium Seium transferatur.* Sed creditor, qui

A eo rescripto, eaue sententia vtitur, cauere admodum debet, ne eo eaue abutatur potius, quam vtatur, quæ est cautio huius l. puta ne temere fretus illo rescripto, illaue sententia, siue commonitione iudicis irruat in possessionem rei sibi debitæ non conuento debitore, non seruato ordine iuris: Nam ea rescripta, quæ impetrantur & videntur desiderare præsentem promptamque executionem, aut præcepta iudicum, nunquam intelliguntur remittere ordinem iuris. Igitur, qui eo rescripto, siue eo commonitorio vtitur, prius debet conuenire debitorem, eundemque dominum eius rei, vel eo absente conuenire debet actorem rerum eius, siue dispensatorem, aut villicum, vel procuratorem, vt liti adsit nomine domini instituendæ ex rescripto, vel præcepto iudicis, vt sit ei copia defendendi: neque vero potest creditor nudo rescripto principis, aut nudo præcepto iudicis fretus sua auctoritate rem debitã occupare, *ne*, inquit lex, *inde iniuriarum nascatur occasio, vnde iura nascuntur.* Iura nascuntur ex rescriptis principum, ex præceptis & iussionibus iudicum. His ergo iuris remediis non debemus abuti ad iniuriam. Et hæc est sententia huius legis, hoc addito, eum creditorem, qui secus fecerit, coerceri damno litis, id est, ius crediti amittere, & illico ablatæ rei possessionem per interdictum restituere debitori, qui nunc desiit esse debitor. Non loquitur hæc constitutio de interdicto vnde vi, quia nullam vim facere videtur, qui nititur rescripto principis, aut præcepto iudicis, & secundum illud venit in possessionem rei debitæ: non ergo proprie loquitur de interdicto vnde vi, sed de generali interdicto restitutorio momentariæ C possessionis, quo etiam, quæ non vi, sed errore & incuria domini, vt *l. prox. sup.* aut rescripto vel sententia iudicis, vt *h. l. 6. & l. 2. t. seq.* quæ, *inquam*, etiam ita occupata est possessio, in integrum restituatur generali interdicto redintegrandæ possessionis, qua quis spoliatus est, etiam si citra vim, imo & hoc generali interdicto, quæ cum vacaret possessio occupata est absente domino in integrum restituitur ex *l. vlt. h. t.* In hac autem l. agitur de eo, qui sub specie & terrore iudicati, vel rescripti Principis, absenti & ignoranti debitori aufert possessionem rei debitæ. Igitur longe est alia species huius constitutionis, quam decreti Diui Marci, de quo in *l. pen. D. ad leg. Iul. de vi priu. l. exstat, D. quod met. causa*, quoniam decretum D. Marci pertinet ad creditorem, qui vim fecit palam in reposcendo debito: Et vtique vim facit creditor, D qui sine iudicis auctoritate vt ponitur in ea specie, rem pecuniamue debitam occupat, non concedente domino, qui sibi ius dicit. Hæc autem constitutio pertinet ad eum, qui sub specie iudicati, vel rescripti principis, sub specie iuris & ordinis inuasit rem sibi debitam. Non omnis inuasor est violentus possessor, & cum quem dicimus inuasisse, vt *l. 5. sup.* distinguimus vi inuaserit, an alio modo: Nam inuadere non est rapere, sed persuadere rem alienam. Et ad speciem huius constitutionis pertinet etiam lex *vn. in fine, sup. de suffragio.* Quidam, cui erat negotium aliquod expediendum rei suæ in aula principis promisit, se daturum aliquid cuidam aulico, si ei suffragium ferret in causa sua. ex eo promisso actio est, id est, suffragii promissi petitio est, puta præmii promissi pro suffragio. Sed si is, qui suffragium alteri tulit E in petenda pecunia promissa suffragii nomine, *solo commonitorio iudicis fretus*, id est, mandato quo iubetur qui promisit confestim exoluere, quod promisit, si hoc solo fretus sua auctoritate rem promissam occupet, causa cadit, quia ex commonitorio, siue mandato iudicis, non debuit rem inuadere, sed petere solemniter & rite. Igitur, quæ est species huius legis sextæ, eadem est etiam *d. l. vnica §. vlt.* At Decreti D. Marci longe alia est species, atque huius constitutionis: eadem tamen pœna in vtraque specie, puta, vt creditor ius crediti amittat. Vnde, & eleganter Hegesippus libro 2. de bello Iudaico: *Non petendo, sed vsurpando, quæ in petitione consisteret,*

etiam in pecuniariis causis praeiudicari solere, vt praeposteri litigatores causa cadant. Et sane sunt præpostéri, qui incipiunt ab executione, ab apprehensione rei debitæ: itaque causa cadunt, credito. In hoc igitur est in vtraque specie pœna eadem, quod & in hac, & in illa, creditor ius crediti amittat: sed grauius aliquanto punitur creditor, qui vim fecit, id est, qui nullo fretus præcepto iudicis, sua auctoritate rem debitam occupauit, quia, vt est in *Nou. 60.* non tantum creditum amittit, sed etiam alterum tantum præstat debitori; & hanc dupli pœnam Iustinianus introduxit. Tenetur etiam criminaliter lege Iulia de vi, vt ostendit *l. vlt. ff. ad leg. Iul. de vi priu. & l. in possessionem, inf. eod. & l. sed & partus, in fine, D. quod metus causa.* Tenetur lege Iulia criminaliter, id est, mulctatur tertia parte bonorum suorum redacta in fiscum, & fit infamis, quod etiam Iustinianus *d. Nouella 60.* ait supradicto decreto Diui Marci fuisse comprehensum, vt creditor teneretur pœna legis Iuliæ. Et sane id satis est comprehensum decreto D. Marci, cum eo declarauit, vim fecisse creditorem: Nam si vim fecit, consequens est, eum teneri criminaliter legibus Iuliis. Neque quod diximus de credito amittendo in vtraque specie, ei quidquam obiiciatur legatarius, qui non ex voluntate heredis occupauit rem legatam, qui tamen tenetur tantum interdicto quod legatorum, non etiam amittit legatum, quia scilicet hic casus pertinet ad rei legatæ possessionem vacantem, quam apprehendit legatarius, & quam heres nondum nactus est, cui etiam propterea datur interdictum quod legatorum, quod non est recuperandæ, sed adipiscendæ possessionis, quia ante nactus non erat possessionem, quam nunc nanciscitur interdicto quod legatorum. Ergo vacabat possessio. & etiam non vtitur heres interdicto quod legatorum, nisi si interueniat lex Falcidia. Non obiiciatur etiam, quod affertur ex *l. ait prætor §. si debitorem, D. quæ in fraud. credit.* Ex qua lege colligitur, creditorem impune auferre pecuniam sibi debitam debitori fugienti, paranti fugam, veluti manu iniecta in debitorem & illata vi: nam hoc est ex veteri iure specialiter in debitore fugiente, quia debitor creditori non relinquit spatium agendi ex ordine iuris, ideoque potest ipse manu iniecta eum retinere in tanto periculo amittendæ rei suæ, nec ius crediti amittit, nec restituit pecuniam, quam abstulit; hoc est ex duodecim tabulis, *si caluitur pedemue struit, manum endo iacito:* Est quidem hæc via inciuilis fateor, & extraordinaria, sed inciuile etiam est, auferre creditori suum, quod extorsit fugienti debitori. Inciuile est, non probare, quod fecit creditor, quoniam excusat eum præsens periculum amittendæ rei suæ. Et eadem est ratio legis *vlt. §. vlt. D. quod metus causa.* Quidam creditor sine auctoritate iudicis, sine cognitione, pecuniam sibi debitam extorsit debitori, præsente tamen apparitore & interueniente, sine iudice, non sine apparitore, inciuiliter extorsit, vim fecit: nam quod apparitor præsens fuit, non ideo minus vim fecit, sed tamen qualis qualis præsentia apparitoris eum excusat, vt non compellatur corrigere, quod fecit per vim sui seruandi causa. Non omnis vis improbatur, etiamsi sit inciuilis, non quæ infertur coacte magis, quam ciuiliter, vt Tit. Liuius 38. ait, *vim factam pie magis, quam ciuiliter.* Ergo his casibus causa est excusandi creditoris, qui pecuniam sibi debitam debitori extorserit: At non in specie huius legis, cum ad iniuriam abusus est rescripto Principis, aut præcepto iudicis. Et notandum est, ad hæc verba constitutionis, *memin. cuncti sine vulg.* aliud esse vulgare rescriptum, aliud insinuatum, vt in *l. 2. C. Theod. vnde vi.* Insinuatur rescriptum, aut sententia iudicis, cum intimatur aduersæ parti, vt dispiciat, cedere an contendere debeat cognita litis causa. Vulgatur autem rescriptum cum quis passim ostentat rescriptum, quod obtinuit in rem suam a Principe. Non est autem satis vulgari rescriptum, sed etiam insinuari oportet aduersario, alioquin abutimur rescripto Principis, cuius mens non est, vt qui id impetrauit, negligat ordinem iuris. Et postremo notandum est, quod additur *in hac l.* grauiter puniri tutores vel curatores, qui in fraudem pupillorum suorum, vel adolescentium, forte colludentes cum eorum debitoribus sub specie iudicati, vel rescripti non insinuati debitoribus, rem pupillis debitam auferunt hoc animo, vt pupillos suos vel adolescentes, adficiant damno litis, damno crediti, quod facinus meretur grauissimam pœnam: ideoque constituitur, vt ij exspoliatores pupillorum, non tutores, bonis omnibus publicatis ob eam causam deportentur in insulam, & vt eorum temeritas nil noceat, sed restituta possessione temere occupata in necem pupillorum suorum, vt sit pupillis ius crediti integrum, vt liceat agere & persequi creditum ex rescripto principis vel præcepto iudicis. Et hoc generaliter seruatur in causis minorum, vt factum vel dolus tutorum vel curatorum non eis noceat, perinde ac si ipsi fecissent, vt tutores in re pupillorum sint vice pupillorum, id est, dominorum, non si quid agant, quod minuat rem pupilli, vt *l. neque in interdicto, D. de diuers. regulis iuris.*

Ad L. VII. Si quis in tantam.

Si quis in tantam furoris peruenerit audaciam, vt possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante aduentum iudicialis arbitrij violenter inuaserit: dominus quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori, & dominium eiusdem rei amittat. Si vero alienarum rerum possessionem inuasit: non solum eam possidentibus reddat, verum etiam æstimationem earundem rerum restituere compellatur.

Lex superior fuit de creditore, qui sub specie rescripti, vel præcepti, quo iubetur rem sibi debitam protinus accipere, eam rem occupat neglecto iuris ordine, id est, non conuento possessore, non insinuato rescripto, quem ob eam rem lex mulctat damno litis, & possessionem veteri possessori illico restituere iubet: nec enim impetrato eo rescripto existimare debuit, sibi remissum esse ordinem iuris, sicut is, cui princeps dat liberam testamenti factionem, debet intelligere non ideo sibi esse remissa solemnia iuris, *l. si quando, in princ. sup. de inoff. testam.* Ergo & qui rescripto principis nititur, vel præcepto iudicis, quo iubetur scilicet rem sibi debitam protinus exigere, arripere, accipere, non ideo tamen minus iure, & ex ordine experiri debet: quæ est præcipua vis & potestas legis superioris. Hæc autem lex est de eo, qui neglecto etiam ordine iuris rem suam vel alienam, quam alius possidet, audacius impulsus suo furore & audacia sola per vim occupat eiecto possessore. Et fit huius legis mentio tanquam celebrioris in Institutionibus duobus locis, in tit. *de vi bon. raptor. & in tit. de interd.* Et in formulis Cassiodori *lib. 9.* his verbis, *Sanctio,* inquit, *D. Valentiniani* (hanc legem intelligit) *aduersus eos diu pessime neglecta consurgat, qui prædia rustica, vel vrbana despecto iuris ordine per se, suosque præsumpserint expulso possessore violenter intrare.* Pertinet ergo hæc lex ad prædia vrbana, vel rustica, sed pertinet etiam ad quascunque res mobiles, quas quis temere per vim occupauit depulso possessore. Et sententia eius hæc est, vt si quidem rei suæ, quam alius possidet, quis possessionem per vim inuaserit eiecto possessore, dominio rei, quod habuit, cadat: sicut lex superior dixit, creditorem credito cadere, qui rem debitam inuadit, etiamsi vsus sit specie rescripti, aut sententia iudicis: & vt is, qui rem suam ab alio possessam per vim inuasit, confestim possessionem restituat veteri possessori conuentus generali interdicto restitutorio ad redintegrandam possessionem. Sin autem quis rei alienæ possessionem per vim occupauerit eiecto possessore, vt protinus restituta possessione veteri possessori, eidem præstet æstimationem eius

eius rei, vt ait etiam lex *pen.h.t.* vel etiam aliam rem eiusdem meriti, eiusdem pretii, vt ait idem Cassiod. *lib. 3. in epist.* cuius initium, *Inter gloriosas, &c.* Et hoc quoque confirmat *l. 4. sup. fin. regund.* quæ pertinet quidem duntaxat ad fines agrorum per vim, atque iniuriam vicini interuersos, sed ex *h. l.* trahitur ad omnem rationem per vim interuersæ possessionis alienæ, vt scilicet, qui eam interuertit, illico restituat in integrum, & hoc amplius alterum tantum præstet, quanti ea res est, vel aliam rem eiusdem pretii, vt fundum alienum vi peruasum mox restituat, & æstimationem fundi, aut alium fundum eiusdem æstimationis, eiusdem meriti. Ergo extra causam criminis quo tenetur, qui alium vi de possessione deiecit, ciuiliter etiam tenetur in duplum, id est, in rem, quam inuasit, & eius rei æstimationem: sicut creditorem, qui rem debitoris temere possidet, Iustinianus vult teneri in duplum ciuili iudicio extra criminale iudicium in *Nou. 60.* Sic igitur statuamus: Is, qui rei alienæ possessionem per vim inuasit, tenetur in duplum ei, quem deiecit per vim de possessione (in quo duplo inest res ipsa, nec enim totum pœna est) & tenetur in duplum, siue dolo malo, siue per errorem, puta existimans rem esse suam, eam per vim occupauit ex hac constitutione. Et ita, si res fuit immobilis, res soli: nam si res fuerit mobilis, & aliena, non sua, quam rapuit & expressit possessori, ita distinguimus: aut per errorem id fecit, dum existimat rem esse suam, & tunc etiam tenetur in duplum, ne quis hoc prætextu erroris se defendere vnquam possit, id est, rem debet restituere, quam diripuit, & rei æstimationem, etiamsi obtendat causam erroris, quia nec eo modo ad rei suæ possess. peruenire debuit. Et hoc casu tenetur actione vi bonorum raptorum in quadruplum, in quo inest res, quæ erepta est: pœna autē est tripli, quia mixta est actio, quæ & rem & pœnam persequitur. Hoc loco quæres non immerito, cur si res sit mobilis, quæ vi erepta est dolo malo, raptor teneatur in quadruplum, in quo inest res: sin autem fuerit immobilis, etiamsi dolo malo eam rapuerit indistincte teneatur in duplum tantum, in quo etiam inest res siue rei persecutio? Et dicā simplicem æstimationem rei immobilis plerumque maiorem, & grauiorem esse, quam triplicem æstimationem rei mobilis, quia plerumque longe maius est pretium rei immobilis, puta fundi, vel ædium, quam rei mobilis, puta vestis, aut animalis: & si qua sit res magni pretii, veluti gemma, aut monile aliquod preciosissimū, ea res mobilis eodem iure censetur, quo res immobilis *l. emptori §. 1. de euict.* vt Plinius scribit, *Margaritas in mancipatum venisse vt prædium aliquod, lib. 9. cap. 35.* Et hodie vsu receptum est, vt beneficium *l. 2. C. de rescind. vendit.* quod est proprie de rebus immobilibus, porrigatur etiam ad res mobiles, quæ sunt admodum pretiosæ. Rursum quæres, cur raptor rei mobilis, extra rem teneatur actione vi bonorum raptorum in triplum pœnæ nomine: fur manifestus, qui minus deliquit, quam raptor, quia nil egit per vim, teneatur pœnæ nomine in quadruplum extra rem furto subreptam, actione nimirum furti manifesti, & raptor in triplum intra annum tantum, quia annua est actio, fur manifestus in quadruplum perpetuo, etiam post annum? Et dicam raptorem aut esse manifestum, aut non manifestum, sicut fur, aut est manifestus, aut non manifestus. Non omnem raptorem esse manifestum, facessat, sed alium raptorem esse manifestum, quem dominus videt, aut deprehendit rem suam inuadentem, alium esse raptorem nec manifestum, vt puta eum, qui coactis hominibus effringit fores domus alienæ, in qua nemo est, & ex ea rapit aliquid nemine vidente, nemine reclamante, vt in *l. si quis vxori, §. vlt. ff. de furt.* Et actio vi bonorum raptorum non pertinet proprie ad raptorem manifestum, cum teneatur actione furti manifesti in quadruplum, & perpetuo, qua vtique actione sanus quisque persequetur potius raptorem manifestum, quam actione de bonis raptis in triplum. Et ideo proprie actio vi bonorum raptorum non est comparata in hunc casum, si raptor deprehendatur, quia in eum tunc suppetit grauis actio, nempe furti manifesti in quadruplum, *l. si vendidero §. cum raptor. ff. de furt.* At actio vi bonorum raptorum proprie pertinet ad raptorem nec manifestum, & per eam actionem raptoris nec manifesti deterior, quam furis nec manifesti conditio constituitur, quia fur nec manifestus tenetur in duplū tantum pœnæ nomine, raptor nec manifestus in triplū: & concurrunt quidem in hunc casum ambæ actiones, furti nec manifesti, & vi bonorum raptorum, adeo vt sit in arbitrio eius, qui vim passus est, vtra actione vti malit, & si primum egerit furti nec manifesti in duplum, deinde agere potest vi bonorum raptorum, in id, quod amplius in ea est. Et in libris nostris concursus, puta actionis vi bonorum raptorum cum actione furti nec manifesti fit mentio sæpissime *l. 1. ff. de vi bonor. rapt. d. l. si quis vxori §. vlt. & l. si quis egerit, ff. de fur.* quia scilicet ad hunc casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, cum furtum, siue raptus non est manifestus. At nusquam fit mentio concurrentis actionis furti manifesti cum actione vi bonorum raptorum, quia scilicet ad hunc casum proprie non pertinet actio vi bonorum raptor. sed ad casum furti nec manifesti; ex quo sane apparet grauiorem esse actionem vi bon. raptorum, quam furti nec manifesti, & electa actione furti nec manifesti superesse vi bon. raptor. actionem in id, quod grauior est actio, vel etiam, si quis intra annum nulla actione egerit in raptorem, neque furti nec manifesti, neque vi bonor. rapt. post annum vim passo semper est integra actio furti nec manifesti in duplum, quia perpetua est actio §. 1. *Institut. de perpet. & tempor. act.* At quæres, cur in specie legis *Christianis 6. sup. de paganis & sacrif.* videatur dari in perpetuum actio vi bonorū raptorum in duplum tantum, in quo insit res, vt puta si res mobiles Iudæorum, aut paganorum Christiani temere diripiant, tenentur Iudæis aut Paganis, non in quadruplum mixta actione vi bonor. rapt. sed in duplum tantum, ęque mixta actione? Et obseruandum, in *C. Theod. l. pen. eod.* in ea specie secundum ius ordinariū, edictumque prætorium fuisse scriptum, *Christianos teneri in triplum, vel quadruplum:* in triplum actione vi bon. raptor. in quadruplum actione furti manifesti, cum deprehensi sunt, & palam reclamantibus Iudęis bona eorum diripuerunt. Sed Tribonianus triplum, vel quadruplum mutauit in duplum, tanquam scilicet minus delinquant Christiani, qui quid Iudæo aut pagano, quam, qui Christiano aliquid diripiunt, & tanquam Christiano plus liceat in Iudęum, aut paganum, quam in Christianum: Quod an sit ęquum cogitandum relinquo: & ideo non ordinaria actione siue pœna tripli, aut quadrupli vult teneri Christianos, qui eorum bona diripiunt, sed pœna tantum dupli. Et recte Accurs. dixit esse specialem causam cuius rationem aperui satis. Verum notandum est, quod addit Cassiodorus in supradictis locis, *Eum, qui rem alienam per vim inuasit, si non sit par soluendæ æstimationi eius rei, in quam tenetur ex hac lege, corporali supplicio afficiendum,* quod in iure legimus frequenter, vt qui non habet in ære, pœnam luat in corpore, *l. vlt. inf. de sepulc. viol. l. vlt. ff de in ius voc.* Cassiod. *vt pœna satisfaciat, cuius facultas facinoris non satisfacit vltioni.* Et alio loco, *vt reddat debitum pœnis, qui non potest compensare pecuniis.* Et D. Ambros. serm. 78. *vt,* inquit, *qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat vel corporis vltione.* Et notandum etiam quod ait h. l. *Eum, qui rem suam, quam alius tenet, per vim occupat, rei suæ dominium amittere, eo abrogari l. 3. in fine. C. Th. ad l. Iul. de vi,* cui consentit etiā *l. 11. & 14. C. Th. quar. app. non recip.* quæ leges mediam tantū partem eius rei redigunt in fiscum, vt scil. mediæ tantum partis dominium amittat: at ex hac constitutione integrū dominium amittit. Et illæ constitutiones C. Th. faciunt, vt existimemus, dominium quod hæc lex ait inuasorem amittere, & totius rei dominium hodie redigi in fiscum: quod non

obseruant communes interpretes, non etiam cedere vim A passo, qui nec eius rei dominus fuit, sed possessor tantū. Et hoc procedit, *vt ait lex*, non tantū si possessio eius rei, quæ interuersa est, per vim fuerit constituta apud fiscum, sed etiam apud priuatum hominem, vt totius rei dominium cadat in fiscum, possessio nuda restituatur veteri possessori beneficio interdicti, & momenti. Et postremo etiam notandum in hac lege illo loco, *ante aduentum iudicialis arbitrij*, esse legendum ante *euentum*, quia de eo loquitur, qui per vim occupat possessionem alienam ante rem iudicatam, id est, ante iudicialis arbitrii euentum, qui non expectat sententiam, sed ipse sibi sententiam dicit temere, & inconsulto. Sic omnes veteres libri, *ante euentum*, non *aduentum:* sic *l. pen. h. t. euentu cognitionis iudiciariæ*. Sic *l. 3. C. Th. vnde vi, Nou. 1. Theod. de inuasor.* Id sic effertur, non expectata, vel aduersus B præsentem, vel in contumacem definitiua sententia, hoc est, ante euentum iudicialis arbitrii.

Ad Leg. VIII.

Momentariæ possessionis interdictum, quod non semper ad vim publicam pertinet, vel priuatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione, meretur.

Lex octaua est de generali interdicto redintegrandæ possessionis, quod momentum, & momentariæ possessionis interdictum appellatur, quod mox audiri (vt ait hac l.) mox dari, mox expediri debet sine vlla procrastinatione, & inde ei nomen. Et in *l. vlt. hoc tit. ge-* C *nerali iurisdictione*, id est, generali interdicto illo restitutorio, vt in Basilicis γενικῷ παραγγέλματι, *generali interdicto:* & quia generale est, ideo hæc lex octaua id non semper pertinere ait ad vim publicam, vel priuatam, id est, non semper pertinere ad possessionem vsurpatam vi armata, aut vi non armata, sed etiam ad possessionem vsurpatam alio modo, puta errore, vel incuria domini, vt *l. 5. hoc tit.* vel obtentu rescripti, aut decreti iudicis *l. 6. hoc tit. l. 2. tit. seq.* Denique momentariæ possessionis interdictum non semper comprehendit causam interdicti vnde vi, quod est speciale, sed & aliam causam perturbatæ, aut motæ possessionis alienæ in qua licet videatur existere crimen aliquod, quod mota sit possessio aliena, non tamen semper tanti est, vt exigat inscriptionē acto- D ris, qua se subiiciat pœnæ talionis. hæc enim est vis inscriptionis: sicut cum agitur de vi, vel de alio crimine publico, vel extraordinario, actorem subscribere in crimen oportet, & subiicere se talioni, nisi reum conuicerit, & peregerit. At in causa motæ possessionis, quia moueri potest sine vi aliena possessio, non semper exigimus, vt actor subscribat in crimen. Denique causa momentaria non semper adnumeratur grauioribus causis, aut criminibus, quæ exigunt inscriptionem actoris, & cognitionem præsidis prouinciæ, sed disceptari etiam potest a magistratibus municipalibus, vel defensoribus ciuitatis, & sine inscriptione actoris, vt si nulla sit vis illata possessori. Et hæc est sententia h. l. Et hæc sunt reponenda in vicem glossarum Accursii, quas damnamus vna litura. Ita vero crimen, aut causa abacti animalis nonnunquam E proponitur sine inscriptione, vt in *l. vnica ʃ. de abigeis*, vt puta si agatur de vno tantum pecore abacto, de vna tantum capra abacta, quo casu abactor, vt fur tenetur ciuili act. in duplum, vel in quadruplum, non abigeatus crimine extraordinario, quod accusatoris inscriptionem exigit. His similes sunt causæ de seruulo quodam fugitiuo, quem quis forte recepit, vel celauit vel de modica re direpta, aut furto sublata, vel de inuasis finibus paruulæ terræ, vt ait *l. causas, C. Theod. de iurisdict.* ex qua ducta est *h. l. 8. & dicta lex vnica, de abigeis, & l. pen. inf. de accusatio.* Et est in *d. l. causas*, legendum hoc modo, *paruulæ etiam terræ finiunt*, quam causam finium plerunque dirimunt agrimensores, vel arbitri aut pedanei iudices, nec desiderat cognitionem præsidis, vt ostenditur apud Iulium Frontinum de limit. agrorum, *l. si finalis & l. cunctis*, vt nec de interuersis, aut inuasis finibus modicæ terræ necesse sit inscribere in crimen modicæ rei, nec adire præsidem prouinciæ. Iniuria est de paruis, & minimis rebus præsidem prouinciæ iudicare, *vt l. vlt. sup. de pedan. iudic.* Et ex *d. l. causas*, adnotandum est, *ad leg. vlt. ff. de priuatis delictis, & l. vlt. ff. de furt.* quæ dicunt furti agi posse extra ordinem criminaliter, cum inscriptione tamen actoris, id verum non esse, si res modica furto sublata sit, quia quæstio rei modicæ inscriptionem non exigit actoris, sicut nec quæstio abacti vnius pecoris, quæstio celati vilissimi mancipii, quod erat in fuga, quæstio momenti si vis absit. Et si quæras, cur de re modica sit actio furti, non item actio de dolo, vt ait *l. 9. §. vlt. ff. de dolo*, dicam quodammodo plecti stultitiam eius, qui patitur dolo malo se circumscribi, qui non nouit fallaciam alienam, qui patitur sibi obliniri os, vt de eo non possit quæri, si res sit modica. Et licet furtum, quod nobis fit, imputetur nostræ culpæ, nostræ negligentiæ, quod non simus vigilantes in seruandis rebus nostris, tamen maior est stultitia eius, cui videnti & consentienti fallaciis quibusdam res sua eripitur, quam cui inuito, & ignoranti furtum. qua ratione etiam actio de dolo est temporaria, at actio furti est perpetua. Præterea notandum est *ad hanc l.* momenti beneficium aut momentariæ possessionis interdictum latius patere, quam vt contineat tantum causam recuperandæ possessionis: nam continet etiam hoc generale interdictum causam apiscendæ possessionis, vt interdictum quorum bonorum, & causam retinendæ possessionis, vt interdictum vti possideris, vel vtrubi: & non tantum interdicta restitutoria, sed etiam exhibitoria, quia & exhibitioni restitutio inest, quod memini me docere in *l. si colonus inf. de agric. cens. lib. 11*. Et secundum hanc generalem significationem Isidorus, *momentum*, inquit, *dictum est, a temporis breuitate, vt quam cito, quam statim saluo negotio principali possessio reformetur, nec in vllam moram perduci possit, quod repetitur.* Denique possessionis causa qualibet dicitur causa momenti, *vt in cap. 1. extra de causs. possess. & propriet. legali prouisione esse decretum, vt vnus idemque iudex iudicet, tam de momenti, quam de proprietatis causa.* legali prouisione inquit, *& intelligit leg. ordinarij, sup. de rei vind. & l. nulli, sup. de iud.*

Ad Legem IX.

Si quando vis in iudicio fuerit patefacta, deinde super rebus abreptis, vel inuasis, vel damno dato tempore impetus quæstio proponatur: si non potuerit, qui vim sustinuit, quæ perdidit, singula comprobare: taxatione a iudice facta pro personarum atque negotij qualitate, sacramento æstimationem rerum, quas perdidit, manifestet: nec liceat ei vltra taxationem a iudice factam iurare: & quod huiusmodi iureiurando dato fuerit declaratū, iudicem condemnare oportet.

In *l. 9.* hoc definitur, vt si is, cui vis facta est, non possit probare, quæ res ei direptæ sint, quod plerumque etiam est difficile probare, quod vis fiat tumultuarie: Si igitur non possit probare, quæ res ei direptæ sint tēpore datæ impressionis & constet tamen de vi & impressione, iudex ei nequeunti probare, quot qualesque res sibi areptæ sint, deferat iusiurandum in litem, quo scilicet æstimet damnum rerum, quod fecit, videlicet taxatione, *vt ait*, a iudice facta certæ summæ, ad quam vsque iuret, *se tanti scilicet æstimare, quod perdidit:* Nam iudicis est, iuriiurando in litem certum modum præfinire, vltra quem actori iurare non liceat, vt in *l. 4. §. iurare, & l. 5. D. de in litem. iur. l. arbitrio D. de dolo*, vel etiam iudicis est, moderari iusiurandum, postquam iuratum est, & minuere summam, in quam iurauit, litemque æstimauit actor, *vt l. sancimus, sup. de iudic.* Et iudex in condemnatione omnino sequetur iusiurandum, quod ipse prætaxauit

prætaxauit, non etiam quod ipse non prætaxauit. Ergo ex hac lege intelligitur in interdicto vnde vi iurari in litem, deficientibus actori probationibus. Et ait, *tempore impetus*, id est, tempore impressionis factæ, aut vis ἐφόδου. Et videtur significare Zeno tempus tyrannidis Basilici, qui rebellauit aduersus Zenonem, & occidentis imperium peruasit, & singulorum facultates: De qua tyrannide ad eundem Sebastianum Præfectum prætorio, ad quem est hæc lex scripta, est etiam intelligenda, *l. decernimus. sup. de sacros. eccl.* Et ita hanc quoque *l. 9.* si referas ad tempus illius tyrrannidis, siue ciuilis seditionis, ex eo etiam dices, bello ciuili rapta, pacatis rebus si apud aliquem agnoscantur repeti posse, quod etiam probat *l. 5. & l. vlt. C. Theod. de infirmandis eis, quæ sub tyrannide facta sunt.* Sueton. in Vespas. *Sorte elegit recuperatores, per quos ciuili bello rapta restituerentur.* Et similiter Cornelius Tacitus 4. Hist. *Sorte ducti, per quos redhiberentur bello rapta.*

Ad Legem X.

Non ab re est, quemadmodum possessionis alienæ inuasores, tam vetus, quam præsens sacra constitutio censuit esse puniendos: ita nec conductoribus, & possessionis alienæ detentoribus impune procedere, si locatoribus forte, vel possessionem rerum suarum, quam apud alios precario modo esse concesserant, recuperare secundum leges volentibus, cum nulla sibimet cognita legibus allegatio competeret, duxerint resistendum: & non protinus, id est, non expectato iudiciorum ordine, alienam possessionem recte eam recuperantibus cedere patiantur. Eos namque iubemus pro tanta suæ iniquitatis impudentia, si cognitionis iudiciariæ euentu fuerint condemnati: rei, cuius possessionem sponte restituere vsque ad definitiuā sententiam minime passi sunt, æstimationē victrici parti vna cum ipsa re præbere compelli.

Lex pen. est ampliatio, siue extensio *l. si quis in tantam:* Namque pœnam eius legis hæc lex pertrahit ad conductores, & ad eos, qui res alienas precario possident, si dominis eas recte, & suo tempore repetentibus restituere nolint, vt scilicet condemnentur in duplum, id est, in rem ipsam, & eius æstimationem, licet non ideo perfecte dominum interuerterint possessione rerum suarum, constituentes sibi possidere, quod ante possidebant domino, vt conductores scilicet, vel precarii possessores, quia nemo sibi ipse mutare causam possessionis potest *l. cum nemo sup. de adquirend. possess.* & tamen perinde atque inuasores, & interuersores possessionis alienæ tenentur in duplum, propter impudentiam suam & contumaciam.

Ad l. vlt.

Cum quærebatur inter Illyricianam aduocationem, quid fieri oporteret propter eos, qui vacuam possessionem absentium sine iudiciali sententia detinuerunt, quia veteres leges nec vnde vi interdictum, nec quod vi aut clam, *vel aliam quandam actionem ad recipiendam talem possessionem definiebant, violentia in ablatam possessionem minime præcedente, nisi domino tantummodo in rem actionem exercere permittentes: nos non concedentes aliquem alienas res, vel possessiones, per suam auctoritatem vsurpare, sancimus talem possessorem, vt prædonem intelligi, & generali iurisdictione ea teneri, quæ pro restituenda possessione contra huiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus: Ridiculum enim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupauerit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere: cum talis depositio in furti actione iam dudum veteribus legibus definita est, dicentibus, si quis alienam rem aduersus domini voluntatem attigerit, furti actione teneatur: his videlicet, quæ super recipienda possessione a nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.*

A Lex vltima huius tituli dat interdictum restitutorium dominis, quibus absentibus, & non consentientibus, ab aliis rerum, quæ ad eos pertinent, possessio occupata est, cum vacaret, id est, cum a nemine possideretur, cum nec animo domini retineretur vt potest, neglecta nimirum ab eo & derelicta *vt in §. quod autem, Instit. de vsucap.* si occupata sit sine iudicis auctoritate. Hæc omnia desiderantur, vt absentes fuerint domini, & vacans possessio apprehensa sit sine iudicis auctoritate, & vt ab eo, qui non ignorabat rem esse alienam, cuius possessio vacabat. Olim hoc casu non dabatur vllum interdictum restitutorium, quia possessio quæ vacabat, id est, quæ a nemine possidebatur, non potest videri esse erepta, aut perturbata, aut interpellata, vt restitui debeat,
B sed domino competebat tantum rei vindicatio, id est, actio proprietatis, non etiam interdictum momentariæ possessionis, siue restituendæ possessionis, quam non habuit dominus. At ex hac constitutione, hoc casu etiam domino datur interdictum restitutorium: & censet Iustinianus pro prædone habendum esse eum, qui absente domino sine iudice rem eius ingreditur, relicta & vacante possessione, quam scit non esse suam, nec sibi debitam, aut obligatam. Ne quis hic obiiciat casum interdicti, *quod legatorum*, quo legatarius rem legatam, cuius possessio vacat, occupat impune rem sibi debitam, cuius possessio vacat, vt nec aliter heredi teneatur interdicto, *quod legatorum*, quam si intersit heredis interueniente lege Falcidia. At non occupat impune ex hac constitu-
C tione rem alienam quis non sibi debitam absente domino, & sine iudicis auctoritate, quinimo punitur vt prædo, etiam secundum sententiam *l. si quis in tantam*, quia non potest excusare se prętextu ignorantiæ: Nam *vt heic ait Iust.* omnes scire debent, id, quod suum non est, ad alium pertinere, vt in *l. vlt. §. nemo sup. comm. de legat:* Plautus in Aulularia: *Tu illam scibas non tuam esse, non abactam oportuit.* Et eleganter Demosthenes apud Stobæum λόγῳ 13. ad furem dicentem, *nesciebam rem tuam esse: at tu sciebas, & tuam non esse.* Et inde lex illa vetus apud Ælianum 3. Histor. & Platonem 11. de legibus: ὃ μὴ κατέθου, μὴ λάμβανε: *quod non deposuisti, ne tollas*; Et apud Ioseph. 2. aduersus Appionem ὃ μὴ κατέθηκέ τις, οὐκ ἀναιρετέον. Illud notandum ex hac l. vlt. in hac specie, quod Iustin. dat interdictum restitutorium ac si in prędonem,
D esse perpetuum, vt euidenter exprimit in fine legis, cum tamen alias dari tantum soleat intra annum vtilem: sed hoc ideo, quia res geritur inter absentes, vt in *l. 1. tit. seq.* magis subuenitur absenti, & ignoranti, quam præsenti, nimirum dato interdicto restitutorio perpetuo, id est, vsque ad tricennium.

AD TITVLVM V.

Si per vim vel alio modo absenti perturb. poss. sit.

Ad Legem I.

E *L. 1. Iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione priuati sunt, suscipiant in iure personas, & auctoritatis suæ formidabile ministerium obiiciant: atque ita tueantur absentes, vt id solum diligenter inquirant, an eius, qui quolibet modo peregrinatur, possessio ablata sit, quam propinquus, vel parens, vel proximus, vel amicus, vel colonus, vel libertus seu seruus quolibet titulo retinebat: nec eos, qui deiecti sunt absentium nomine possidentes, quia minime ipsis decisio causæ mandata sit, ab experiunda re secludant: nec si serui sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiusmodi conditionis hominibus causas perorare fas non sit, sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri conuenit: vt eos momentariæ persuade possessioni (sine vlla cunctatione) restituant, ac si*

reuersus dominus litigasset. Cui tamen domino, quolibet A *tempore reuerso, actionem possessionis recuperandæ indulgemus, quia fieri potest, vt restitutio propter seruos infideles, vel negligentes propinquos, vel parentes, vel proximos, vel amicos, vel colonos, vel libertos interea differatur: Absentibus enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandæ possessioni legibus præstitutum est: sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quæ supererunt ad disceptationem litigij, immutilata permaneant: iudicio seruato, iustis legitimisque absentibus personis: cum valde sufficiat possess. tenentibus absentium nomine contra præsentium violentiam subueniri.*

Hic tit. pars est superioris, & proprie pertinet ad possess. alienam, quam quis per vim, vel alio modo occupauit, abstulit, interpolauit absenti possessori, & quodammodo cohæret cum *l. vlt. t. sup.* hac ratione, quoniam *& illa l. vlt. & const. h. tit.* sunt de possessione occupata absente domino, sed illa de possess. vacante; hæ constitutiones de possessione, quam absens retinebat per aliũ, puta per seruum, aut colonum, aut amicum suum, aut libertum, aut propinquum; alius autẽ occupauit per vim expulsis hominibus possessoris, seruo, vel colono, vel liberto, vel amico, vel etiam qui eam occupauit alio modo, vt puta sub specie rescripti aut iudicati, vt in *l 2. h. tit.* Et interdictum recuperandæ possessionis, quod in hac specie competit, tria potissimum singularia habet. primum, vt expulsis hominibus qui absentis nomine possidebant, statim operam dante iudice interdictum detur, etiamsi causæ dictio, vt ait, eis mandata non sit. Regulariter nemo agit alieno nomine sine mandato *l. si pupilli §. vlt. de negot. gest.* M. Tul. *pro Roscio Comœdo. Alteri nemo petere potest, nisi qui cognitor est factus*, id est, quasi procurator: Sed ex causa momenti etiam sine mandato de redintegranda possessione recte agit, qui absentis nomine possidebat *ex l. 1. h. t. & vt l. vlt. sup. tit. prox.* ab actione furti, qua tenetur etiam is, qui rem alienam attrectat, quam dominus non possidet, cum id se domino non inuito facere iudicare debeat, argumentatur ad actionem momenti, siue interdictum, vt etiam hoc teneatur, qui absente & ignorante domino vacantem possessionem occupauit: ita quod ait *hac lex 1.* de actione momenti, vt possit perturbata possessione, qui alieno nomine possidebat absente, nec mandante domino, eam intendere, siue instituere, confirmari potest exemplo actionis furti, qua ex lege Hostilia licebat sine mandato cuilibet experiri nomine eius, qui erat apud hostes, vel qui Reipublicæ causa aberat, & nomine eius, qui in tutela erat capti ab hostibus, vel absentis reipublicæ causa, *vt in §. 1. Inst. de his per quos agere poss.* Et hoc est primum, quod singulare est in hac causa, absenti interpellata possessione, quam per alium possidebat. Item in hac causa singulare hoc est, vt seruis, qui nomine domini possidebant, & expulsi sunt, postulantibus detur interdictum momentariæ possessionis quo experiantur aduersus eum, qui expulit, vt in *l. vlt. sup. qui legit. person. & l. 1. & 4. C. Theod. vnde vi.* Regulariter seruum causas orare fas non est. sic loquitur, *l. 1. h. t.* forte respiciens ad illud Comici, *seruum hominem causam orare leges non sinunt.* orare est agere, quod & adorare *in 12. tab.* illo loco: *si adorat furti, quod nec manifestum escit* Et in seruis hoc est regulariter verum, *vt probat l. tutelas §. 1. ff. de capite min. l. 3. ff. ne quis eum qui in ius vocat. est vi exim. l. 3. §. si seruus, ff. de pecul. l. vlt. sup. de nox. act. l. 6. 7. sup. de indic. l. 4. sup. de obsequiis patrono præstan. Valentinianus Nou. de competitoribus, seruos*, inquit, *nec ab initio, quasi nec personam habentes, in iudicium admitti volumus.* Imo & serui precum quoque offerendarum principi, libelli offerendi principi incapaces sunt *l. 1. sup. de precib. Imper. offer.* Sed ab hac regula iuris excipitur casus ablatæ possessionis alienæ, quam dominus per seruum suum possidebat: Nam hoc casu seruus interdicto momentariæ possessionis agere potest, non etiam de proprietate, id est, secunda actione principali, quæ est de proprietate, quia secunda actio siue principalis, quæ est de proprietate omnino desiderat iustas & legitimas personas, id est, liberos homines: iudices etiam iubentur hac in re diligenter nauare operam, & quasi suscipere personas absentium, vt scilicet sine vlla cunctatione possessionem interpolatam in integrum restitui iubeant atque procurent. Accurs. hoc loco alium casum adiicit, quo existimat etiam seruum in iudicium ciuile admitti, quem sumit ex lege *vlt. sup. vbi causæ fisc.* Perperam: Nam illa lex vlt. non tantum loquitur de seruo, sed etiam de inquilino, vel colono domorum principis, quos siue agant, siue conueniantur super criminali, vel ciuili negotio, statuit, non alium obseruare iudicem, quam præ- B positum sacri cubiculi, ad quem pertinebat præcipue cura domorum Principis, adiuncto comite domorum. Et quatenus l. loquitur de ciuili iudicio, id tantum accommodari debet ad inquilinum, vel colonum, non seruum, quoniam cum seruo nulla est actio ciuilis, nec ex contractu, nec ex delicto: quatenus autem lex illa loquitur de criminali negotio, id solum potest accommodari etiam ad seruum, quia plerumque cum seruo potest esse criminale iudicium: seruus omnibus pene legibus publicorum iudiciorum reus fieri potest, *l. hos accusare §. omnibus, ff. de accusat.* Maxime iis legibus, quibus non adiicitur, cuius conditionis homo fecerit, veluti vt disputat M. Tullius pro Cluentio, *si in lege ita sit scriptum: quicunque ciuis Rom. erit, hac lege non tenetur seruus: At si ita sit scriptum* non expressa conditione hominis: *Quicumque* C *venenum malum fecerit, hominem occiderit: hac lege etiam seruus tenetur.* & fere omnes leges publicorum iudiciorum ita scriptæ sunt, non notata conditione eius, qui in eam incidit. Itaque recte dicimus, *omnibus pene legib. publicorum iudiciorum seruum fieri posse reum.* Et contra seruus quoque ex quibusdam legibus accusationem instituere potest aduersus liberum hominem, veluti de maiestate, aut de annona *l. mulieri, in fi. eod. tit. l. famosi, ff. ad leg. Iul. mai.* At ciuili actione nil refert, nata sit ex contractu, an ex delicto, veluti furti actione, quæ est ciuilis, aut vi bonorum raptorum, aut l. Aquiliæ, aut iniuriarum, seruus nec agere, nec conueniri potest, excepta actione momenti ex hac *l. 1.* Cuius exemplo, quoniam & supra iam bis contulimus actionẽ furti cum actione momenti, fortiter defendi potest, re domini absentis furto sublata, seruum furti agere posse, seruum furti agentem, a iudice non pati repulsam. Tertium, D quod est singulare in specie huius legis, hoc est, vt ex hac causa, interuersæ scilicet possessionis absentis, non vacantis, interdictum recuperandæ possessionis, siue actio momenti perpetuo competat, quod idem & in possessione vacante domino statuit lex *vlt. tit. sup.* Ergo etiam domino reuerso, si interim, qui expulsi sunt possessione, in qua erant nomine absentis, interdicto non egerint, etiam post annum hoc interdictum datur. Sic videmus magis subueniri absenti, cuius possessio interuersa vel occupata est, nimirum dato momento perpetuo, quam præsenti, cui datur tantum annale momentum, siue interdictum pro redintegranda possessione. Et hanc rationem *(vt opinor)* Cassiodorus, qui fuit magnus Iurisconsultus & quæstor principis, ait *7. variar. in formul. præfecti vigil. vigilibus momenti tempora dila-* E *tata esse*, id est, non esse coarctata anno vtili, quia scilicet vigiles, etiamsi in vrbe præsentes sint, vice absentium habentur *l. si maritus 2. §. legis ff. ad leg. Iul. de adult.* Et hoc est quod ait, *l. 4. C. Theod. vnde, vi ex hac causa de qua agimus & absentibus & in militia constitutis subueniri.* Vigiles autem constat esse milites.

Ad L. 2.

Lex 2. Nec imperiale responsum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris ex quacunque parte innouare

innouare possessionis statum, eo qui rem tenet absente, permittit, quia negotiorum merita partium adsertione panduntur.

LEx 2. docet, nec sub specie sola rescripti, aut interlocutionis iudicis absentis possessionem esse perturbandam, quia, inquit eleganter, quod in prouerbium cessit, *causarum merita partium adsertione panduntur*, id est, quia conueniri prius, & audiri possessorem oportet ex ordine iuris, & stato condictoque die aduersus eum disceptari de causæ meritis, præsente vtraque parte, non temere statim transferri possessionem, aut haberi statim pro iure translatam possessionem, quam quis arripuit, inconuento aduersario, nixus solo rescripto principis, aut præcepto iudicis, quo forte iubetur possessionem eam sibi vindicare: Nam hæc verba, *principis aut iudicis*, non intelliguntur abolere ordinem iuris. Et hæc *l.* 2. est B coniungenda cum *l. penult. sup. de adquir. possess.* quæ ait, *vitium huius possessionis*, arreptæ scilicet non conuento aduersario, *etiam heredem eius sequi, qui rescripto abusus est, etiamsi heres eius bona fide possideat ignarus vitiosi initij possessionis*, quia heres est successor iurium omnium defuncti, id est, virtutum & vitiorum; commodorum, & incommodorum omnium, ideoque eam rem non poterit vsucapere, si defunctus eam vi occupauerit, & tenebitur heres eius ad quem hæc possessio peruenit per defunctum, interdicto momentariæ possessionis, vt in *l. vlt. huius tituli.*

AD TITVLVM VI.

Vti possidetis.

Ad L. vnic.

Vti possidetis fundum, de quo agitur, cum ab altero nec vi, nec clam, nec precario possidetis, rector prouinciæ vim fieri prohibebit: ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet.

COnstitutionis huius tituli duas facio partes, quarum secunda est de iudicio petitorio, id est, de causa proprietatis. Prima pars est de iudicio possessorio, id est, de interdicto retinendæ possessionis, quod vulgo appellatur *vti possidetis*, D a primis verbis interdicti, quæ constitutio huius tituli proponit statim ab initio, & in idiotismo appellatur, *complainte en cas de saisine & de nouuelleté, ou plainte de Haro*: & est in vsu frequentissimum interdictum, quod de omni re, omnique iure competit, & sacro & profano, & est *(vt dixi)* interdictum retinendæ possessionis, quia prætor eo vetat vim fieri ei, qui possidet: pertinet autem hoc interdictum ad res immobiles. Aliud est interdictum retinendæ possessionis rerum mobilium, quod etiam a primis verbis appellatur *vtrubi*, de quo omnino est intelligenda *l. coloni, inf. de agricol. & cens. lib.* 11. quoniam ea l. in Codice Theodos. ponitur sub tit. *vtrubi.* Ergo quæ in ea lege appellatur *celeris reformatio possessionis*, quod est momentum, est interdictum vtru- E bi. Et inter ea interdicta vti possidetis, & vtrubi olim hæc fuit differentia. interdicto vti possidetis vincebat, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidebat: Nam qui possessionem habet ab aduersario vi aut clam, aut qui eã ab aduersario precario accepit, nunquam in causa possessionis vincit quia manifestum est vitium possessionis. Itaque aduersus illum, a quo habet possessionem malo more, id est, vi, aut clam, aut precario, ea possessio nihil ei proficere potest. non potest retinere ab eo aduersus illum: nam aduersus alium, a quo non habeo possessionem, possessio mihi proficit, etsi eam adeptus sim cum vitio. At *(vt dixi)* interdicto vti possidetis vincebat is, qui tempore redditi interdicti, nec vi, nec clam, nec precario ab ad-

A uersario possidebat: Nam hæc verba interdicti, *vti possidetis*, referuntur ad præsens tempus, id est, quo redditur interdictum *l.* 1. §. *interdictorum, ff. de interdict.* quæ talia esse prodidit Ælius Gallus IC. apud Festum, *vti nunc possidetis. & in l.* 3. §. *Labeo. ff. vti possid. Sicut nunc possidetis.* Articulus *(nunc)* præsens tempus significat. Denique interdictum vti possidetis concipitur in præsens tempus, & in eo præsentis temporis possessio spectatur. Interdicto autem vtrubi vincebat is, qui maiore parte anni retrorsum numerati, vt ait Paulus 5. *Sentent. tit. de interdict.* ὡς τ' ὅπισω ἀνακλωμένου, vt ait Theophilus *eod. tit.* qui inquam maiore parte anni retrorsum numerati, non prorsum, nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possederat *l.* 1. *ff. vtrubi.* Et ideo ad interdictum vtrubi omnino referri debet lex *maiore, ff. de verb. signific.* postea vero sublata est illa differentia, cœpitque vtroque interdicto vincere, non qui tempore redditi interdicti, non qui maiore parte anni, sed qui tempore litis contestatæ ex causa interdicti nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possidebat §. *hodie tamen, Instit. de interdict. l.* 1. *ff. vtrubi.* Ait. *Qui possidebat eo tempore, quo super hoc, id est, possessione ab aduersario inquietabatur.* Quæ verba sunt Triboniani, & significant tempus litis contestatæ. Ex quo apparet verum esse, quod fertur in foro, *qu'en defendant par contraire possession l'on trouble*, id est, eum cum quo actor litem contestatur ex causa interdicti ad retinendam possessionem, si rem defendat, inquietare actorem, eundemque possessorem videri, nimirum quia facit litem possessionis, qui iudicium de possessione accipit, nec cedit actori. Hodie ve- C ro longe alio iure vtimur, quam quod exposuimus: Nam hoc vel illo interdicto vti possidetis, vel vtrubi neque vincit is, qui tempore redditi interdicti, nec is, qui tempore litis contestatæ, nec is, qui maiore parte anni, sed is qui toto superiore anno, ipse auctorve eius, nec vi, nec clam, nec precario ab aduersario possedit: & ne vis fiat, res plerunque sequestro deponi solet, quam tamen sequestrationem recte recusat is, qui toto superiore anno recte possedit. Et hoc est quod dicimus, *que celuy-là a raison d'intenter complainte en cas de saisine & nouuelleté, qui est possesseur d'an & iour, contre celuy qui le trouble & empesche en sa possession, concluant à ce qu'il soit maintenu & gardé en sa dite possession, laquelle son aduersaire luy trouble induëment. & de nouuel, & en cas de debat s'il pense qu'il n'en puisse iouyr paisiblement, concluant que le bien soit saisi, & sequestré.* Quod inferius genus sequestrationis esse ex iure ciuili comprobabimus. Sed ad hæc prius notandum hac in re, quomodo distet actio ab interdicto: Nam possessori, cui datur interdictum vti possidetis, vel vtrubi, possessori *inquam*, rei corporalis, vltro nulla datur actio, neque qua dominium vindicet, quia sufficit ei possessio, & rei vindicatio non comparatur sine dispendio possessionis, *l.* 1. §. *interdictum autem, ff. vti possidet.* neque qua vindicet possessionem eius rei, quia iure ciuili nulla est prodita vindicatio possessionis. Ælius Gallus apud Festum (vt memini me recte emendare) *possessio*, inquit, *non est iis de rebus, quæ tangi possunt: neque qui dicit se possidere, is, hanc ego rem, potest dicere.* (quod est initium formulæ vindicationis) *Itaque*, inquit, *in legitimis actionibus, nemo ex iure Quiritum possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, vt prætor his verbis vtatur, vti nunc possidetis.* Et sententia Galli hæc est, possessionem esse rem incorporalem, quæ solo intellectu percipitur & abstrahitur, non sub sensus cadit nostros. Et quia formula vindicationis hæc est: *hanc ego rem ex iure Quiritum meam esse aio*, non conuenit possessioni: nam hoc prouocabulum *(hanc)* est demonstratiuum, & possessio, cum sit res incorporalis, demonstrari non potest: itaque nemo ex iure Quiritum lege agendo possessionem suam vocat, id est, nemo vindicat, sicut Cornificius ad Herennium: *suam hereditatem vocat lege agnationis*, id est, vindicat hereditatem,

tanquam agnatus, sed is, qui dicit se possidere, agit interdicto vti possidetis, vel vtrubi, eoque magis se, quam aduersarium possidere affirmat & postulat, vt se potius prætor tueatur, ne amittat possessionem. Et quod dicitur in *l.3.§.sed & vsumfruct.* §.*si mecum, &* §. *Pomponius, ff.ad exhib.* interdicturo dari actionem ad exhibendum, quod glossæ non intelligunt: non potest referri ad aliud interdictum, quam ad interdictum vtrubi: Nam interdictum vti possidetis, non pertinet ad res mobiles, de quibus est tantum actio ad exhibendum. Et aliis interdictis non dicimus nos possidere, nimirum, quia omnia alia interdicta non possessori dantur; proinde non vindicatur, aut quasi vindicatur aliis interdictis possessio; & actio ad exhibendum competit tantum vindicaturo, aut quasi vindicaturo. non igitur interdicturo, nisi interdicturo vtrubi, videlicet si in præsenti non possideat, sed possederit maiore parte anni, vel, vt hodie vtimur, toto superiore anno. Et de prima parte huius constitutionis hactenus. Secunda pars, quæ incipit ab his verbis, *ac satisdationis*, est de causa proprietatis, in qua, vt statim videbitur, & perspicue exponam sententiam huius partis, quam communes interpp. non assequuntur: & qui magna cum laude tenuit has scholas Franciscus, longe ab ea recessit: Nec in Accursio habeo, quod probem, præter hæc verba, *forma seruata*, inquit, *satisdando, vel de transferenda possessione.* Sententia hæc est, vt qui est reus in iudicio petitorio, id est, qui vicit interdicto vti possidetis, in illo iudicio petitorio satisdet actori de re conseruanda, & restituenda, si vincatur in iudicio petitorio: aut eo non satisdante, & actore offerente satisdationem, vt possessio transferatur in actorem, & ille ex reo fiat actor, & fungatur onere petitoris, solusque probandæ causæ proprietatis oneri subiiciatur, quod fit sæpe, vt quis veluti pœnæ causa ex reo fiat actor, possessione ab eo translata in petitorem, atque ita petitore facto reo, commutatisque personis vt in *l.ædificatum, de dam.inf. & l.si priusquã, de noui oper.nunt.* Neutro autẽ satisdante quid fiet? Sane possessor, qui interdicto vicit tanquam in pari causa erit potior, aut sane ea res arbitrio iudicis sequestro deponetur neutro satisdante. Et hic est ordo edicti perpetui & forma, de qua hæc lex loquitur, quæ seruatur & in multis aliis casibus; vt in petitione hereditatis, is a quo petitur hereditas, id est, possessio hereditatis, satisdare debet actori de seruanda re & restituenda ni vicerit: aut eo non satisdante, possessio transfertur in petitorẽ satisdantem. Neutro autem satisdante possessor potior habetur, aut bona sequestrantur, *l.de bonis* §.*vlt.ff.de Carbon. edic. & Paulus* 1. *Sentent.tit. de satisd.* Idem ordo seruatur in hac specie: Filius emancipatus præteritus, si petat bonorum possessionem contra tabulas, suo, id est, filio defuncti qui non fuit emancipatus satisdare debet, *se bona propria collaturum in commune, qu'il rapportera ce qui luy est propre.* Si non satisdat, possessio portionis contingentis filio emancipato transfertur in suum satisdantem de ea restituenda emancipato, cum emancipatus reipsa bona propria contulerit. Neutro satisdante portio emancipati sequestratur. Et hæc est sententia *l.1.* §.*si frater, & l.* 2. §. *vlt.ff. de collat. bon.* Postremo idem etiam ordo iuris seruatur in hac specie: heres condemnatus fideicommissario, appellauit, debet satisdare fideicommissario nomine fideicommissi, vel si non satisdet, transferenda est possessio rei per fideicommissum relictæ in fideicommissarium satisdantem: neutro autem satisdante, res per fideicommissum relicta sequestratur, *l.postquam,* §.*Imper. D. vt legat. nom. cau.* Et hunc ordinem etiam Imperator in secunda parte huius legis finito iudicio possessorio de retinenda possessione, vult seruari in iudicio petitorio, vt qui vicit interdicto satisdet, aut in satisdantem actorem transferat possessionem.

AD TITVLVM VII.

De tabulis exhibendis.

Ad L. vnicam.

Si in potestate patris fuerunt impuberes filij, & vos eis estis substituti, atque ita ad vos intra pubertatem illis decedentibus cœpit hereditas pertinere: de exhibendis testamenti tabulis interdicto vti potestis.

INterdicta, quæ sunt proposita superius, vel *restitutoria* sunt, vt quorum bonorum, quod legatorum, vnde vi: *vel prohibitoria*, vt interdictum vti possidetis. Sequuntur postea interdicta *exhibitoria*, quæ licet figura verborum sint exhibitoria, vi tamen ipsa τῇ δυνάμει restitutoria sunt: Nam vt in actione exhibitoria verbum (*exhibere*) restituendi vim effectumque in se continet, *l.Iulianus* §. *quantum, ff. ad exhibend.* sic & in interdictis exhibitoriis, vt actori scilicet restituatur, quod exhiberi desiderat *l.* 1.§. *in hoc interdicto*, illo loco, *sed omnino restituendum, ff. de liber.exhib.* & in *l.pacto 26. sup.de pactis. de chirographis exhibendis*, id est, *restituendis, & l.vlt.sup.de ædilit.act.seruum exhibere*, id est, restituere. Et hic si quæras, quid actio exhibitoria, quæ & ad exhibendum appellatur, distet ab interdicto exhibitorio: dicam hoc tantum, quod actione exhibitoria petantur res, quæ nostræ sunt, *l.3.* §. *si ipse, ff.de tab.exhib.* & quas mox nostras esse dicturi, id est, vindicaturi sumus: *interdicto* autem exhibitorio petantur res quæ nostræ non sunt, vt tabulæ testamenti, in quibus nobis aliquid relictum est, quæ non sunt singulorum, sed vniuersorum, quibus quid illic adscriptum est, *l.* 2. *in princip. D. quemad.testam. aper.* nec eas postquam exhibitæ fuerint vindicaturi sumus, vel etiam petantur interdicto exhibitorio liberi homines, qui nullius dominio subiecti sunt, nec vindicari possunt, aut peti actione ad exhibendum, *l.si liber, D. ad exhib.* vel etiam petantur liberi nostri, id est, filij vel nepotes, quos in potestate habemus, qui æque nostri, id est, in dominio nostro non sunt. (Aliud enim est dominium, longe aliud potestas) nec a nobis vindicari possunt, *l.1.§.1.ff.de rei vindicat.* Et ex his quidem interdictis exhibitoriis, primum hac lege proponitur interdictum de exhibendis siue proferendis tabulis testamenti, quod & momenti beneficium vocat Anianus *l.1.C.Theod.victum ciuil. criminal.ag.non posse.* & competit primis heredibus, vel etiam secundis, existente casu substitutionis, vt in specie legis positæ sub hoc titulo, vel legatariis, aut fideicommissariis, quorum interest tabulas testamenti inspicere, & describere. & generaliter omnibus, quibus quid in eis adscriptum est *l.3.* §.*solent, D. de tabul.exhibend.* Et rursus competit hoc interdictum aduersus eum, penes quem sunt tabulæ, si negat eas se exhibere posse, vel oportere *l.1.§.1.eod.* Nam si non negat, hoc interdicto frustra conuenietur, sed extra ordinem compellendus est eas exhibere, *l.2.* §. *vlt. D. quemad. testam. aper.* Dixi, hoc interdictum dari heredibus, quibus tamen etiam vindicatio tabularum competit, & actio ad exhibendum *l.* 3. *eod.* Sed hoc ita distingui volo, vt competat heredibus vindicatio tabularum tanquam suarum: nam tabularum testamenti quis iustius sibi adserat dominium, quam heres? Et ob id ad exhibendum quoque actio vt heredibus competat: hoc vero interdictum de tabulis exhibendis, vt heredibus detur, non tanquam de instrumento proprio suo, sed tanquam de instrumento publico, quod non est solius heredis, sed vniuersorum, quibus quid testamento adscriptum est, vt ait *l.* 2. *in pr. eod.* Cæteris autem extra heredes, quibus legatum, aut fideicommissum relictum est, hoc tantum interdictum competit de tabulis exhibendis, non vindicatio tabularum, non actio ad exhib. *l.3.§.si quis extra, D. ad exhib.* Et ex his facile cognosces, quemadmodum sit separanda actio exhibitoria ab interdicto exhibitorio.

AD TITVLVM VIII.

De liberis exhibendis seu deducendis, & de libero homine exhibendo.

SEquuntur in hoc titulo alia duo interdicta exhibitoria, & vnum prohibitorium, quod est *de ducendis liberis.* Primum autem interdictum exhibitorium est de *liberis exhibendis*, quod competit parentibus, qui eos in potestate habent, aduersus eum apud quem sunt non sua sponte. Dico, *qui liberos in potestate habent,* quæ quasi proprietatis quæstio est, & in hoc interdicto vertitur, vt docui *sup. tit.* I. *h. libri.* Dixi, *aduersus eum apud quem sunt*, quoniam hæc sunt verba prætoris, qui tamen in superiore interdicto de tabul. exhibendis maluit dicere, *penes quem tabulæ testamenti sunt.* Et ratio hæc est, quia liberi homines apud nos esse possunt, non etiam penes nos, tabulæ etiam penes nos, quo pertinet *l. penes, de verb. signif.* Apud significat personam & locum: penes, personam & dominiũ, aut possessionem. Eleganter Seneca in epistol. *quidquid est, cui dominus inscriberis, apud te est, tuum non est.* Ergo interdictũ de tabulis exhibẽdis datur aduersus eum, *penes quem sunt*, id est, qui earum dominium, vel possessionem habet. Interdictum autem de liberis exhibendis aduersus eum *apud quem sunt*, id est, qui quoquo modo retinet, siue dominii, siue possessionis iure: quia & liberi hominis dominium, aut possessio non est. aduersus liberos ipsos, qui sunt in potestate nostra, & apud se, non apud alios, non datur interdictum de liberis exhibendis, quo simul quæratur in potestate sint, necne. & hoc ostenditur in *l. 3. §. hoc autem, & §. seq. D. de liber. exhib.* & vtique aduersus liberos ipsos non datur principaliter, & vnice. Sed si principaliter agatur de hereditate, quam contradicente filio iure potestatis pater sibi per filium quæsitam dicat, in hanc quæstionem recte cadit vel incidit interdictum de filio ducendo, vt *l. pen. D. de lib. exhib. & l. 1. hoc tit.* & vtriusque quæstionis idem erit disceptator & iudex. Porro post interdictum de liberis exhibendis, subsequitur interdictum de liberis exhibitis ducendis, quod est prohibitorium, *id est*, vetat vim fieri ducenti liberos suos. Et de eo accipio, *l. 1. hoc tit. ex d. l. pen.* Et in Rubrica hic lego *diuisim*, seu *de ducendis*, quia in interdicto prætor *ducendi*, nõ *deducendi*, verbo vtitur, & nobis non licet mutare verba legum, aut interdictorum: quin & si vel tantillum mutauerimus, deteriora fecerimus. *Deducere*, est prosequi ducentem: *ducere*, præire deducenti. Secundum autem interdictum exhibitorium, quod in hoc titulo proponitur, est de libero homine exhibendo, quod patri datur de exhibendo filio emancipato: matri etiam de exhibendo filio vel filia, vt in *l. 2. hoc tit.* quæ est scripta ad matrem, & marito plerumque aduersus socerum de exhibenda ac ducenda vxore, vt *l. 2. ff. de liber. exhibend. & l. 3. hoc tit.* quæ est scripta ad Euodium maritum, quod animaduertendum est. Et generaliter hoc interdictum datur cuilibet extraneo studioso tuendæ libertatis, si quis liber homo dolo malo ab alio retinea- E tur, vt patri de filio emancipato, vel matri, quem alius retinet dolo malo. Est igitur quasi publicum interdictum, quia patet omnibus *l. 3. §. hoc interdict. ff. de liber. hom. exhib.* Quod ita verum est, si vt Vlpian. ait in *d. l. 3. §. plane si dubitat*, si is, qui exhiberi desideratur, pro certo liber sit: sic loquitur Vlpianus, vt Sallust. *pro certo constat.* Nam si quæratur de statu, si controuertatur de statu hominis, puta liber sit, an seruus, sicut *interdicto de tab. vel liber. exhib.* non oportet præiudicium fieri quæstioni hereditatis, *l. vlt. D. de tabul. exhib. l. pen. D. de lib. exhib.* secundum regulam *legis per minorem, D. de iudic.* Et vt Quintilianus ait declam. 319. *de vita*

A *cogitari, de maiori prius quæri oportere.* Ita Vlpianus in *d. §. plane si dubitatur*, ait, *interdicto de libero homine exhibendo, cum de statu quæritur, non oportere præiudicium fieri alienæ cognitioni.* Et satis apparet eum vocare *alienam cognitionem*, cognitionem de statu hominis, siue cognitionem de liberali causa: quamobrem semper existimaui, eo loci illud, *alienæ*, esse proprium nomen legis de cognitione liberalis causæ. Nam & auctores limitum mentionem faciunt, legis Alienæ, & apud Dionem in Vespasiano mentio fit *Alieni Vespasiano amicissimi.* Et in M. Tullii Diuin. illo loco, *deinde vt opinor habet Alienum, Cæcilius scilicet.* Asconius Pedianus, *quosdam Alienum velle intelligi proprii nomen esse*, quod est verissimum: *quosdam non esse proprium nomen, sed significari alienum*, id est, *alterius iudicij, non ex auditorio* B *prætoris hominem*, quod nemo vllus vnquam probauit, sicut nec nos in *d. §. plane si dub.* vt *alienæ*, sit alteri cognitioni: nec enim alteri cognitioni per alienam vnquam simpliciter vetatur præiudicium fieri, sed per minorem tantum maiori veluti, de hereditate, de statu, de capite, de causa fiscali. Neque vero cum eo, quod ait ille *§. plane si dubitat, (si de statu agatur, cessare interdictum de libero homine exhibendo)* quidquam pugnat *§. exhib. Institut. de interd.* qui prætorem ait, per interdictum iubere exhiberi eum, cuius de libertate agitur: quoniam hoc sic intelligi potest, cuius de libertate tuenda agitur, ne inuitus ab alio retineatur, quem pro certo constat esse liberum, nec negat, qui retinet, quia non facit ei controuersiam status, vel etiamsi illa eius §. verba, vt Theophilus, accipias de controuersia status, C quam facit is, qui tenet eum, quem in libertatem vindicare volo, hic erit sensus minime contrarius, *§. plane si dubitat*, vt huius iudicii de liberali causa præparandi gratia absque præiudicio possim desiderare eum hominem exhiberi, vel actione ad exhibendum, vt probat *l. de eo D. ad exhib.* vel hoc interdicto.

Finem huic operæ dabit quæstio hæc, *cur creditori non detur interdictum de exhibendo debitore, qui latitat apud aliquem, illo conscio?* Nam creditori denegatur hoc interdictum *ex l. vlt. §. vlt. ff. de lib. hom. exhib.* Et vera ratio, vt opinor hæc est, quia creditori aduersus debitorem latitantem alia suppetunt remedia ex edicto prætoris, puta vt mittatur in possessionem bonorum debitoris latitantis, quo nihil potest esse grauius, & quia creditoris pecuniariter interest, id est, agitur de ære D eius. At interdictum de libero homine exhibendo non datur ei, cuius pecuniariter interest *l. si liber ff. ad exhibend.* datur cuilibet fautori libertatis ciuium, etiamsi quod homo liber ab alio retineatur, propterea nihil ei absit, atque adeo nihil eius intersit, quod ad rem familiarem attinet, non retineri eum hominem tanquam suum, quia non multum a seruis distant, qui inuiti retinentur. Denique hoc interdictum de libero homine exhibendo non iuris sui, aut rei familiaris, vel pecuniæ tuendæ, sed officii tantum causa datur, *pour faire plaisir*, vt ait *l. 2. §. officij ff. de interd.* non datur quod pecuniariter intersit, sed quod hominis cuiusque intersit, hominem beneficio affici, & mutua officia commeare inter homines *l. seruus ff. de seruis export.*

AD TITVLVM IX.

De precario, & Saluiano interdicto.

IN hoc titulo proponuntur duo interdicta restitutoria, Precarium, & Saluianum. *Precarium* est de re precario concessa restituenda ei, qui concessit. Precarium autem, licet sit gratuitum, sicut donatio, & commodatum, non tamen idem est omnino, quod donatio, quoniam donatio non reuocatur, precarium reuocatur. Eademque ratione non est idem quod,

quæ *precariæ* dicuntur in iure Canonico, quæ non A reuocantur *c. vlt. ex. de prec.* Non est etiam idem quod commodatum: Nam commodatum reuocari importune non potest: Nec recte agis commodati, nisi tempori agas, vt si equum tibi commodaui, vt Romam ires, antequam eo Romam vectus fueris, eum tibi auferre non possum. At precarium quandocunque reuocari potest, etiam importune & intempestiue: atque etiamsi concessum sit ad certum tempus, reuocari ante illud tempus potest *l. cum precario, ff. eod.* quoniam totum hoc, quod precario rogatur conceditur que, descendit ex liberalitate, & bona volentia, seu libidine eius, qui precario concessit *l. quæsitum §. eum quoque, eod.* Itaque ex pœnitentia precarii repetitio est, sicut donati mortis causa, vel donati ob rem, alioquin non esset precarium. sed commodatum, a quo non licet pœnitere, a precario licet pœnitere, etiam statim. Et recte Decius in *l. in omnibus obligation. & l. contractus, de regul. iur.* reprehendit Panormitanum, qui in *d. cap. vlt. de precar.* scribit, precarium ex pœnitentia illico reuocari non posse, id est, statim atque concessum est, hoc est falsum, & alienum a natura precarii, qua liberalitate nulla est imbecillior, aut inconstantior. Reuocatur autem precarium interdicto, quod precarium dicitur, quo tenetur etiam heres eius, qui precario rogauit, & accepit, *l. 2. h. tit. d. l. quæsitum §. vlt.* Neque huic sententiæ obstat *l. cum precario §. vlt. ff. eod. tit. vel l. cum heres, ff. de diuers. temp. præscr.* quæ negant heredem eius, qui precario rogauit, teneri interdicto precario: nam breuis distinctio rem expediet in hunc modum: heres eius tenetur interdicto precario ex persona defuncti, ex C sua persona, puta si in possessione permaneat, non tenetur interdicto precario, quia nullas ipse preces adhibuit, & precarium finitur morte eius, qui precario rogauit, *d. l. cum precario, §. vlt.* atque etiam morte eius, qui precario concessit *l. certæ, in pr. ff. eod. tit.* Sed heres precarii possessoris, si post mortem eius in possessione permaneat, tenetur interdicto de clandestina possessione: quoniam (vt ait eleganter Paulus 1. *Sentent. tit. de interd.* non precario, sed clam possidere videtur. Commodatum autem morte finiri commodatarii, vel commodantis non inuenies, imo heredem commodatarii ex sua persona, & ex suo facto teneri actione commo- D dati *l. pen. sup. de commod. l. in commodato §. si ex facto, ff. eod.* Et preterea ex commodato nascitur vltro citroque actio ciuilis commodati, directa & contraria *d. l. in commodato §. sicut.* Ex precario autem nulla nascitur ciuilis actio, vt patet ex *l. eum qui §. is qui precario, ff. de furt. l. interdict. ff. de prec.* Hac ratione, quoniam precarium magis accedit ad donationem, quæ non est contractus, nec obligationem constituit, quam ad commodatum, vel alium contractum. accedit ad vtrumque, ideoque modo donatio, siue liberalitas, modo contractus dicitur in iure nostro, sed magis est donatio, reuocabilis scilicet, non irreuocabilis, non directa, non simplex. Itaque deficiente actione ciuili ex precarii causa, & nulla interueniente stipulatione de re restituẽda precario concessa, ex qua nascitur ex stipulatu actio ciuilis, necessarium fuit dari interdictum de precario, quod tamen non datur vltro citroque, id est, mutuo: sed ei so- E li, qui precario cõcessit. existente actione ciuili, veluti ex stipulatu, qua sibi cauerit is qui precario dedit, nõ est necessarium interdictum precarium, *l. & habet §. cum quis, ff. de prec.* Neque huic sententiæ obstant *l. 2. §. pen. l.* vel *l. duo §. vlt. eod.* quæ de interdicto etiam dant actionem præscriptis verbis, quam concedo esse ciuilem. Et his legibus ita respondeo: initio iure ciuili nullam fuisse actionem proditam de precario, propterea quod est magis simile donationi: sed postea ex constitutionibus cœpit etiam de precario dari ciuilis actio præscriptis verbis, hoc colore, quia ad aliquid est simile commodato, & ciuilis actio præscriptis verbis datur

ex omnibus negotiis (quod notandum) quæ ciuilibus negotiis, in ciuitate nimirum receptis & vsitatis, & proprium nomen habentibus adsimilia sunt, vt ex permutatione, quæ est similis emptioni, & quando res æstimata vendenda datur, quod negotium est etiam simile emptioni, & ex negotio do vt facias, quod simile locationi, & ex negotio facio vt facias, quod est simile mandato: quas similitudines non abs re notat semper & obseruat, vt nos eodem exemplo obseruemus eas, ex eisque ducamus rationem dandæ ciuilis actionis præscriptis verbis, *l. naturalis, ff. de præscript. verb.* quoniam hæc actio non datur ex negotiis, quæ ciuilibus negotiis proprium nomen habentibus minime adsimilia sunt, vt non datur ex negotio facio vt des, quoniam nulli negotio ciuili nomine prædito negotium il- B lud adsimilari potest: & datur tamen actio ciuilis præscriptis verbis ex negotio, de quo in *l. si gratuitam, initio, ff. de præscript. verb.* agitur, eadem ratione, quia constitutiones eam actionem dedisse diximus, ex precario nimirum, quoniam simile est commodato. Et species legis *si gratuitam*, quæ maxime pertinet ad hanc rem hæc est: Si tibi gratuitam habitationem dedero, quod negotium Viuianus Iurisconsultus dicebat esse commodatum, & ex eo dari commodati actionem, vt refert *d. l.* atque etiam *l. 1. §. 1. ff. commod.* Alii dicebant esse donationem, aut precarium: nam sicut precarium, *vt ante dixi*, ita etiam gratuitæ habitationis confessio finitur morte eius, qui concessit, & eius, cui concessa est *l. pen. ff. de cap. minut. l. Lucius, ff. de donat.* Itaque in re controuersa dubitationis tollendæ gratia *l. si gratuitam* ait, ex ea causa, neque dandam esse actionem commodati, vt Viuianus voluit, neque interdictum de precario, *vt l. & habet §. 1. ff. de prec.* Sed tanquam ex proprio quodam, & nouo negotio, simili tamen commodato, actionem præscriptis verbis. Et, quod dixi, ex constitutionibus, non iure ciuili proditam esse de precario ciuilem actionem præscriptis verbis, vt hæc dicerem mouit me *l. 2. ff. de precar.* quæ ait, *illam actionem præscriptis verbis de precario ex bona fide oriri*: quibus verbis, ne cauillemur, proculdubio significatur, eam actionem esse bonæ fidei actionem, vt in *l. pen. sup. depos.* iisdem verbis idem significatur. Et palam id quoque edicunt Basilica, *ad d. leg. 2.* in quibus ita est, ἔχει δ', &c. id est, *habet etiam, qui precario dedit, actionem præscriptis verbis, quæ est bonæ fidei.* Constitutionum autem est actiones facere bonæ fidei, vt constitutio Iustiniani definiuit, petitionem hereditatis esse bonæ fidei, constitutio Iustiniani actionem ex stipulatu de dote fecit bonæ fidei actionem. Ergo tres sunt actiones præscriptis verbis, quæ sunt bonæ fidei, ceteræ strictæ. Quæ competit ex permutatione, & quæ de æstimato proponitur, vt est scriptum *in §. actionem, Institut. de actionib.* & tertia quæ de precario competit. Sed non additur hæc tertia in *§. actionum*, quia minus frequentabatur, vt infrequens eius mentio in titulo de precario indicat, cum totus sit de interdicto, duo tantum loci de ista actione. Denique de precario agebatur interdicto iure ordinario, iure veteri, vel instar interdicti actione vtili extra ordinem, non ex constitutionibus actione præscriptis verbis: quia & reuera magis spectare debemus, cui rei precarium sit similius: Et similius est donationi, ex qua non est ciuilis actio, quam commodato. His addam etiam aliud discrimen commodati a precario, quod vsus introduxit, & opinio Doctorum tradit. Si rem meam, quam tibi per epistolam donaui, constituam me a te precario possidere, ea res a me tibi tradita intelligitur. Et hoc iure vtimur. *Constitution de precaire vaut deliurance, argum. leg. quisquis, inf. de donat.* At si constituam eam rem habere, tanquam mihi a te commodatam, non vtimur eo iure, vt intelligatur a me tibi tradita esse. Et tamen eadem interuenit ratio in commodato, quæ in precario, quoniam vtroque genere ego desino mihi possidere,

possidere, & incipio possidere tibi. Nec alia ratio differentiæ occurrit, quam quod *d. l. quisquis*, quæ retentionem vsusfructus pro traditione habet in donatione, quæ tamen ipso iure non perficitur nisi traditione naturali, seu corporali, vel mancipatione vel cessione in iure *l. 45. sup. 7. C. Theod. de donat.* quod, inquam, *l. illa quisquis* non sit temere porrigenda ad alios similes casus: nam illud non semper obtinuit, vt retentio vsusfructus haberetur pro traditione, vt ostendit *l. 8. Cod. Theod. eod. tit.* Et quod porrecta est ad constitutionem precarii, ad precariam possessionem, hoc vsus induxit, & opinio hominum, quæ non est ausa idem trahere ad vllum alium casum. Et hoc in donationibus tantum: nam in venditionibus, vel permutationibus, vel similibus contractibus indistincte verum est, non tantum retentionem vsusfructus, sed & retentionem rei, tanquam commodatæ, vel depositæ, vel locatæ, vel precario concessæ, pro traditione esse, *l. quod meo, ff. de adquir. poss. l. quadam mulier, ff. de rei vind.* Denique in donatione vel dote: nam & dos inter donationes numeratur, *l. vlt. §. 1. sup. de donat. ante nupt.* in donatione inquam, & dote, vt ait *d. l. quisquis*, non quælibet ficta traditio sufficit perficiundæ donationi: Sed retentio vsusfructus tantum, quæ propius imitatur corporalem traditionem rei donatæ. At in alio contractu quælibet ficta traditio sufficit. Strictius semper acceptæ sunt donationes, quæ etiam plerumque fiunt imprudenter & dissolute, vt non inscite Doctores nostri dixerint, *titulos de donation. & fideiussoribus*, esse fatuorum hominum. Nam & donationes insinuationem exigunt apud acta, quod alia negotia non exigebant. Et fuit certus donandi modus ex lege Cincia, & non potuerunt donari omnia bona generaliter, imo nec portio bonorum, veluti tertia aut quarta generaliter, sed singulæ res nominandæ erant, quod est prudenter constitutum in *l. 1. & 2. C. Gregor. de donat.* Nam & plerunque qui vno verbo dicit: *Dono illi omnia bona mea*, vel, *dono partem tertiam bonorum meorum*, est stultus, & imperitus rerum suarum, & si forte rogetur, quæ bona habeat, nesciet expedire: denique nescit, quanti sint ponderis illa verba paucula, *Dono omnia bona*, vel *dono tertiam partem bonorum meorum*. Itaque sermone illo nihil agitur, nisi singulæ res nominatim exprimantur. Et præterea donatio non perficiebatur quolibet modo, sed traditione corporali, aut mancipatione solemni, quæ fiebat certis verbis in iure, libripende, & quinque testibus præsentibus, vel cessione in iure, quæ erant traditiones ciuiles, & legitimæ. Et tandem placuit post aliquot controuersias, vt perficeretur donatio etsi donator retineret sibi vsumfructum rerum donatarum, & vt retentio vsusfructus cederet in vicem traditionis naturalis, neque alius fuit modus perficiendæ donationis ante Iustinianum, qui sicut emptionem, etiam donationem voluit perfici nudo consensu, impleri traditione: sicut emptio perficitur nudo consensu, impletur rei traditione, & numeratione pretii: nuptiæ perficiuntur solo consensu, implentur concubitu. Alterum interdictum restitutorium, quod proponitur hoc tit. *Saluianum* appellatur, a Saluio Iuliano forte auctore eius, quod quid sit, breuiter perstringam. Interdictum *Saluianum* est, quod locatori competit ad persequendam possessionem rerum conductoris pignori obligatarum tacite, vel specialiter, pro pensione prædii, *pour le louage de la ferme*. Est etiam quoddam *quasi Saluianum* interdictum, quod cuilibet creditori competit ad persequendam possessionem rerũ sui debitoris pignori obligatarum. Est igitur interdictum Saluianum, & quasi Saluianum, sicut est actio Seruiana de rebus conductoris pignori nexis, & actio quasi Seruiana, quæ & hypothecaria dicitur de rebus cuiuscumque debitoris pignori nexis. Et inter has actiones, & illa interdicta hæc differentia proponitur in *l. 1. hoc tit.* quod Saluianum vel quasi Saluianum interdictum detur tantum aduersus conductorem, vel debitorem, quia scilicet, omnia interdicta vi ipsa personalia sunt *l. 1. §. pen. ff. de interdict.* Seruiana autem, vel quasi Seruiana actio datur aduersus quemlibet possessorem pignoris, quoniam in rem actiones sunt. Et huic legi primæ nihil obstat *l. 1. ff. de Salui. interdict.* & quod Theoph. scribit in §. *interdict. quoque, Inst. de interd.* interdictum Saluianum dari etiam aduersus extraneos possessores, aduersus eum qui emit pignora a conductore, vel debitore, quoniam *hæc lex* 1. intelligenda est de directo interdicto Saluiano, quod datur tantum in personam. Illa autem *lex ff.* loquitur de vtili interdicto Saluiano, id est, concepto in factum, & in rem, quod non perperam intenditur eo modo etiam aduersus extraneum possessorem. Et ita recte respondet Accursius hoc loco: Alias differentias inter hæc interdicta, & Seruianam, vel quasi Seruianam actionem explicabit *caput 24. Obseruat. quinta.*

AD TITVLVM X.

De Ædificiis priuatis.

QVoniam multa sunt interdicta de priuatis ædificiis, vt interdictum, quod vi aut clam, quod est restitutorium, & tria interdicta de noui operis nuntiatione, quorum vnum est restitutorium, alia duo prohibitoria, vt suo titulo ostenditur, & in *tit. de damno infec.* interdictum de tollendis ruderibus ædium collapsarum in alias ædes *l. 7. §. vlt.* Et interdictum de tollendis iis, quæ vi fluminis in aliena ædificia importata sunt, *l. 9. §. de his.* Propterea superioribus interdictis subiicitur titulus *de ædificiis priuatis*, in quo potissimum agitur de statu, forma, & modo ædificiorum priuatorum, & de refectione & demolitione eorum, quæ bene intelligere profecto multum refert. Et statim quidem agitur in *l. 1.* de balneo priuato, quod & priuatum dicitur simpliciter in *l. 13. C. Th. de metatis*, & a Iuliano Ascalonita apud Harmenopulum *titulo περὶ βαλανεῖν*, vt in Idiotismo, *le priué, ou les priuez*, parti balnei attributo nomine totius: an scilicet is, qui balneum construit, ei possit ædificium superinstruere, qua de re dubitabatur, propterea quod Reipub. interest, ne quis male ædificet in ciuitate, ne quis re sua male vtatur §. *sed & maior, Institut. de iis qui sunt sui vel alieni iur.* & vt in vrbe ædificiis, quibus decoratur, sua constet firmitas, & virtus, quæ sine vitio permaneat ad vetustatem. Nec sane balneo aliter ædificium superponi potest, quam si seruetur forma & altitudo legitima ædificierum, vt ait *l. 1.* Forma in balneo exstruendo hæc est, quod etiam lex notat, vt sit balneum concameratum, atque etiam ædificium, quod balneo superponitur. Concamerationes sunt firmiores & diuturniores, quam contignationes aut coaxationes, quæ plano pede fiunt, & operis suspensione ipsa. Concamerationes superiores minus onerant inferiora ædificia; & inferiores oneri ferendo aptiores sunt, maxime si vti oportet, inferiores firmiores sint superiorib. vt Vitruuius præcipit libro VI. cap. vlt. Cum hypogea & concamerationes instituuntur, fundationes eorum fieri crassiores, quam in superioribus ædificiis futuræ sint structuræ. Et Galenus VIII. *de vsu partium* scribit de ea parte, quæ in nobis medium cerebri ventrem sustinet, concamerationis specie *testudines siue concamerationes*, quas ψαλίδας vocat, *omnibus aliis ædificiorum formis longe multumque præstare in ferendis oneribus.* Altitudinem autem ædificiorum legitimam constat, in vrbe fuisse ex lege Iulia 70. pedum, auctore Strabone in V. & ex constitutione Traiani 60. pedum, auctore Sexto Aurelio Victore in Traiano, quod recte Brissonius adnotauit. Atque etiam non tantum crassitudinibus (vt scribit Vitruuius V. cap. 1.) sed

etiam altitudinibus superiora ædificia inferioribus fieri contractiora. Et hæc de quæstione legis primæ, cui similis est quæstio *l. statuas, sup. de religios. & sumpt. fun.* an sepulchro, vel monumēto liceat imponere statuas vel alia ornamenta veluti *coronas*, quas architecti vocant, aut tectoria: propterea quod hæc videntur esse aliena a structura lugubri. Et Athenis quoque, vt Cicero scribit 2. *de legibus*, non licebat sepulchrum opere tectorio exornatum habere, nec hermas, quo verbo significantur statuæ, ei imponere. Sed aliter constituitur in *d. l. statuas*.

Ad Leg. II. VI. & VII.

L. 2. Negotiandi causa ædificia demoliri, & marmora detrahere, edicto diui Vespasiani, & Senatusconsulto vetitum est. Ceterum de alia domo in aliam transferre quædam licere, exceptum est: sed nec dominus ita transferre licet, vt integris ædificiis depositis, publicus deformetur aspectus.

L. 6. Si quis post hanc legem ciuitate spoliata, ornatum, hoc est, marmora vel columnas ad rura transtulerit: priuetur ea possessione, quam ita ornauerit. Si quis autem ex alia in aliam ciuitatem labentium parietum marmora, vel columnas de propriis domibus in proprias transferre voluerit: quoniam vtrobique hæc esse, publicum decus est: liceter hoc faciat. Data similiter facultate etiam de possessione ornatum huiusmodi ad possessionem aliam transferendi, quamuis per muros, vel etiam per mediam ciuitatem ea transferri necesse sit: ita vt ea solummodo, quæ illata fuerint ciuitatibus, exportentur.

L. 7. Nemini columnas, vel statuas cuiuscunque materiæ ex alia eademque prouincia vel auferre liceat, vel mouere.

Ex *l. 2.* huius tit. cum qua explicabimus *l. 6. & 7.* notandum est, Senatusconsultum & edictum D. Vespasiani, ne quis ędificia, vel partem ædificiorum, suorum quod addere licet ex *l. vlt. ff. de dam. infect.* vel villam *ex l. senatus, ff. de contr. empt.* demoliri possit promercii causa, *id est*, vt vendat marmora, columnas, statuas, tegulas, ostia, tigna, & aliam materiam per partes, quo genere plerumque plus acquiritur, quam si væneat solida domus. Sed senatusconsulto omnino prohibetur, alioquin eam rem fisco nuntiari *l. 1. ff. de iu. fisc.* & fisco eo nomine inferri pœnam dupli, quod conficitur emptore, quanti emit materiam dirutarum ædiū, ex toto vel ex parte, & venditore similiter, quanti vendidit, tantundem inferente fisco, vel alterutro inferente totum, & ab altero repetente partem; vt *d. l. vlt. & d. l. Senatus.* Videtur autem in *h. l. 2.* hoc ius tribui senatusconsulto facto secundum edictum & auctoritatem D. Vespasiani: Nam edicta Principum plerumque subsequebantur senatusconsulta, quæ idem decernebant vel confirmabant, vt in *l. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tac. cont. coniuncta l. si ventri, §. 1. ff. de reb. auct. iudic. possid.* At Spartianus hoc ius tribuit Adriano, atque etiam *l. ceteræ, de legat.* 1. quatenus consulum, qui in ea nominantur, nomina demonstrant, qui fuerunt sub Adriano. Et nihil vetat, vbi antiquioris constitutionis auctoritas cętemni cœpit, idem ius in nouam constitutionem transire. Et Spartianus quidem hoc Adrianum constituisse scribit, ne domus antiquæ diruerentur, transferendæ in aliā vrbem vllius materiæ causa. Et tamen hæc *l. 2.* simul ac *d. l. cetera §. item quæri*, ex eodem SC. probat, ex alia domo in aliam quædam transferri posse. At bene quædam, veluti ornatus vnius domus, hoc est, marmora, statuas, columnas, non etiam domum demoliri, aut partem domus totius, materiæ, aut partis in aliam domum transferendæ causa. Et rursus quædam transferri probat, non tantum intra eandem vrbem, sed etiam ex vrbe in aliam vrbem, maxime labentium parietum, vt ait *l. 6. hoc tit.* Ornatus transferri possunt de domo nostra in aliam domum æque nostram, non in domum alienam, vel ex rure & villa nostra in rus villamque aliam nostram, quod aperte proponitur in *l. 6.* Sed ei vehementer obstat *l. 7.* quæ vetat ex alia vel ex eadem prouincia columnas vel statuas, quæ sunt ornatus & cultus ædificiorum auferri, vel moueri: Dicere possis, translationem tantum ornatus labentium parietum permitti in *l. 6.* quoniam ita lex scripta est: Sed quæso animum aduertite. quamuis *l. 6.* ita scripta sit, videtur etiam non labentium parietum ornatus ex mente legis transferri posse, quoniam labentium parietum, quod ait, exemplum vnum est causæ, quæ nos impellat ad transferendū ornatum vnius domus in aliam. Quo exemplo non excluduntur aliæ causæ, quæ nos ad idem compellere possunt. Exempla non finiunt rem. Alii dicunt, in *l. 7.* translationem columnarum, & statuarum eam tantum prohiberi, que fit promercii, non ornandarum aliarum ædium causa. Hoc alii dicunt, id est, vaticinantur & diuinant: Nam in *l. 7.* hac de re nullum verbum. Ac præterea ait lex, *auferre vel mouere*. Auferuntur, quę detrahuntur vt transferantur ex alio ædificio in aliud. Mouentur columnæ, vel statuæ, quæ eruuntur ex officinis. Quæ vero est ratio, quæso, ne quas emi columnas, vel statuas a fabro, vel sculptore, loco moueam? sed tamen hoc, vel illo modo, quia non suppetit alius, hæc legum pugna vtcunque nobis eludenda est, qui non laboraremus, si lex 7. esset integra: At non esse integram apparet ex *l. 1. C. Th. de indulg. debit. & l. 2. eod. C. de itinere muniend. & l. 15. eod. C. de cursu pub.* quæ habent eandem inscriptionem, & subscriptionem, eundem diem, & consulem. Et ex illis in inscriptione legis 7. est scribendum ad Auicianum, non ad Vicianum. Et inuenio nominatim translationem marmorum, quam priuati faciunt, (quorum marmorum nomine nemo negauit, significari non tantum rudem & infectam materiam, sed etiam factam, puta columnas, vel statuas marmoreas.) Eam, inquam, translationem nominatim permitti in *d. l. 15.* Et hoc tantum ea l. prohiberi, ne ad transferenda marmora priuatorum in ciuitatibus vehicula, vel iumenta prouincialium. (quæ vocant parangarias, & paraueredos, *chariots ou bestes, qui portent charge.*) Ne igitur ad transferenda marmora priuatorum vehicula, aut iumenta prouincialium in ciuitatibus *ad canalem*, commoueantur, addita ratione, quod non sit æquum, otiosis ædium cultibus (quibus verbis notat columnas & statuas) prouincialium patrimonia lacerari. Vt igitur priuatus sua marmora transuehat suis vehiculis. Et *Canalem* vocat ea lex viam publicam, vt *l. 2. C. Theod. de curios.* & in Synodi Sardic. *can.* 21. ἐν ταῖς παρόδοις, ἤτοι κανάλῳ, *in viis*, inquit, id est, *in canali.* Apuleius 6. Metamorph. *Iam canalem directo perges ad ipsam Orci regiam*, & lib. 9. *Propellor ad incurua spacia flexuosi canalis.* Verum vt reliqua exponam, quæ sunt in *l. 6. hoc tit.* per eam legem non licet ex vrbe ad rura transferre cultus, siue ornatus ędium, alioquin villa, quæ ruri spoliis vrbis exornata est, publicatur ex *l. 6.* Ex rure ad rus transferre licet: ex vrbe ad rus non licet. Quid ergo (nam & hæc quęstio definitur in *l. 6.*) si dum ornatus quidam ædificiorum ex rure transferuntur in rus, transeant per vrbem aliquam, vtrum dicemus ex vrbe illa, illos ornatus, an ex rure transferri? quod multum refert: Nam ex vrbe non licet, ex rure licet. Quod merito lex ita definit, vt non spectetur locus, qua transeunt, sed locus, quo primum moti sint. Cauendum tamen esse ait, (sed obscure) ne in transitu vrbis iis, quæ vehuntur ex rure, sumpta ex vrbe, qua transitur, ornamenta quædam ędium admisceantur in fraudem legis. Et hæc est sententia legis sextæ. At quod Spartianus scribit generaliter Adrianum statuisse, *ne ædes aliquæ diruerentur transferendæ in aliam vrbem vllius materiæ causa*, verum est siue demolitis ædibus transferre quis eam velit in aliam vrbem negotiandi, siue ædificandi gratia, & non

non tantum, si in aliam vrbem, sed etsi in eadem, ne vrbs ruinis deformetur, quæ est præcipua ratio SC. & frequens in iure, *l. prætor §. hoc interdict. ff. de noui oper. nunt. l. 2. si quis nemine, l. vlt. ff. ne quid in loco publ.* Nec alia ratione ex vrbe in vrbem ornatus ędium transferri possunt, quam quod (vt ait *l. 6.*) vtrobique hos ornatus esse publicum decus sit, siue in hac siue in illa vrbe sint. Denique vt nos leges præmiis hortantur ad extruenda ędificia in ciuitatibus, veluti Latinis libertis dato iure Quiritium, si in vrbe domum ædificauerint, vt Vlpianus scribit *libro Regularum titulo de Latinis*: ita pœnis propositis deterrent nos a demolitione ædificiorum, quia ad decus vrbis pertinet & conseruari vetera ædificia, & non euerti, & construi noua.

Ad L. III. V. & X.

L. 3. An in totum ex ruina domus licuerit, non eandem faciem in ciuitate restituere, sed in hortum conuertere, & an hoc consensu tunc magistratuum non prohibentium, item vicinorum factum sit: præses probatis his, quæ in oppido frequenter in eodem genere controuersiarum seruata sunt, causa cognita statuet.

L. 5. Si is, contra quem præses fundis, sciens, prudensque soli partem ad te pertinere, non quasi socius vel collega communis operis solicitudini, solidam balneorum exstructionem ea mente, vti sumptus pro portione tua non reciperet, aggressus est, sed vt totius loci dominium vsurparet, & collapsum balneum refabricare enisus est: cum ædificia, quæ alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensa his, qui improbe id fecerint, restitui debeant: antiquo D. Adriani edicto, præses prouinciæ memor iuris publici in dirimenda disceptatione legum placita custodiet.

L. 10. Per Prouincias Mesopotamiam, Osdroenam, Euphratensem, Syriam secundam, Phœniciam, Libanensem, Ciliciam secundam, vtramque Armeniam, vtramque Cappadociam, Pontum Polemoniacum, atque Hellespontum, vbi hoc magis desideratur, cæterasque prouincias cunctis volentibus, permittatur murali ambitu fundos proprios, seu loca sui dominij constituta vallare.

Dixi nudiustertius de edicto D. Adriani, quod & Vespasiano tribuitur, & S. C. confirmatum est, de non destrendis ædificiis promercii causa. Dicam hodie de alio edicto D. Adr. iuxta legem 5. *huius tit.* quod etiam D. Marco tribuitur in *l. cum duobus §. idem respondit, ff. pro soc.* & S. C. etiam confirmatum fuit de ædificiis ruina collapsis, vel incendio consumptis, quæ domini restituere, & reficere negligunt, vbi primum hæc occurrit distinctio ædificiorum: Aut ædificium vnius proprium fuit, aut commune duorum, vel plurium. At vtroque casu domino, vel dominis non reficientibus ædificium, ius commune hoc est, vt si Resp. publico sumptu, vel priuatus id reficiat suo sumptu, domino, vel dominis dentur 4. menses ad sumptum restituendum instauratori cum vsuris legitimis, vt *l. ad curatoris §. 1. ff. de damno infec.* quoniam eo nomine eum vel eos Resp. vel priuatus obligatos habet ad restitutionem sumptuum, quasi ex negotio gesto, & quidem cum priuilegio exactionis, & tacita hypotheca ædificii in integrum restituit: Namque oratio D. Marci in *d. §. idem respondit*, dicitur, præfinisse illos 4. menses sumptibus instauratori restituendis. eadem quoque, *(vt opinor)* simul ac S.C. quod eam consequutum est, dedit instauratori tacitam hypothec. Et duobus casibus ex eodem SC. facto auctore D. Marco proditis in *l. 1. ff. in quibus caus. pig. vel hypoth. tac. cont.* hic est primus casus, si quis pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi domino mutuam dederit: & si quis, hic est secundus, domino mandante redemptori, *celuy qui a pris à bastir*, id est, qui conduxit ædificium exstruendum, nummos subministrauit) iis, *inquam*, duobus casibus addam tertium, si

A quis cessante domino vltro suis sumptibus [illegible] restituerit: Nam inuenio hunc etiam habere priuilegium exigendi, *id est*, priuilegium in repetitione sumptus *d. §. idem respondit*: sicut & illi habent priuilegium exigendi, qui pecuniam crediderunt, vel subministrauerunt, *l. si ventri, §. 1. ff. de reb. auct. iud. possid. l. creditor 2. ff. de reb. cred. l. 1. ff. de cessione bonor.* Cum igitur ob causam refectionis ædium, ij tres habeant priuilegium in exigenda impensa refectionis, verisimile est etiam, non illis duobus tantum, sed & huic tertio datam tacitam hypothecam ex eadem oratione & senatusconf. quoniã in his omnibus par vtilitas, & ratio subpar interuenit. At si intra illos 4. menses dominus instauratori non restituat sumptus numerandos a consummatione ædificii

B noui, dominium ædificii ipso iure transfertur in Rempublicam, vel in eum, qui id suo sumptu restituit, vt & ab eo vendi possit, *d. l. ad curatoris §. 1.* Et hoc casu, qui est maxime notandus, dominium rei alienæ ipso iure mutatur, & transfertur in alium sine facto domini, id est, ex oratione illa, quæ dominium dedit, & senatuscon. *hoc est*, ius commune orationis, siue edicti D. Marci, & Adriani, imo & Vespasiani, his omnibus principibus auxilia quærentib. deformitati vrbium, quam creant labes ædificiorum, & ruinæ, sicut & priore illo edicto hoc quęsierunt de non diruendis ædificiis negotiandi causa. Et hoc quidem de Vespasiano ita scripsit Suetonius, *Deformis*, inquit, *vrbs veteribus incendiis & ruinis erat, vacuas areas occupare, & ædificare, si possessores cessarent, quicunque permisit.* Et Sextus Aurelius Victor: *Romam*, inquit, *deformem incendiis veteribus, ac ruinis*

C *reparauit, permissa, si dominii deessent, volentibus ædificandi copia.* Dixi hoc ius esse commune, quia possunt esse aliæ leges municipiorum quorundam, aut consuetudines propriæ, vt cuius fit mentio in *l. 3. hoc tit.* cum qua est coniungenda *l. 1. sup. de interdictis*, vt ibi dixi, & (quod nondum dixi) vel maxime *l. 1. inf. quæ sit longa consuetudo*, quæ incipit ab extremis verbis *h. leg.* Ideoque ex hac *l. 3.* & ex *l. 1. sup. de interdictis*, inscribenda est illa *l. 1. j. quæ sit longa consuet.* non Apro. vt vulgo, sed Euocato. Hæc autem est sententia *l. 3.* vtrum is, cuius domus in municipio corruit, cogatur eam in eadem specie & qualitate reponere, vt vult *l. 8. hoc tit.* an quandoque possit eam in aliam speciem, vel faciem commutare, veluti in hortum, aut viridarium, aut stabulum. Et ait, *hoc æstimare præsidem prouinciæ ex consuetudine mu-*

D *nicipij*, id est, consensu magistratuum municipalium, qui fortasse non impedirent, quo minus eam in aliam faciem commutet, ex vicinorum etiam consensu forte, quoniam domus ruina collapsa eorum ædibus debuit seruitutem oneris ferundi: quo iure vicini eum cogere possunt, vt domum restituat in pristinum statum, quæ ferat onera ædium vicinarum *l. etsi forte §. etiam, ff. si seruitus vind. l. eum debere, ff. de seruit. vrb. præd.* Et hac in re (vt demonstrat *l. 3.*) taciturnitas consensum imitatur, id est, qui non prohibet, consentire videtur: silentium pro consensu est. Alia est lex municipalis, cuius fit mentio in *l. vlt. j. de iur. Reip. lib. 11.* quæ est proxima iuri communi, vt scilicet nemine reficiente in municipio, vel

E oppido ædes ruina conuulsas, respub. possit suo iure aream distrahere vt interpretor, reficere volenti, atque ita vt areæ dominio cadat, qui in eadem specie & qualitate ædificium non reponit. At, vt de iure communi aliquid amplius dicamus, videamus quid sit dicendum, si ædes communes inter me & te corruerint, vel deflagrarint, & ego velim eas reficere, tu nolis, aut rem trahas nimium: possum quidem extra ordinem te cogere, vt ad refectionem pro tua parte sumptum conferas: Sed non est necesse, vt ait *l. 4. hoc tit.* quoniam scilicet suppetunt mihi multa alia remedia ordinaria, & illud in primis, quod est pręstantius, & vtilius mihi ex oratione siue edicto D. Marci, vel Adriani, vt ego solus meis sumptibus ædes restituam, & post restitutionem sumptus a te

repetam pro portione tua cum vsuris centesimis, vt ait A *l. 4. hoc tit.* intra menses 4. intra quos si non soluas sumptus refectionis pro portione tua, post quatuor menses, vt ædes mihi habeam proprio, & solido iure, tanquam proprias, exstincta communione. Atque ita idem iuris est in parte, quod in toto, vt siue cessaris interpellatus in parte reficienda, quæ tua est, siue in toto ædificio, quod tuum fuit, & cuius area tota tua est, a te dominiū in eum transferatur qui refecit, post quatuor menses *d. §. idem respondit.* Et quod ait lex 4. cum vsuris centesimis, id sane est ex oratione D. Marci, quo tempore centesimæ vsuræ in omnibus casibus erant legitimæ vsurę. Sed & hoc casu proposito, vt admittamus hodie centesimas vsuras constitutio Iustin. non patitur, id est, *l. eos sup. de vsur.* ex qua paucis admodum casibus vsuræ B centesimæ legitimæ sunt, non isto casu de quo agitur. Qua de causa etiam Tribon. in *d. §. idem respondit*, maluit scribere, *certis vsuris*, & in *d. l, ad curatoris*, vsuris simpliciter; puta trientibus aut semissibus secundum Iust. constitutionem. sed in *hac leg.* 4. Tribon. vestigiū illius iuris antiqui reliquit improuidus. Verum adhæc notandum est, hoc remedio orationis D. Marci vti socium, qui solus ædificauit communi nomine socio interpellato & cessante. Item hoc remedio etiam vti eum, qui non in communi, sed in alieno solo reædificauit, domino scilicet interpellato, & cessante, nec curante decus vrbis, ex permissu iuris communis. Hos *inquam*, hoc remedio vti, vt recipiant impensas, quas fecerunt pro portione socii & in reædificando, vel in solidum si reædificauerunt, non in communi, sed in alieno solo secundum orationis formam, quoniam ii recte, & iure C ædificauerunt: at qui sciens solum esse commune inter eum & alium, in eo mala fide ædificauit tanquam dominus in solidum, non vtitur beneficio orationis, vt recipiat impensas pro portione, socii secundum formam orationis, sed tamen habet retentionem ædificii, quoad solsoluerit socius id, quod ob eam rem, id est, ob ædificium restitutum locupletior factus est, vel condictionem habet retentionis, condictionem incerti, si per errorem retentionem omiserit. Ergo vt magis probem hoc esse verum, idem etiam est dicendum in eo, qui non in communi, sed in alieno solo tanquam suo mala fide ædificauit, non conuento domino, nec cessante: nam is non vtitur beneficio orationis, non superat dominum ædificii domino non reddente sumptus intra quatuor men- D ses, sed tantum per retentionem, aut condictionem retentionis, *vt dixi ante*, impensas seruare potest, quibus dominum locupletiorem fecit, si dominus soluendo sit. Et ita accipienda est *l. 6. §. sed & si quis, in fine. ff. de neg. gest.* vel si dominus soluendo non sit, tollere potest ædificium, quod posuit in alieno solo, vt ait Iulianus *ff. de rei vindic. l. domum, C. eod.* quod, ne fallamur, non est concedendum indistincte, vt possit deponere ædificium, quod posuit, & secum asportare materiam, nisi cum in agro ædificium posuit: nam si in ciuitate, vix patietur Resp. deponi, quod inædificatum est, quia hoc pertinet ad decus vrbis. Et hoc maxime velim vos adnotare ad *d. l. Iulianus*. Et modo superioribus hoc addamus tantum, præter beneficium illud orationis D. Adriani ei, qui bona fide & iure ædificat in solo com- E muni, cui initio dixi suppetere multa remedia ordinaria, dari etiam actionem pro socio ad hoc, vt consequatur quanti interest sua *d. §. idem respondit*, & actionem communi diuidundo *l. si ædibus, ff. de dam. infect.* & interdictum vti possidetis *l. si ædes ff. comm. diuid.* Et nihil vetat quin is, qui plures actiones habet, leuiore confligat. Grauior in hac causa est actio ex oratione D. Adriani, propterea quod dominium ædificii transfertur: leuior actio pro socio, vel communi diuidundo, vel vti possidetis. Licet cuilibet leuiore iudicio confligere si velit, omisso grauiore, vt is qui in raptorem manifestum habet actionem furti manifesti, quæ est grauior, potest, si velit, eligere actionem bonorum raptorum, quæ est leuior. Et similiter creditor, qui potest bona creditoris latitantis distrahere, quod debitori irrogat infamiam, non vetatur conseruandæ famæ illius gratia ea distrahere per curatorem, non per se, quoniam distractio, quæ fit per curatorem bonis vendendis, videtur fieri honeste per ipsum debitorem, *l. cuius ff. de cur. furios.* Idemque is, qui agit in rem si velit, desiderabit reum condemnari duntaxat quanti res est, non quanti ipse in litem iurauit, *l. quod si possessor, C. de rei vind.* Nec omittam, quod est in *l.* 10. id est, quod ex ea colligi potest, non passim omnibus permitti fundos suos cingere muris, vno verbo, *munire*: quoniam ea *l.* hoc permittit tantum in prouinciis quibusdam, quas enumerat magna ex parte, quæ sunt Prouinciæ Orientis, & Ponticæ Diœceseos, vbi magis hoc desideratur, vt scilic. fundi muris cingantur, videlicet propter prædonum, aut hostium incursiones crebras. διὰ τὴν τῶν βαρβάρων ἐπιδρομήν. Et *quod ait l.* 10. ceteras prouincias, intellige prouincias, non orbis Romani, sed Orientis Diœceseos, vel Ponticæ. Nam & alias plures, quam enumeret fuisse harum diœceseon prouincias demonstrat notitia Rom. Imperii.

Ad Leg. IX.

L. 9. Si cui loci proprietas ædificandi iuxta publicas ædes, animum dederit: is quindecim pedum spatio interiecto inter publica ac priuata ædificia, ita sibi nouerit fabricandum, vt tali interuallo & publicæ ædes a periculo vindicentur, & priuatus ædificator velut perperam fabricato loco, destructionis quandoque futuræ non timeat detrimentum.

QVæstio hodierna, quæ dabit finem huic titulo, est *de legitimis interuallis ponendorum ædificiorum.* Et primum is, qui in suo solo ædificat propius ædes, ædificiaue publica ex *l. 9. huius tit.* debet intermittere interuallum 15. pedum ex omni latere, ex quatuor lateribus vt ait *l. 38. C. Th. de oper. publ.* alioquin si non intermiserit tot pedes, ædificium, quod posuit, deponitur, & deiicitur solo tenus, quia illicite ædificauit. illicite ædificata dirui constitutiones iubent *l. 11. §. si quis illicite, de legat.* 3. Et ratio huius l. 9. non est alia, quam vt ab ædificiis publicis absit periculum incendii, quod plerunque originem capit a vicino ædificio. Et hæc etiam ratio in considerationem venit in *l. 4. C. Th. de oper. pub.* Et ita legem 12. tab. quæ vetat rogum bustumve nouum propius 60. pedes adiici ad ędes alienas inuito domino, hoc voluisse propter metum incendii M. Tull. scribit 2. *de ll.* Et de illo legitimo interuallo 60. pedum, *vt opinor* est intelligenda *l. 3. §. 1. de mortuo infer.* Ex qua etiam intelligimus in 12. tab. *inuitum* dominum dici, qui prohibet, & palam contradicit: Nam is qui scit, & tacet, consentire videtur.

Ad L. II.

L. 11. Mæniana, quæ Græco vocabulo ἐξώστας, appellant, siue olim constructa, siue in posterum in prouinciis construenda: nisi spatium inter se per 10. pedes liberi aeris habuerint, modis omnibus detruncentur. In his vero locis, in quibus ædificia priuatorum horreis publ. videntur obiecta obstructione Mæniana 15. pedū interualla seruentur. Quem intercapedinis modum ædificaturis quoque proponimus, ita vt si quis intra definitum spatium, id est, 10. pedum mensuram ædificare, vel intra 15. pedum Mæniana possidere tentauerit sciat non solum fabricata demolienda, sed etiam ipsam domum fisco nostro adscribendam.

EX l. 11. Mæniana, & alia ædificia, quæ in ciuitatibus construuntur, a priuatis hominibus quærunt inter se

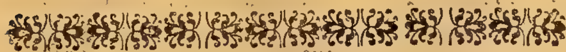
se interualla 10. pedum, vt sint alia ab aliorum vicissim ruina & fortuito incendio tutiora, & ne etiam officiant domino apricanti in sole, vel spectanti e Męniano, quod plerunque etiam porrigitur extra ædes spectandi tantum causa. Item si quis propius horrea publica Mæniana adiiciat, vt intermittat spatium 15. pedum, alioquin Mænianum quod exædificauit diruitur, & domus, ex qua Mænianum proiectum est, non intermisso legitimo spatio publicatur. Et obseruandum est l. 11. non tantum inter Mæniana, sed etiam inter ædificia quælibet priuata velle relinqui vacuum spatium 10. pedum, quod & Leon. Phil. Nou. vlt. probat, & lex Burgund. ex hac ipsa l. 11. his verb. *De seruitute luminis vel aeris similiter constitutum, vt inter priuatorum fabricas* 10. *pedes, inter publ.* 15. *intermittantur secundum legem Theodosii*, id est, secundum hanc leg. 11. & inter publicas sic exaudire oportet, inter publicas, & priuatas fabricas. L. 12. tab. inter ædificia priuata *auctore Festo* intermitti satis habuit spatium 2. pedum, & sem. quod vocauit sestertium pedem, *vt scrib. Metian. I. C. in libr. de Asse.* Et ita proculdubio legitimum spatium accipitur in *l. Impp. de seru. vrb. præd.* dum ait, *dominum vel alium voluntate domini posse ædificare in area quæ luminum seruitutem debet*, vt emendaui, *intermisso legitimo spatio, a vicina insula*, id est, *sestertio pede*: Nam multum interest prædium debeat vicino *seruitutem luminum*: an seruitutem, *ne luminibus officiatur*: Nam si debeat area, vel domus seruitutem, ne luminibus officiatur, dominus non potest in ea ædificare aut superædificare inuito vicino, cui debetur seruitus, ne luminibus officiatur. At cum debetur vicino seruitus luminum, id est, vt possit intromittere fenestram suarum ædium in meas ædes, vt ego excipiam lumina a fenestris vicini, non ideo ego prohibeor ædificare in meo, *l. 3. de ser. vrb. præd.* Et ita *d. l. Impp.* ait, etiam in area, quæ luminum seruitutem debet, (quod faciebat dubitationem) dominum ædificare posse, dummodo intermittat legitimum spatium a vicina insula, quod (*vt dixi ex 12. tab.*) est duorum pedum, & semis. At ex h. l. 11. est 10. pedum. Et pertinet hæc interuallorum definitio non ad domos contiguas, quales hodie videmus esse in ciuitatibus nullis distinctas interuallis, sed pertinet ad insulas, id est, habitationes variis locis sparsas, nec iunctas cum vicinis. Et spargi pluribus locis est tutius propter incendia. Et talia olim in vrbe, & in aliis ciuitatibus erant ædificia fere omnia publ. & priuata, & non tantum, quæ dicebantur insulæ, sed etiam quæ dicebantur domus, quod maxime notandum est: Nam differentiam esse inter insulas, & domos manifesto constat ex *Publij Victor. lib. de region. vrbis, & ex descr. vrb. facta sub Arcad. & Honorio*, quę præposita est incerto auctore Notitiæ Rom. Imp. in qua numerantur per totam vrbem insularum quadraginta sex milia & sexcentę duæ, domus autem 1708. Id etiam liquet ex lib. *Sexti Rufi, de reg. vrbis.* in quo multo plures numerantur insulæ, quam domus: quamobrem & in *ff.* forte crebrior mentio insularum, quam domuum. Et videntur insulæ fuisse vulgaria, & gregaria domicilia, domus, ædes nobiliores, & magnificentius extructæ, vt in region. vrb. Exquilinę, S. Rufus & Publ. Victor ponunt, domũ Aquilii I. C. quem etiam Plin. lib. 17. ait, *illa domo propter pulchritudinem, quam iuris scientia fuisse clariorem.* Quot sunt etiam hodie Lutetiæ aduocati qui domo, quam iuris scientia clariores sunt, imo affectant habere pulcherrimas ædes, vt pelliciant clientes. In eadem regione ponunt iidem auctores domum M. Crassi, & Q. Catulli. & idem Plin. sup. dicto loco, *M. Crassi fuisse magnificam, Q. Catulli aliquanto præstantiorem, sed multo pulcherrimam Aquilij iurisconsf.* Domus igitur non sunt, quod posset quis prima specie existimare, quæ sunt contiguę ad differentiam insularum, quæ non erant cotinguæ ad differentiam insularum, quæ non erant

Cod.

splendidissima palatia principum ciuitatis. Obseruandum autem est l. 11. tantum loqui de Mænianis constructis in prouinciis, nimirum quia priscis legibus in vrbe Mæniana fabricari prohibitum fuit: sicut & Rex Franciscus edicto iussit in claris ciuitatibus sui regni dirui Mæniana. Et hoc ita scriptum reliquit Ammian. Marcellin. *lib. 27. Priscis legibus, Mæniana in vrbe fabricari non licuisse, & sub Valent. Prætextatum præfectum vrbi sustulisse omnia.* Neminem autem ignorare arbitror, *Mæniana* esse proiectiones ædium in publicum ita protensas, vt nusquam requiescant, quam etiam l. 12. hoc rit. quę constitutio Zenonis Græca, vetat vsquam requiescere, ne scilicet imponantur parietibus aut columnis, atque ita impediant libertatem aeris publici. Qua in parte l. 12. non est legendum, vt legunt omnes, κατὰ κάθετον, id est, *ad perpendiculum*, sed ex Harmenopulo legendum est, κατῶθεν. Et ait *d. l.* 11. Mæniana Gręce appellari ἐξώστας, quod ego Græcum verbum restitui primus, & restitui etiam volo apud D. Hieronym. in Ezechielem capit 41. ἔκθετα, inquit, *Romæ appellant solaria de cænaculorum parietibus eminentia, siue Mæniana ab eo, qui primus inuenit, quæ nonnulli Græcorum ἐξώστας vocant, desideratur verbum Græcum in vulg. editione.* Est elegans locus Varro. apud Nonium: *Adfocum*, inquit, *hyeme, ac frigoribus cœnitabant, æstiuo tempore in propatulo, rure in corte, in vrbe, in tabulino.* Et sequitur, quod perperam quidam etiam arbitrantur esse Varronis, cum sit interpretatio Nonii ad verb. [*tabulino*,] *quod Mænianum intelligere possumus tabulis fabricatum*, quę est praua interpretatio: Nam rectissime Festus, *Tabulinum, vel tablinum locum esse proximum atrio, in quo antiqui magistratus in suo imperio tabulas rationum suarum conficiebant.* Quod & Vitruu. confirmat, lib. 6. ca. 4. Sed vt paucis dicamus sententiam de illa constitutione Zenonis, id est, de l. 12. huius tit. est ea constitutio de seruitutibus vt Iustinian. ait in *l. pen.* quam vulgo male faciunt l. vltimam, quod notandum, &, deinde subiiciunt *tit. de noui operis nuntiatione*, qui circumscribendus est: Nam constitutio posita sub ficto illo titulo, est lex vltima nostri tituli, cuius inscriptio hæc esse debet, *Idem Augustus*, vt intelligatur alia esse constitutio Iustiniani, denique duas esse, legem penultimam, & vltimam. Et in *l. pen.* constitutionem Zenonis, quæ pertinebat tantum ad Constantinopolim, Iustinianus porrigit ad prouincias omnes, vt in omnibus prouinciis seruetur is modus ædificiorum, quem Zeno constituit in vrbe Constantinopolit. & ait eam constitutionem Zenonis esse de seruitutibus, luminis scilicet, & prospectus, & de omnibus seruitutibus: Nam breuis aut præcipua sententia legis hæc est, vt qui domum restituere volet, & luminibus vel prospectui vicini officere, aut ex pacto, vel ex stipulatione, vel vsu longo constitutã habeat seruitutem luminibus, vel prospectui vicini officiendi, aut vt seruet formam & statum ædificiorum antiquorum, vt in *l. qui luminibus D. de seruitut. vrb. præd.* puta vt non excedat modum vsitatum, modum legitimum altitudinis, nec mutet formam, vel vsum structuræ, aut fenestrarum, e quibus prospicitur, vel lumen admittitur: vel etiam, vt intermittat a vicina insula, vel domo spatium 12. pedum. Zeno in hac *l.* 12. in Mænianorum positione contentus est 10. pedibus, vt *l.* 11. in positione ædificiorum, quæ obstruent luminibus vicini, vel officient prospectui exigit 12. pedes, aut si vicino auferatur prospectus maris, quo nullus est pretiosior, exigit centum pedes, quod a Iustiniano confirmatur in *Nouel. 63. & 165.* Et obseruanda est differentia, quam Zeno facit inter *fenestras, quæ fiunt luminis*, & eas quæ fiunt *prospectus causa*: Nam in iure facimus differentiam inter lumen, & prospectum: lumen ingreditur, prospectus egreditur: lumen est, vt cœlum videamus, prospectus, vt terram, maria, nemora, flumina, *l. lumen, de seruit.*

FFf

vrb. præd. Et ita ius fenestræ habendæ, vel est serui- A tus luminis, vel seruitus prospectus: habendæ inquam, aduersus vicinum. Hoc autem vult l. vltima, vt si vicinus vicino ædificanti nuntiet nouum opus, vt fit etiam hodie frequenter, quæ nuntiatio inhibet opus, quoad probauerit sibi ius esse ædificandi, aut nuntiator, ius sibi esse prohibendi, vel is, qui cœpit ædificare, satisdederit de ædificio diruendo, si iudicatum contra eum fuerit. Denique res hoc ordine procedit ex *l. vlt. hoc tit.* confirmato *c. pen. & vlt. extra, de noui operis nunt.* vt is, qui nuntiat nouum opus vicino ædificanti aut molienti ædificationem, si offerat cognitionem, id est, si litigare paratus sit, & adire prætorem cogniturum ea de re: si dicat *veto, ne ædifices, & hodie constet an possis ædificare, hodie agamus & eamus in ius*: tum desistere debet ab opere, & sequi forum, sequi li- B tem institutam a nuntiatore, quæ tamen celeriter definienda erit, nimirum intra tres menses, id est, intra tres menses prætor statuet, nuntiator habuerit ius nuntiandi necne: & intra illos tres menses, is cui facta est nuntiatio, impune non ædificabit. Sed si ea cognitio aliqua ex causa protrahatur vltra tres menses, statim potest ædificare præstita satisdatione de opere demoliendo, si iudicatum fuerit, sibi non esse ius ædificandi. Et ita si exponatur *lex vlt.* non obstabunt pleræque leges, de quibus hic Accursius tractat, *tit. D. de noui operis nunt.* quæ satisdanti de opere restituendo mox ædificare permittunt: Nam hoc ita verum est, si nuntiator non offerat cognitionem: Nam si offerat, expectandi sunt tres menses, antequam possit oblata satisdatione continuare ædificium, quod instituit.



AD TITVLVM XI.

De operibus publicis.

Hodie explicabimus titulum 11. & 12. nam & duodecimus est pars vndecimi, & constat tantum vna lege. Est autem vndecimus *de operibus publicis.* Sunt etiam de operibus & locis publicis interdicta quædam, *l. 1. §. quæ sunt, de interdict. l. 1. §. nuntiatio, de noui operis nunt.* & in *tit. de loco publ. fruen.* Et nominatim in *l. 3. hoc tit.* prætoria, in quibus scilicet, iudices habitant, vel ius dicunt, & domus publicæ: & in *l. 19.* porticus & angiportus iubentur a priuatis possessoribus, qui ea loca vsurparunt, iuri & possessioni, siue vsui publico vindicari: quod vtique fiet per generale interdictum de restituenda possessione non iure occupata. Et illo loco (quod nescio an literatores sciant) *angiportus* vocat vicos vrbis, siue vias publicas, quas etiam στενωπὰς in *l. 12. tit. prox. sup.* & aggeres publicos, & canales publicos. Et Dio 58. cum Vespasiano, qui postea fuit Imperator, cum erat Ædilis plebis, tribuit ἐπιμέλειαν τῶν στενωπῶν, nihil aliud intelligit, quam curam verrendarum viarum, quæ ædili incumbit, *vt constat ex titulo D.* de via publica, & si quid in ea factum erit. Et nominatim Suetonius *de eodem Vespasiano* idem quod Dio scribit: *cum*, inquit, *Vespasianum Ædilem Caius Cæsar succensens propter curam verrendis viis non adhibitam, luto oppleri iussisset.* Ergo viæ publicæ, & στενωποὶ, siue angiportus, idem sunt: quod ego ante hunc diem nesciebam. Præterea ex *l. 5. huius tit.* recte dicam dari posse interdictum de opere restituendo, id est, demoliendo, quod illicite ædificatum est in foro, vel in palatio: vt in *l. 16.* vel in alio quocunque loco publico, contra ornatum & commodum, & decoram faciem ciuitatis, vel si quid in portis, aut muris ciuitatis, vt in *l. 2. ne quid in loco sacro fiat,* vt si qua parapessia adiiciantur muris, vel aliis operibus publicis. παραπέσια (quod nomen ego restituo in *l. 13. hoc tit.* sunt ædificia, quæ vulgo *parapessia* nuncupantur: Nam in Basilicis est *parapesia* per ι, sed scribas per η, vt sit *parapesia*, quod est, applicita, seu adfica operibus publicis, *des apantis.* In Codice Theodos. est παραπετάσια, quasi, adtensa: sed non propter Codicem Theodos. mutemus verbum illud in *l. 13.* vtrumque dicamus esse rectum, & vulgare verbum. Et etiam *parapessia*, quæ adhærent muris ciuitatum iubet dirui lex 13. Ideoque ex ea causa de opere diruendo non prohibeor, aut non prohibebitur curator reipublicæ petere a prætore, vel præside interdictum. Placet autem valde constitutio *legis 8. huius tit.* vt curatores operum publicorum (id est, quos respub. præfecit efficiundo operi, vel quibus pecuniam decreuit ad effectionem operis publici) reipubl. teneantur ab opere absoluto vsque in annos 15. si quid ruat, aut findatur vitio operis, non si casu fortuito, non si vi aut ruina, *l. 1. §. vlt. de pollicitat.* Respublica negotium gerit cum curatoribus operum quos constituit: Curatores autem operum negotium gerunt cum redemptoribus, id est, cum his, qui opus faciendum conducunt, *l. 2. §. 1. de operibus. public.* Ergo redemptores æquum est etiam curatoribus teneri ob vitia, quæ opus fecerit in annos 15. Cum curatore aget respubl. Curator cum redemptore. At forma præfecti prætorio relata apud Harmenopulum 3. *epitom. tit. 8. in fine.* his actionibus præstituit tantum ann. 10. Placet etiam valde lex, quæ fuit Ephesi, & posset vbique inualescere, de qua Vitruuius initio libri vlt. C *Nam Architectus, cum opus publicum curandum recipit, pollicetur quanto sumptu id sit futurum. Tradita æstimatione magistratui bona eius obligantur donec opus sit perfectum. Eo autem absoluto cum ad dictum impensa respondet, decretis & honoribus ornatur; Item si non amplius quam quarta in opere consumitur ad æstimationem est adiicienda, & de publico præstatur, neque vlla pœna tenetur: cum vero amplius quam quarta in opere consumitur, ex eius bonis ad perficiendum pecunia exigitur.* Et hoc iure nos vti æquum esset: Nam videmus etiam ex indicatione temere facta nasci obligationem in specie legis *Iulianus § quod autem, de act. emp.* Fiunt autem opera publica, vel sumptu priuato ex liberalitate, & munificentia alicuius erga rempub. vel sumptu publico. Et ea, quæ fiunt sumptu publico, vel maxime in refe- D ctionem eorum, vt *l. 4. & vlt. huius tit.* quæ dispensatores ærarii ex ærario præbuerunt, vt constituit *l. 1. huius tit.* eis accepto ferri oportet. *Il les faut allouër en leur compte.* Ita tamen, vt operi publico præscribatur nomen solius principis, vel eius, cuius pecunia factum est, vt *l. 3. in fine D. eod. tit.* Nam nec præses, vel alius magistratus nomē suū superscribere potest, sed superscribi debet nomē principis, si opus factum sit sumptu publico, & subscribi nomen præsidis, vel alterius magistratus, quo curante opus factum est. Et ita accipienda est *l. 9. huius tit.* vt in hoc tit. inscriptionis antiquæ, quod erit pro exemplo; *Senatus P. Q. R. Imperatoribus Cæsaribus dominis nostris inuictissimis, Arcadio & Honorio, ob instauratos vrbis æternæ muros, portas ac turres, ad perpetuitatem nominis* E *eorum simulacra instituit curante Flauio Macrobio Longiniano viro clarissimo præfecto vrbi dicato numini, maiestatique eorum.* Superscribuntur nomina principum, subscribitur nomen præfecti vrbi. Ad hæc notandum est ex *l. 10. huius tit.* tertiam partem reditus ciuitatis cuiusque deputari reparationi murorum, & thermarum, id est, balnearum publicarum subustioni. sic recte in *l. 10. subustioni, vt in Cod. Theodos. & in Basil.* ἐκ καύσει, pro quo male quidam legunt ἐνδόσει. Et de hac tertia parte fabricis reseruanda, est etiam *l. 3. infra, de diuers. præd. lib. 11.* Et auctorem eius Valentinianum seniorem laudat *l. 33. Cod. Theodos. eodem tit.* Et intelligit *l.* 18.

18. *eodem tit.* Hoc vero exemplo etiam secundum veteres canones tertia pars reditus ecclesiæ fabricis reseruatur, altera pauperibus, altera Episcopo & clericis. Notandum etiam est ex *lege* 17. quod constituit *de turribus noui muri*. Nam etsi pertineat proprie ad Constantinopolim, & ad nouum murum, quem per Cyrum præfectum vrbi Theodosius duxit a mari ad mare, vt Zonaras scribit, de quo nouo muro etiam agitur in *inf. de metat. libro* 12. & in *Nouella* 59. Tamen posset quandoque hoc accommodari etiam ad alias ciuitates, vt scilicet ii, per quorum terras ducti sunt noui muri, si non habeant, quo se conferant, concedente principe, aut curatore reipublicæ habitare possint in turribus, quibus instructi sunt noui muri, non quidem in summo turrium, sed in imo solo, siue in pedeplanis, vt loquitur *d. l.* 7. Nam & hoc exemplo factum opinor, vt in quibusdam turribus muralibus vrbium huius regni humiliores quidam homines visantur habitantes in inferiori parte turrium: non in superficie, qua extant pinnæ murorum siue turrium. Et tantum abest, vt aliæ generales Constitutiones huius tituli sint inutiles, quod tamen Glossa in *l. penult. hoc tit.* ait, vt ne illa quidem lex, quamuis sit localis, existimari debeat inutilis. Nil est inutile in iure, & si mihi creditis, omnia vobis perscrutanda, pertentanda, pernoscenda sunt, si non velitis esse Iurisconsulti de populo. Iccirco nec contempserim etiam *l. 18. & l. penult. huius tit.* Quamuis proprie pertineant ad Constantinopolim. Est enim lex penult. de Basilica Theodosiana, quæ erat iuncta foro; vt omni foro est iuncta Basilica, in qua versentur negotiatores. Sed ita lex eos versari vult in Basilica Theodosii ne vlla tabulata applicent parietibus Basilicæ, ne lædant eius ornatum, qui erat maximus, vt & lex ipsa demonstrat. Est autem *l.* 18. de thermis Zeuxippi, quæ in eadem vrbe erant, & dictæ etiam sunt thermæ Seueri, auctore Zonara in Iustiniano, & in Philippico, & Suida, & Cedreno in Seuero, vt scilicet, qui reditus colliguntur ex officinis & ædificiis, quæ sunt in porticibus earum thermarum, seruiant luminibus thermarum, & sartis tectis. Et ex hoc loco in *l.* 1. *infr. de lustr. auri collat. lib.* 11. lumina, interpretor lumina balnearum. Lamprid. in Seuero: *addidit oleum luminibus thermarum.* In porticibus, quæ præcurrebant thermas, erant stationes multæ, officinæ, multa ergasteria, vt ostendit *dict. l. pen. & l. 12. sup. tit. proxim.* & erant circa columnas porticuum, vt ex illis locis patet. Itaque in *l. Fulcinius* §. *denique, quibus ex caus. in possession. eatur*, illo loco, *si circa columnas, vel stationes se occultet*, recte legebam, *vel statuas*, quia cum stationes sint circa columnas, qui circa columnas se occultat, vtique & circa stationes se occultat debitor fugitans creditorem, latitans creditorem. Et ita quoque Sidonius Apollinaris libro primo Epist. *Alij*, inquit, *fugere post columnas, alij occuli post statuas.* & Lucianus in Lapithis, πρὸς κίονας, & in Anacharsi: περὶ τὰς ἀνδριάντας, qui est locus similis, *circa statuas, vel columnas se occultantes.* Erant etiam in porticibus *exedræ* ædificatæ sedendi causa, capaces multorum hominum colloqui, aut disputare cupientium, quod ostendit *l. vlt. C. Theod. eodem tit. l. exedrarum, de operibus pub.* Et vetus inscriptio elegantissima, quæ sic habet: *Siluano sancto Caius Austrucinus Medicus Ludi Gallici porticum & exedras & signa ænea voto suscepto L. M. D.* Quod a me ideo refertur, quoniam est vir doctissimus, qui *exedras* scripserit, dictas esse non ratione sedium, quas habebat plures, sed ratione senum laterum, quod Strabo 13. vocet *Exedram*, quandam σκοπιὰν, id est, speculam, quasi vero specula non possit ita ædificari, vt habeat sedes complures in exedræ formam. Et confirmor valde *l. 5. §. interdum, de his qui deiec. vel effud.* quæ luculenter explicabit hunc locum, dum ostendit in cœnaculo esse multa membra, id est, cubicula, & multas exedras, decumbendi causa, exedræ disputandi, aut colloquendi. & præterea esse medianum commune euntibus in sua cubicula, vel in suas exedras. Hoc ex illo §. aperte nunc colliges simul & exedrarum vsum, quæ & in porticibus construebantur in populi gratiam. Et ne quis etiam dubitet *circa leg.* 12. *hoc titulo* dum loquitur de horreis, & stabulis publicis, quid vocet *stabula publica*, ea sunt receptacula publicorum animalium, vt patet ex *l. 35. Cod. Theod. eod. tit.* Stabula 4. factionum, vt est apud S. Rufum, & Publium victorem, puta, factionis Venetæ, Prasinæ, & cæterarum. Basilica autem nos docent nullam desiderari l. in hoc titulo, quoniam quidam desiderant duas, perperam. constat tantum Constitutionibus 22. & in hoc libro, & in Basilic. qui plures desiderant, eam sibi comminiscuntur & affingunt.



AD TITVLVM XII.

De ratiociniis operum publicorum, & de patribus ciuitatum.

Titulus 12. rectius dicetur esse pars vndecimi, cuius tituli de ratiociniis operum publicorum & patribus ciuitatum constitutio valde placebit. Sententia huius hæc est, ne præsides prouinciarum excutiant rationes operum publicorum, quod faciebant plerunque lucri studio, vbi non erat necesse, ferentes ex singulis solidis siliquam vnam, pro pretio curæ & operæ: discussionem operum pertinere tantum ad patres ciuitatum: sic dicuntur in multis constitutionibus *curatores reipublicæ*, & quasi *patres patriæ*, quod (*vt breuis sim*) ostendi fusius in *l. 3. inf. de his qui sponte munera suscep. lib. 10. & obseruat. 12. cap. 30.* Et additur in *constitutione huius tituli* aliquid de pollicitationibus, quas vltro, & liberaliter faciunt priuati reipublicæ, veluti de extruendo, aut restaurando opere publico, quod forte incendio consumptum est, vt etiamsi nulla stipulatio interuenerit, ex pollicitatione teneantur, & obligentur. minus est pollicitatio, quam pactum: Nam pactum est conuentio duorum, pollicitatio non est conuentio, sed oblatio liberalitatis, quam quis facturus est, & collaturus in rempublicam. Duobus casibus ex pollicitatione est actio, ex pollicitatione dotis, *l. ad exactionem, sup. de dot. promiss.* & ex pollicitatione facta reipublicæ. Ergo qui pollicetur reipublicæ se opus facturum, obligatur ad opus faciendum: sed opere perfecto finitur obligatio, nec amplius tenetur quasi non erogata (*exempli gratia*) omni pecunia promissa, omni quantitate promissa, vel quasi ædificio non facto affabre, ita vt possit peruadere ad vetustatem: Nam vt est in *l. ad res don. de ædil. edic.* actiones ædilitiæ, vel redhibitoriæ non pertinent ad res donatas, id est, qui a te donatum accepit, non habet actionem redhibitoriam, qua te compellat donatum recipere, sed debet esse contentus quali quali liberalitate tua: Et vt eleganter ait D. Hieronymus in proœmio 1. Epistolæ ad Ephesios, *De gratuito munere non est iudicandum.* Et vt est in vulgari prouerbio, quo nos vtimur, *Equi donati dentes inspiciendos non esse.* Et ita respublica debet esse contenta quali quali liberalitate, nec post perfectum opus agere potest cum eo, qui perfecit sicut pollicitus est. Eademque ratione in *l. liberalitatis, de vsur.* dicitur, liberalitatis collatæ in rempub. non exigi vsuras: Quod ita intellige, ne ex mora quidem, ne qui sunt liberales in rempublicam auare exigantur. Fateor tamen, quod

si ob honorem ei decretum, vel decernendum, vel ob aliam vtilitatem suam propriam ipse vicissim aliquid sit pollicitus reipublicæ, tunc ex mora præstabit vsuras. *l. 1. in princ. de pollicit.* Et Suetonius in Iulio, *Trecenos,* inquit, *nummos quos pollicitus olim erat, viritim diuisit, & hoc amplius, centenos pro mora.*



AD TITVLVM XII.

De pignoribus & hypothecis.

POstquam a titulo 28. lib. tertii conditor huius Codicis cõstituit pertractate dicere de actionibus, quibus, vt soleo dicere, ius omne fere continetur. & dixit iam de actionibus in rem, quæ sunt de proprietate rerum, & de actionibus in personam, quæ sunt de obligatione personarum, & de mistis tam in rem, quam in personam, & de præiudicialibus actionibus, quæ sunt de statu hominum, & in rem esse videntur, *vt est in Institut.* & de actionibus ex causa interdictorum, quæ sunt de possessione rerum, & in rem etiam esse videntur, vi tamen ipsa personalia sunt, vt ait *l. 1. §. pen. de interdict.* nunc ab hoc titulo 13. incipit tractare (*de qua ante non tractauerat*) de actione hypothecaria, quæ etiam in rem actio est, non qua dominus, vel quasi dominus rem esse suam, vel quasi suam petat, sicut actionibus in rem ante propositis, sed qua creditor rem debitoris sui affirmat pro debito sibi esse obligatam, quia non tantum est vindicatio proprietatis, sed etiam vindicatio pignoris, *l. 18. hoc tit. l. 2. inf. si vnus ex pluribus hered.* & qua creditor auocet possessionem pignoris *l. si cum venditor, de euictio.* Auocet, inquam, possessionem pignoris actione hypothecaria, sicut interdicto Saluiano, quo tamen non agitur de iure pignoris, id est, non quæritur an id creditori competat, sed de sola possessione pignoris adipiscenda, vt dictum est *sup. tit. 9.* & quia pignus, vel re contrahitur, vel nudo pacto *l. 1. de pignerat. act.* & ad vtrumque genus pignoris hæc actio pertinet, quæ hypothecaria dicitur & Seruiana, & pigneratitia Seruiana, & quasi Seruiana, & vtilis Seruiana, tot habet appellationes: quatenus quidem persequitur pignus nudo pacto contractum, prætoria est actio *l. si tibi §. de pignore, de pact. l. maior, inf. hoc tit.* quatenus vero persequitur pignus re, id est, traditione contractum, est actio ciuilis: Nam & pignus re contractum ciuile est negotium, *l. 1. §. vlt. de pact.* Et hanc distinctionem adhiberi volo ad id quod generaliter scriptum est *in Institut.* actionem hypothecariam ex ipsius prætoris iurisdictione capere substantiam. Quamuis autem pignus & hypotheca nihil inter se distent præter syllabarum sonum, quo etiam linguæ discernuntur, Latina & Græca: tamen docendi gratia ita Iurisconsultis placuit distingui, vt proprie hypothecam acciperemus pro pignore nudo consensu contracto: Pignus pro pignore re contracto, vel hypothecam rei immobilis, pignus rei mobilis. Qualem differentiam etiam facit D. Chrysostomus in *Psalm. 38.* inter hypothecam, & ἐνέχυρον, his verbis: ἀπαιτεῖ &c. *creditor petit vel hypothecam,* vel ἐνέχυρον. *Pauper non habet hypothecam, quia nihil possidet: non habet etiam pignora, quæ adferat, quia nudus est.* Manifesto vnum nomen tribuit rei mobili, alterum rei immobili, sicut proprie nos distinguimus hypothecam a pignore. Sed distinguimus eodem modo, eademue licentia, qua medici quidam ἄνθρακα, a carbunculo: & Theologi Pentecosten a quinquagesima, licet inter se nil distent præter diuersum sonum, & linguam: significatione enim non differunt, imo se inuicem significant illa nomina. Et hoc est, quod iurisconsultus ait in *l. res §. vlt. de pignor. inter pignus & hypothecam nominis tantum sonum differre,* vt D. Augustinus libro de magistro, ait, *quæ non modo tantumdem, sed etiam idem omnino significent, & inter quæ nihil præter literarum distet sonum, nomen & ὄνομα inuenimus.* Ideoque & nos non semper proprie iis nominibus vtimur, sed generaliter & pignus & hypothecam sæpe dicimus (*vt definiam paucis,*) quamcunque conuentionem siue re, siue consensu perfectam, quæ res quascunque, vel iura debitoris obligat creditori in crediti vicem, vnde creditori competit actio hypothecaria, quæ est de obligatione rerum debitoris mobilium, vel immobilium, corporalium, vel incorporalium, quas pignori opposuit debitor pro debito. Id in Idiotismo vocamus vuadium, a vade proculdubio: nam fidei datæ optimus vas, id est, sponsor est, res pignori nexa, vt ait regula iuris, *plus cautionis esse in re, quam in persona, il y a plus de seureté.* His præmissis tempus est, vt perueniamus ad constitutiones huius tituli. In singulas pauca adnotabo, nisi si forte plura rei propositæ vbertas exigat, & ea tantum adnotabo, quæ vel Accurs. non obseruauit, vel male obseruauit, vel non satis abunde exposuit.

Ad Leg. I. & II.

L. 1. Debitor, qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilomagis liberabitur.

EX lege prima notandum est, debitorem qui profitetur se pignoribus cedere creditori, non ideo liberari ab obligatione personali, qua obstringitur: nec mirum: quia nec debitor, qui vniuersis bonis suis cedit creditori, liberatur *l. 1. sup. qui bon. ced. poss.* Pone (*hoc enim necesse est*) pignora, aut bona non esse idonea, non esse iustos vades. Aliud ergo est profiteri se pignoribus cedere, aliud dare accipienti creditori pignora in solutum: quia hoc genere debitor liberatur, illo non item. Ex l. 2. h. t. quæ operæ est maioris, notandum est, si debitor eidem creditori pro debito eodem specialiter fundum Titianum, & mox generaliter pignerauerit omnia sua bona creditori, prius excutienda specialis hypotheca, id est, fundus Titianus, quam cætera bona, etsi ex fundo Titiano suam pecuniam redigere possit, ad cætera bona, vel a cæteris bonis incipere non potest executionem iuris sui: imo cætera bona censentur esse libera vinculo pignoris, cum speciale pignus, de quo prius conuenit, idoneum est. Ratio dubitandi hæc erat, quia creditor æquale ius habet in omnibus bonis. Ergo videtur in arbitrio eius esse, quæ excutiat, quæ persequatur actione hypothecaria. Et sane ita est summo iure: Sed, vt eleganter ait *h. l. 2.* iurisdictio temperanda est, id est, temperandum est edictum prætoris de pignoribus, vt in *l. 1. de reb. cred. dicitur,* prætorem de pignore edixisse. Et similiter ait *l. quamuis, de in ius voc.* licet prætor in libertum qui sine venia patronum in ius vocauit, non edicat se daturum pœnale iudicium, causa cognita tamen moderandam esse iurisdictionem, vt si libertum, qui vocauit patronum irreuerenter, id est, sine venia prætoris pœniteat, & actionem remittat, vt non detur in eum pœnale iudicium. Quæstio h. l. 2. sæpe vsu venit & agitatur, vt nuper accidit in hac vrbe inter creditorem & debitorem, creditore speciali hypotheca omissa excutiente cætera bona, quæ forte sunt cariora debitori, aut pretiosiora, vel amœniora: debitore autem prohibente prius iri ad cætera bona, quam sit excussa specialis hypotheca, quem vtique magis audiet iudex. Agitatur etiam hæc quæstio inter priorem & posteriorem creditorem hypothecarium, vt recte glossæ, & Basilica ponunt speciem ad hanc l. 2. puta priori creditore priuilegio temporis contendente se in cæteris bonis debitoris posteriori creditore esse potiorem, posteriore negante, si specialis hypotheca idonea sit, & huius intentio

verior est: Nam & hæc erat vulgaris conuentio, id est, quæ vulgo apponi solebat in contrahendis pignoribus re certa pignori specialiter obligata, ac deinde generaliter omnibus bonis, vt ita demum creditor ius pignoris exerceret in cæteris bonis, si de re specialiter pignori obligata suam pecuniam seruare non posset. Et hoc ostédit *l. 2. in 2. parte, qui pot. in pign. hab. & l. quæ specialiter, ff. de distract. pign.* Et vulgares conuentiones si sint omissæ, solemnes conuentiones pro interpositis habentur, id est, quod vulgo agitur inter contrahentes, & semper agi intelligitur. Denique semper generali hypothecæ inest hæc conditio, si prior hypotheca specialis non sufficiat creditori. Nec alia ratione locato fundo tacito iure fructus, qui ibi nascuntur ob mercedem pignori sunt, quam quod ita soleret conuenire inter locatorem, & conductorem, *l. si seruus commun. §. locaui, D. de furt.* Nec hodie in iudiciis vllæ frequentantur cautiones iudiciales, veluti *iudicio sisti, de rato, iudicatum solui*, quam quod quæ vulgo interponi solebant, pro interpositis habeantur: nec enim hodie repromissiones eæ iudiciales intelliguntur remissæ. Satisdationes sunt remissæ, sunt sublatæ ex bellis ciuilibus vel externis, vel ex moribus hominum, vel ex difficultate inueniendorum fideiussorum, paucitate hominum vel amicorum, aut inhumanitate ad necessitatem remittendarum satisdationum in iudiciis nos compellente, ne perquisitiones fideiussorum (quæ, vt dixi, plerunque sunt in difficili) trahant negotia litium. Sed repromissiones iudiciariæ, quæ non exigunt fideiussores, sed nudam cautionem tantum partis, non intelliguntur remissæ, sed tacite interpositæ, ita vt agere liceat, si quis velit ex stipulatu iudicio sisti, vel de rato, vel de iudicato soluendo, quod maxime notandum est. Sed vt reuertamur ad legem nostram, quæ quod prius excuti vult specialem quam generalem hypothecam, hoc ducit ex vulgari conuentione, qua idem solebat caueri inter debitorem & creditorem, quam lex habet pro interposita. Huic, inquam, legi opponitur primum *l. creditoris, de distr. pign.* quæ ait, in arbitrio esse creditoris, ex pignoribus sibi obligatis, quæ distrahat, quæ persequatur. Non est opus tot responsionibus quas affert Accurs. Expeditissima & clarissima hæc est, eam legem non intelligi de creditore, cui specialiter res certa obligata est, & generaliter omnia bona, vt scilicet ex eis eligere possit rem, quam velit distrahere, quod non potest: sed excutere debet primum specialem hypothecam. Verum ea l. loquitur de creditore, cui specialiter plures res obligatæ sunt, vt possit eligere: vel de creditore, cui omnia bona obligata sunt, vt possit eligere quod volet: non de creditore, qui specialiter quædam, & generaliter omnia obligata habet. Opponitur etiam huic legi *l. 2. in 1. parte, qui pot. in pign.* secundam iam exposui. Sed vt Ioan. notauit recte, non loquitur etiam ea lex de eo, qui specialem & generalem hypothecam habet, sed de eo, qui generalem tantum, quem ait in aliis bonis debitoris, quæ volet excutere ex generali hypotheca, præferri posteriori creditori, qui habet specialem hypothecam, quod est æquissimum, & confirmatur *l. si generaliter, inf. qui potior. in pig.* & in 2. par. h. l. *quam ante exposui*, non debui prætermittere, pro [*generaliter*] recte adnotari in ora librorum esse legendum, *specialiter*. Idque res ipsa omnino postulat, & memini me alias docere fusius. Restat tantum ad l. 2. hæc quæstio, quam non attingunt Interp. Lex ponit, & non hæc l. tantum, sed & similes omnes, *prius creditori fuisse obligatam rem certam, deinde generaliter omnia bona:* Quid dicemus e contrario, si prius generaliter sint obligata omnia bona, & mox specialiter fundus Titianus, an poterit ex omnibus bonis excutere quæ volet, omisso fundo Titiano? Et existimo, quia non abs re leges, quæ de hoc tractant, ponunt, præcessisse specialem hy-

Cod.

A pothecam, hoc casu, quo specialis hypotheca postlata est generali, creditorem posse excutere generalem hypothecam, & præferri posteriori creditori, qui forte ex bonis quædam specialiter accepit pignori, inspecto ordine conuentionis, nisi aliud actum probetur, quod notandum, vt præcedentem generalem hypothecam creditor possit exercere, vel exequi, omissa speciali subsequente generalem. Adnotandum est tantum ad Accursium, male eum hæc verba [*interim tibi non auferri*] sic interpretari, vt tibi, sit debitori possidenti pignus: Nam, *vt inscriptio docet, & contextus ipse l.* Imperatores scribunt Lucio posteriori creditori suum pignus possidenti, cui id vi generalis hypothecæ non potest prior creditor auferre, si ei sufficiat specialis. Et sup. in h. l. [*aduersarium tuum*] id est, priorem cre-

B ditorem. Ergo [*tibi*] id est, posteriori creditori, qui in suo pignore, non tam est potior, quam solus, vt ait *l. 2. qui pot. in pign. hab.* videlicet si priori creditori sufficiat specialis hypotheca, quia tunc generalis nihil ei proficit, generalis (*quod ad eum attinet*) nulla est. Et ineptum est etiam quod adiicit, idem esse, si extraneus, vel primus creditor possederit pignus, primum quia necesse est ponere, possedisse posteriorem creditorem suum pignus, quoniam ait, *tibi non auferri*. Deinde si amisit forte possessionem in hac specie, posterior creditor recte, eam auocabit ab extraneo, vel priori creditore. Eadem ratione reliquas leges persequemur.

C

Ad L. III.

L. 3. Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conuentionis legem ingressi possessionem exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate præsidis possessionem adipisci debent.

Ex l. 3. notandum est, creditorem, cui ex conuentione debitor permisit non soluta ad diem pecunia, ingredi possessionem fundi pignerati, non posse tamen eam ingredi sine auctoritate iudicis. Nec enim conuentione illa videtur remissus, imo nec remitti potuit ordo

D publici iuris, qui auctoritatem iudicis exigit *l. 10. & 11. inf. hoc tit.* & etiam conuentionem possessoris fundi. Vim quidem non facit creditor (vt ait lex) qui sub specie conuentionis & voluntatis debitoris ingreditur possessionem fundi pignerati: sed nihilominus tenetur generali interdicto momentariæ possessionis restituendæ debitori: Sicut in casu legis *6. sup. vnde vi*, qui rem sibi debitam occupat sub specie iudicati, vel rescripti Principis. ergo si per vim collecta manu creditor ingrediatur possessionem fundi pignerati, resistente debitore, vel alio possessore, etiam tenebitur speciali interdicto vnde vi, vt Azo & Bartol. sentiunt recte hoc loco contra Ioannem: Nam & regula iuris fertur, *non esse singulis concedendum, quod per magistratum publicum fieri possit: ne occasio sit maioris tumultus faciendi.* Male vulgus hanc legem sic accipit, vt ex conuentione

E possit creditor ingredi possessionem fundi pignerati sua auctoritate, sine iudice, sed melius & tutius, vel (vt illi aiunt) vrbanius faciat, si ingrediatur auctoritate iudicis: quod si malit sua, vt id impune faciat. Et hunc errorem, aut hanc sententiæ huius legis deprauationem potissimum ducunt ex secunda parte legis pen. *sup. de pigner. act.* dum ait, creditorem suo arbitrio non posse auferre rem debitori citra conuentionem, vel auctoritatem iudicis, quæ verba plane significant, ex conuentione creditorem posse auferre rem debitoris suo arbitrio, sua auctoritate. Sed obseruandum est, eam partem legis penult. non loqui de pignore obligato creditori, sed de quacunque re debitoris, quam ait creditorem suo arbitrio ex causa debiti auferre non posse citra

conuentionem, id est, nisi conuenerit, vt pignori esset, & auctoritatem iudicis, videlicet per actionem hypothecariam (id est) Seruianam. Nam rectissime Græci in *d. l. pen.* disiunctionem accipiunt pro coniunctione (vt fit sæpe in iure) illo loco: *citra conuentionem, vel præsidalem iussionem.* Illi enim sic interpretantur, citra conuentionem & præsidalem iussionem, χωρὶς συμφώνυ, καὶ ἀρχικῆς κελεύσεως, vt duo exigant, si velit creditor auferre rem debitoris, hypothecæ conuentionem & auctoritatem iudicis, videlicet per actionem hypothecariam: Nam numquam temere est discedendum ab ordine iuris. Mitto legem quartam, quæ non desiderat operam meam: contenta erit discussione vestra.

Ad L. V.

L. 5. Præses prouinciæ vir clarissimus ius pignoris tui exequentem te audiet, nec tibi oberit sententia aduersus debitorem tuum dicta, si eum collusisse cum aduersario tuo, aut vt dicis non causa cognita, sed præscriptione superatum esse constiterit.

AD legem 5. notandum est, rem iudicatam contra debitorem, qui rem suam vindicabat ab extraneo possessore, non nocere creditori, cui ante debitor eandem rem pignori obligauerat, sed superato debitore in causa proprietatis, aduersus eum, qui debitorem superauit, vel quemcunque possessorem pignoris, creditori esse integram action. hypoth. duobus casibus tantum, qui proponuntur in *h. l.* 5. si debitor per collusionem egerit causam proprietatis, id est, si egerit perfunctorie, vt vinceretur se submittens aduersario. Et altero casu si debitor superatus sit in iudicio proprietatis, non causa cognita, sed absens, & inauditus, μονομερῶς, vt loquimur, ex præscriptione, vt ait, veluti lapsis temporibus appellationis interpositæ a debitore, vt *l. Heren. in fi. de euict. l. si expreß. in fi. de appel. l. 6. §. penult. de decur.* His duobus casibus res iudicata contra debitorem in causa proprietatis non nocet creditori in causa pignoris persequendi. Sed hoc ita procedit si creditor scierit debitori cum alio esse litem de proprietate pignoris, vt exceptis scilicet illis duobus casibus res sciente creditore acta & iudicata contra debitorem, ei noceat: Nam si creditor hoc ignorauerit, non tantum illis duobus casibus, sed generaliter & indistincte, creditori est integra actio hypothecaria, & persecutio pignoris probanti rem, quo tempore pignus contrahebatur in dominio debitoris fuisse, *l. sæpe, de re iud.* Et secundum hanc distinctionem inter scientem & ignorantem creditorem, *huic l.* 5. locus est ita demum, si creditor scierit, debitorem experiri de proprietate pignoris: Nam victo debitore, illis tantum duobus casibus creditori salua est actio hypothecaria, non etiam aliis casibus, quia scientia & taciturnitas pro consensu habetur; id est, consensu creditoris, quo sciente lis de proprietate acta est inter debitorem, & extraneum, videtur etiam iudicatum de iure pignoris, quod habuit ex persona actoris, id est, debitoris sui. Et ideo ad hæc verba l. 5. [*nec tibi oberit*] adnotabis, tibi creditori etiam scienti non oberit his duobus casibus: ignoranti vero neque his casibus, neque aliis, quod notandum.

Ad L. VI.

L. 6. In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium præstitisse creditorem constiterit.

EX l. 6. notandum est, maxime crescere obligationem sortis debitæ ob ea, quæ creditor, cui fundus pignori traditus est, fundi nomine contulit ad munitionem & reparationem viarum publicarum, vel ad aliud (vt ait *l.*) necessarium obsequium Reipub. ad aliud publicum munus, veluti ad reparationem portus, vel aquæductus, vel murorum, vel pontium, vel cloacarum, quæ sunt onera prædiorum, non hominum, & sequuntur quemcunque possessorem prædiorum. Et recte *l. epist. §. pact. de pact.* tale pactum (*vt si quas summas propter tributiones fundi pignori nexi creditor soluißet, eas a debitore reciperet*) esse iustum pactum, quia ius ita se habet, vt tributa prædii pignerati, quæ soluit creditor, augeant obligationem sortis. Et ideo superuacuum est pactum, quoniam ipso iure res ita se habet, vt & in *l. quæsitum §. vlt. de distract. pig.* Multa fiunt pacta superuacua. Et crescere obligationem sortis, aperte demonstrant hæc verba l. 6. (*in summa debiti computabitur*) id est, adcrescet sorti. Ex quo sequitur, non liberari pignus, & pigneratitiam actionem, quæ est in personam de recuperando pignore, non competere debitori sorte principali soluta, capitatio ære soluto, vt veteres loquebantur, nisi etiam soluat, quæ creditor contulit ad necessaria obsequia Reipubl. quia & hæc sorti adcreuerunt, & omnem sortem solutam esse oportet, vt debitori competat actio pigneratitia, in *l. si rem §. omnis, de pig. act.* Nam si vel vnus nummus tantum supersit ex sorte, qui debeatur, tota res pignori data, pignori obligata manet. Et hoc est, quod dicitur, *indiuisam esse causam pignoris*, id est, pignus non posse liberari pro parte, sed teneri in solidum, vel pro nummo sestertio, *l. rem, de euict.*

Ad L. VII.

L. 7. Vsucapio pignoris conuentionem non extinguit.

EX lege 7. (quam Placentinus perquam stulte scripsit non posse intelligi, dabitque nobis licentiam abeundi) quæ constat vno tantum versu elegantiss. (*vsucapio pignoris conuentionem non extinguit*) ex ea, inquam, notandum est, vsucapto pignore ab extraneo debitorem amittere dominium pignoris, quod est certum: in vsucapione creditorem non amittere ius pignoris, quia vsucapione dominium adquiritur cum sua causa *l. 1. §. cum prædium, D. eod. tit.* Et eadem ratione fructuarius, ad quem pertinet pignoris vsusfructus, vsucapto pignore non amittit vsumfructum, *l. locum 17. §. pen. de vsufruct.* Denique vsucapione non adquirimus liberum, vel optimum maximum ius dominii, sed quale habuit is, qui ante completam vsucapionem dominus erat. Hæc est vera & facilis sententia huius legis omnibus amplectenda. Secunda interpretatio Accursii est reicula, vt Cato loquitur. Verum circa hanc sententiam huius l. multa possunt quæri, & multa etiam quærit Accursius. Primum potest quæri transformata vsucapione a Iustiniano, an sit locus sententiæ h. l. Et recte sensit Accursius ne in re aperta & nota Accursio sim longus, esse locum sententiæ huius legis, in re mobili, quæ vsucapitur triennio: non etiam in re immobili, quæ vsucapitur longo tempore, quia placuit etiam longo tempore perimi pignoris cuiuscunque causam, id est, decem aut viginti annis, *l. vlt. sup. de præsc. long. temp. l. 7. & l. vlt. sup. de oblig. & act.* Rursus posset quæri, an soluta, vel oblata & deposita sorte, debitor aduersus creditorem possit agere actione pigneratitia, vt restituat pignus quod tenuerat, sed postea amissa possessione, cum ad alium transisset, vsucaptum est, & nunc tenetur ab eo, qui vsucepit, quia videtur adhuc ab eo, qui vsucepit creditor posse auocare possessionem pignoris per actionem hypothecariam. Sed vt respondeam, primum hoc negabo, creditorem ab eo, qui vsucepit, posse auocare possessionem pigno-

ris, & habere aduersus eum actionem hypothecariam A quia solutione sortis extincta est hypotheca, sed teneri tamen creditorem debitori actione pigneratitia, vt vel rem redimat ab eo, qui vsucepit, vel præstet æstimationem litis, & quantum interest, videlicet si per creditoris, qui pignus tenebat, negligentiam factum est, vt pignus vsucaperetur, quia in actionem pigneratitiam venit etiam culpa, siue negligentia creditoris, *faut qu'il en rende compte, l. si cum venderet, & duabus sequentib. D. de pign. act. l. 6. & 8. sup. eod.* non tamen teneri creditorem eadem actione, si sine vitio suo possessionem pignoris perdiderit, *l. 4. eod. tit. sup.* Et hoc de pignore, quod tenuit creditor, vt posui semper: nam in pignore, quod creditor nunquam tenuit, hæc quæstio cessat, quia ad hoc genus pignoris non pertinet actio pigneratitia, quæ est de restituendo pignore, quod accepit: atqui nunquam accepit, vel habuit. B At rursus inde nascitur alia quæstio, & difficilior, quid sit dicendum, si pignus nudo consensu contractum sit, & cum nondum peruenisset ad creditorem, vsucaptum sit, & postea ab eo, qui id vsucepit, creditor possessionem pignoris auocauerit, vt potest, actione hypothecaria: tum deinde debitor soluerit sortem creditori, an actione pigneratitia potest a creditore recipere pignus, cuius dominium vsucapione amisit? Dicam posse. sed frustra recepturus est pignus, si is, qui vsucepit, id mox ab eo vindicet tanquam factus dominus. Itaque in damno versabitur debitor, qui soluit pecuniam, & pignus recuperatum a creditore non potest retineri vindicante eo, qui vsucepit. Et omnino ita est, vt versetur in damno, quia hoc accidit sua culpa, cum per negligentiam eius pignus vsucaptum sit, vt in C §. *quod autem, Instit. de vsuc.* Et captiosa atque vana sunt remedia, quibus Accursius hoc loco tentat debitorem eximere damno, quia aduersus vsucapionem nulla sunt remedia maiori 25. annor. vsucapio securitatem præstat possessori, *l. 7. sup. de præscr. long. temp. l. 1. sup. de com. rer. alien.* Et ea etiam remedia siue consilia (quæ vocat Accursius,) id est cautelas ne debitor sit in damno, refutat Bart. hoc loco, nec tamen rem expedit, quæ ita, vt dixi, manifesto expedienda est, hoc tantum addito: quod si debitor in proposita specie soluta pecunia non statim pignus repetat, quia solutione pignus peremptum est, procul dubio ei, qui vsucepit, erit efficax vindicatio pignoris aduersus creditorem. Et postremo circa hanc le- D gem quæri potest, cur vsucapto seruo ius pignoris, quod in eo habeo, non perimitur, vt docuimus, operæ autem serui vsucapti, quæ mihi legatæ erant, perimuntur? legatum operarum vsucapto seruo perimitur, *l. 2. in fine, de vsufr. leg.* Quæro quæ sit ratio differentiæ. Ratio differentiæ, in qua hæret Accursius in *d. l. 2.* dum eam quærit, nec tradit vllam, euidens hæc videtur esse, quia operæ serui, quæ consistunt in actu ipsius serui, ius dominii sequuntur, quod vsucapione adquisitum est: Nam si seruus est tuus factus vsucapione, consequens est, vt tibi operas præstet, non alii, nec testamento alterius fieri potest, vt seruus tuus alii, quam tibi edat operas. Denique operæ societate veluti quodam dominio serui coniunguntur: at pignus nulla societate dominio, id est, E proprietati coniungitur. Hæc sunt verba *l. iusto §. non mutat, de vsurp. & vsuc.* Vsus fructus quoque, cuius causam eandem diximus esse, quæ est pignoris, vt neutra perimatur vsucapione, non debet permisceri cum dominio, vel possessione, vt *l. pen. de adquir. poss.* quia vsusfructus serui non consistit in seruo ipso, id est, in actu serui, sed in persona eius, qui in seruo vsumfructum constitutum habet, & in facto eius, in vsu, & fruitione serui. At operæ, quæ legantur, consistunt in ipso seruo, id est, in actu ipsius serui, ideoque nec morte eius, cui legatæ sunt operæ quandiu viuit seruus, legatum perimitur, & vsusfructus tamen perimitur morte eius cui vsusfructus legatus est. Et similiter operæ legatæ non perimuntur capitis deminutione legatarii, vel non vtendo, quibus tamen modis vsusfructus intercidit, *d. l. 2. de vsufr. legato.*

Ad L. VIII.

L. 8. Quamuis personali actione expertus aduersus reum vel fideiussores seu mandatores eius feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem.

Lex octaua est pars *legis primæ, inf. etiam ob chirog. pecuniam pignus teneri*, vbi de quæstione eius tractabimus commodius.

Ad L. IX.

L. 9. Si dominium eius possessionis, quæ pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor, vel eius heredes detinere cœperunt: vindica eam rem præside prouinciæ curante, vt fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.

Ad legem 9. sic est ponenda species. debitor alienauit fundum Titio, quem ante creditori suo nudo pacto obligauerat. Vt vsucapione, ita alienatione pignoris facta, sine consensu creditoris pignus non perimitur, *l. 15. inf. hoc tit. l. si debitor, inf. de distract. pign.* Postea vero creditor eum fundum tenere cœpit. Hæc lex nona ait, Titium nuper factum dominum fundi, recte eum fundum vindicare a creditore, fructibus quos creditor ex eo fundo percepit imputatis in sortem, & residuo debiti oblato & deposito, *si creditori satisfactum fuerit:* quæ postrema verba lex adiecit, quia non est satis solui creditori sortem principalem, vt pignus liberetur, sed etiam ei satisfieri oportet: Nam quandoque sortis principalis solutio ei non satisfacit ad plenum, vt puta si quos sumptus fecerit fundi pignerati nomine, qui auxerint forte principalem, vt in *l. 6. sup.* Satisfacere est tantum facere, quantum satis est creditori, vt Asconius Pedianus ait, *satisfacere esse tantum facere quantum satis est irato ad vindictã.* Ergo ex *l. 9.* ei, cui debitor pignus alienauit citra consensum creditoris, pignoris possessione postea perueniente ad creditorem, competit rei vindicatio aduersus creditorem, si ei satisfactum sit, quæ tamen actio non competeret debitori aduersus creditorem possidentem pignus, quia vindicatio rei corporalis possessori non datur *l. 1. §. interdictum, vti possidet. §. æque, Instit. de act.* Et creditor licet teneat pignus, id tamen sibi non possidet, sed id debitor possidet per eum, *l. cum notissimi §. sed cum illud, sup. de præscript. 30. anno.* Ergo non potest debitor id vindicare a creditore, quia vindicatio non adquiritur sine dispendio possessionis. Sed cum erit satisfactum creditori, potest pignus repetere actione pigneratitia. Dixi, *alienatione non exstingui causam pignoris:* hoc est verum indistincte, siue res mobilis, siue immobilis pignori data sit, & siue traditione, siue nuda conuentione pignus contractum sit. Sed alio iure vtimur hodie in re mobili: Nam creditor non potest persequi actione hypothecaria rem mobilem, de qua conuenit inter debitorem & creditorem, vt pignori esset, si a debitore ea res peruenerit ad extraneum. Et hoc est, quod dicitur lingua materna, *meubles n'ont point de suite en hypotheque, quand ils sont hors de la puissance du debiteur,* id est, ex sola conuentione pignoris, vel speciali, vel generali *(nil refert)* creditor non potest persequi actione hypothecaria res mobiles aduersus quemlibet possessorem, sed aduersus debitorem tantum, vel heredem eius, aliter quam si traditione contractum sit pignus rei mobilis: nam ita contractum pignus rei mobilis etiam hodie creditor persequitur aduersus quemlibet possessorem. Et ita facimus hodie differentiam inter rem mobilem & immobilem, & pignus re & consensu

contractum. Dixi præterea ex hac l. fructus, quos creditor ex pignore percepit consumpsit, & imputari in rationem sortis. Hoc confirmat lex. 1. & 2. *sup. de pignerat. act. l. 1. inf. de distract. pign. l. 2. inf. de partu pign.* Itaque fructibus æquantibus sortem, ipso iure liberatur pignus, perinde atque solutione, vel oblatione & depositione totius sortis, vel datione pignoris in solutum, vt in *l. 13. inf.* fructuum perceptio pro solutione est, si adæquat summam sortis. Sed hoc ita procedit, nisi aliud conuenerit inter debitorem, & creditorem, veluti vt fructus creditor perciperet vice vsurarum, quæ conuentio pignoris proprio nomine appellatur ἀντίχρησις in *l. si is qui bona* §. 1. *ff. eod. tit. l. si pecuniam, de pign. act.* quasi ἀντὶ τόκων χρῆσις, id est, ius vtendi fruendi pignore vice vsurarum, quod Ciceroni est, *certare cum vsuris fructus prædiorum.* Nec omittam quod Azo notauit, initio huius legis in quibusdam libris ita legi, *Si dominium eius possessionis, quæ cum pignori, &c.* Ego constanter ita scriptum legi semper in omnibus libris veteribus, & est syllepsis.

Ad L. X.

L. 10. Debitores præsentes prius denuntiationibus conueniendi sunt. Igitur si conuenti debito satis non fecerint, persequenti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus, rector prouinciæ auctoritatis suæ auxilium impartiri non dubitabit.

Legem decimam vulgo sic accipiunt male, vt creditor prius denuntiare debeat præsenti debitori, vt soluat, id est, eum interpellare & admonere debeat, quam agat actione hypothecaria, quod est falsum: Nam istæ denuntiationes, quæ proprie dicebantur condictiones, sublatæ sunt, §. *appellamus, Instit. de action:* & in *l. vlt. sup. de interd.* illa verba, *(ruptis veteribus ambagibus)* dixi excludere solemnes denuntiationes: idemque velle in *l. vlt. sup. quorum bonorum,* hæc verba *(omnibus frustrationibus amputatis.)* Et hi etiam, qui ita accipiunt hanc legem coguntur supplere suo marte, hanc denuntiationem exigi ex vrbanitate, non ex necessitate, quod etiam est falsum: Nam aperte verba legis iniungunt necessitatem denuntiandi præsenti debitori: & verius est, hanc esse sententiam huius legis: vt si conuenerit inter creditorem & debitorem hypothecarium de non distrahenda hypotheca, vel etiam si simpliciter pignus datum sit, nulla facta mentione distrahendi, vel non distrahendi, quo casu etiam tacite videtur agi, ne distrahatur *l. 3. ff. quæ res pign. oblig. poss.* non aliter possit creditor, contra quam actum est expressim, vel tacite, pignus distrahere, quam si denuntiauerit præsenti debitori, vt pignus luat, quæ est sententia etiam *l. 4. ff. de pignerat. act. &* (vt affirmo) etiam huius leg. 10. Nam in ea, persequi hypothecam, est persequi vsque ad extremum, ad distractionem vsque ius pignoris exequi. Et placet, quod ait lex pluratiuo numero, *denuntiationibus:* Nam trina denuntiatio exigitur in *d. l. 4.* & a Paulo 2. *Sent. tit. 4. creditor,* inquit, *si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debet debitori suo, vt pignus luat, ne a se distrahatur.* Itaque *hac lex 10.* id omnino vult, quod est apertius iisdem fere verbis scriptum in *l. debitoribus, sup. de administr. tut. debitoribus parere solutioni denuntia: qui si satis non fecerint, in venditione pignorum vti iure communi potes.*

Ad Leg. XI.

L. 11. Nominatori pignori capere sine præsidis auctoritate res nominati non licet.

Lex vndecima etiam non bene explicata est. Nominator in ea vocatur magistratus municipalis, qui quem nominat & creat ad munus aliquod publicum,

A veluti ad curationem operum, quam si nominatus suscipere detrectet, lex ait, *magistratum municipalem eum coercere non posse captis pignoribus sine auctoritate præsidis.* Hæc est sententia legis. Habet quidem magistratus municipalis ius coercendi inobedientes, & contumaces captis pignoribus, *l. quemadmodum* §. *magistratus, ad leg. Aquil. l. 4. sup.* §. 1. *de dam. infec.* sed non sine iussu præsidis sicut magistratus municipalis habet ius dandi tutoris, *l. 3. ff. de tut. & curat. dat.* sed non sine præsidis iussu, præcepto, mandato *l. Lucius* §. *testamento, de admi. tutorum, l. tutores de confirm. tut. l. sexta sup. qui dare tut. poss.* Olim *(quod forte non omnes sciunt)* magistratus, qui pignora capiebant, & mox ea confringebant, concidebant, *verbi gratia,* suppellex contumacis, capta pignori, mox concidebatur. M. Tullius 3. de Oratore. *An tu,* inquit, *cum*

B *omnem auctoritatem vniuersi ordinis pro pignore putares, eamque in conspectu populi Romani concideres tanquam pignus, scilicet existimas, me his pignoribus, quibus me coercere instituis, posse terreri. Non illa pignora tibi sunt cedenda lingua, &c.* Et sic etiam Tibullus:

Quid facio demens? heu, heu mea pignora cedo.

Ad L. XII.

L. 12. Si vxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo, res propriae obligauit pignori, eique tu successisti: licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito, creditorem de his tibi reddendis solemni iure

C *conuenies.*

Ex l. duodecima hoc tantum notandum est, instrumenta esse testimonia factorum, id est, rerum gestarum, & condi instrumenta, vt res gesta probetur, non vt valeat: Nam & sine instrumento valet: instrumenta condi rei probandæ, non condendæ, vel constituendæ. Et secunda interpretatio Accursii ad eam legem est verissima, & confirmatur *l. contrahitur, de pignor.* Prima interpretatio delenda est.

Ad L. XIV. & XXIV.

L. 14. Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere, vtrumne personali obligatos sibi, an pignora

D *possidentes in rem actione conuenire velint, non est incerti iuris.*

Ex 14. & *l. 24.* idem docent, esse in electione creditoris, qua actione prius experiatur, personali actione cum debitore suo, an hypothecaria cum possessore pignoris, an simul vtraque, *vt l. vlt. sup. de obl. & act.* Sicut in electione creditoris est cum debitore, an cum fideiussore vel mandatore, an cum vtroque experiatur, *l. grege* §. *etiam, de pignoribus.* Nec cum Accursio in hac re est constituenda differentia inter expressam, & tacitam hypothecam, ita vt electionem habeat creditor, qua via ad suum perueniat, si expressa sit hypotheca, vt ait hoc loco, non etiam si tacita: Nam Resp. quæ non habet nisi expressam hypothecam *l. 2. inf. de iur. Reip. lib. 10.*

E *l. simile ff. ad munic.* Denique Respubl. quæ habet expressam hypothecam, non tamen omnino electionem habet *l. 1. inf. de decur. lib. 10. l. 3.* §. *vlt. de administ. rer. ad ciuit. pertin. l. libert.* §. *fil. ad munic.* Non est etiam omnino constituenda differentia inter priuatum creditorem, & fiscum, siue rempublicam, vt priuatus hanc habeat electionem, non fiscus, vel Resp. Nam & in causa tributorum fiscus hanc eandem electionem habet, *l. cum possess.* §. *vlt. de cens.* Et in causa pecuniæ debitæ ex contractu, veluti ex locatione vectigalium, *videlicet,* si possessor hypothecarius fisco non caueat de indemnitate, interim dum excutit principalem debitorem *l. 1. inf. de conueniend. fisci debitor. lib. 10. l. 5. sup. de sentent. & interloc.* Hodie non ignoratis ex Nouella Iustiniani quarta

de

de fideiussoribus, priuato creditori ademptam esse hanc electionem, a qua non dissentit Nouella 112. cuius sententia ab Irnerio huic legi subiecta est: Nam & in *Nouella de litigiosis*, ponitur creditorem prius egisse cum debitore seruato ordine præscripto *in Nouella 4.* Sed lite pendente debitorem pignus vendidisse, nec ex pretio soluisse creditori. quæ res facit, vt protinus creditor possit transire ad emptorem pignoris instituta actione hypothecaria, qui tamen recte cœperat a debitore principali.

Ad L. XVI.

L. 16. Et si frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quærere non potuit.

EX hac l. notandum est, obligationem pignoris per liberam personam nobis non adquiri, sicut nec quamlibet aliam obligationem: vt si meam pecuniam suo nomine frater meus alii crediderit, quod mutuum quidem ab initio non consistit, quia pecunia non est dantis, sed conualescere potest consumptione pecuniæ: atque adeo si meam pecuniam (vt dixi) frater meus suo nomine crediderit, & pignus acceperit in causam crediti, mihi neque personalem obligationem creditæ pecuniæ adquirit, neque obligationem pignoris, quam contraxit, vt *l. solut. §. pen. de pig. act.* Recte ait *l. suo nomine:* Nam si nomine meo pecuniam meam crediderit, iure singulari receptum est sicut & multa alia singularia sunt recepta in credita pecunia, vt mihi adquirat obligationem creditæ pecuniæ, quamuis sit liber homo, non subiectus potestati, atque etiam obligationem pignoris *l. 2. sup. per quas pers. nob. adqu.* Sed & quandoque, si quis alienam pecuniam suo nomine crediderit, non nomine domini, domino pecuniæ datur vtilis actio creditæ pecuniæ, perinde ac si ipse credidisset, vt si quis crediderit pecuniam militis, vel pupilli, vel iuuenis, vt *l. 2. sup. quando ex facto tutor. vel cur. l. si pecun. D. de reb. cred.* Hypothecariam autem his personis, id est, militi, pupillo, iuueni, si is, qui eorum pecuniam credidit suo nomine, pignus acceperit, dari non inuenio, nec cui datur actio principalis, continuo etiam danda est actio hypothecaria sine lege certa, quæ hoc constituat, vt ante constitutionem Iustiniani, id est, *d. l. 2. sup. per quas pers. nobis adqu.* credita ab alio mea pecunia meo nomine, & accepto pignore, mihi ipso iure adquirebatur obligatio principalis, non etiam obligatio pignoris. Et ita etiam in proposito illis personis, quarum pecuniam aliquis credidit suo nomine, dabimus quidem actionem principalem, si certum petatur, sed non actionem hypothecariam, si pignus interuenerit, sine lege certa, qua destituimur.

Ad L. XVII.

L. 17. Quamuis ea pecunia, quam a te mutuo frater tuus accepit, comparauerit prædium: tamen nisi specialiter, vel generaliter hoc tibi obligauerit, tua pecuniæ numeratio in causam pignoris non deduxit: sane personali actione debitum apud præsidem petere non prohiberis.

EX lege 17. notandum est, rem a fratre meo ex pecunia, quam ei credidi, sibi, id est, suo nomine comparatam, non propterea esse mihi tacite pignori obligatam nomine crediti. Denique non esse eam rem mihi pignori in causam creditæ pecuniæ sine conuentione expressa vel speciali, vel generali. Et hæc l. & superior loquitur de fratre, sed vtrique locus est etiam in quouis alio, qui vel pecuniam meam suo nomine crediderit, vel si aliquid suo nomine comparauerit ex pecunia, quam ei credidi, vel quam mihi debet ex alia causa. Et

A vt a superiori lege excepimus pupillum, cuius pecuniam quis alij suo nomine mutuam dedit, ita ab hac lege nos pupillum excipere oportet: nam res pupilli pecunia ab alio comparata tacite pupillo pignori obligata est ex const. Seuer. & Antonini *l. pen. sup. de seru. pig. dato manum. l. 3. ff. de reb. eor. qui sub. tut &c.* quod interpretes trahunt etiam ad militem, & iuuenem. Ego nolim trahere sine lege: nam etsi militi detur vindicatio rei comparatæ eius pecunia *l. si vt proponis, sup. de rei vin.* Non tamen ideo, imo vero eo minus eidem danda est actio hypothecaria, veluti ex tacita hypotheca: Vindicatio enim datur domino, vel quasi domino: hypothecaria datur non domino, nec vtraque vnquam defertur cuiquam sine lege aut constitutione certa, quæ in alicuius arbitrio faciat, vt hac vel illa actione experiatur: vt ex
B Iustiniani constitutione est in arbitrio mulieris res dotales persequi soluto matrimonio vindicatione tanquam suas: vel hypothecaria actione, tanquam non suas, *l. in rebus, sup. de iur. dot.* Et eandem electionem constitutiones dant pupillo, cuius pecunia ab alio res comparata est: Nam præter tacitam hypothecam eius rei datur etiam pupillo vtilis actio, si hanc malit ad eam rem vindicandam *l. 2. quando ex fact. tutor.* non etiam aliis personis, quod legerim, veluti militi aut adolescenti.

Ad Leg. XIX.

L. 19. Sicut vim maiorem pignorum creditor præstare non habet necesse: ita dolum & culpam, sed & custodiam exhibere cogitur.

C LEx 19. atque etiam 20. alienæ videntur esse ab hoc titulo atque tractatu: neque enim sunt de actione hypothecaria, de qua est hic tractatus, & hic tit. & quotquot sequuntur vsque ad tit. 35. sed sunt ambæ de actione pigneratitia, de qua est proprius titulus *lib. 4. sup.* & inter quas quantum intersit, accipite paucis. Actio hypothecaria est in rem, *vt l. 18. h. tit.* Actio pigneratitia in personam: hæc est bonæ fidei, illa arbitraria: hæc datur debitori soluta hypotheca, illa creditori manente hypotheca: hæc est ex iure ciuili, illa est ex iure prætorio hypotheca contracta nudo consensu. Sed tamen, quia hæc illi æmula est, vt eleganter ait Iustinian. in constitut. qua sua auctoritate confirmat conditionem Digestorum, Hæc, *inquam*, illi æmula est, quoniam vtrique circa eandem rem idem est studium, idem amor debitori, vt ha-
D beat pignus, creditori æque vt idem pignus habeat. Quia igitur inuicem æmulæ sunt, neque hæc illam, nec vicissim illa hanc abhorret. Itaque non male etiam de actione pigneratitia hoc proponitur *in l. 19.* in eam venire dolum & culpam creditoris, & custodiam, dolum & culpam, id est, si dolo creditoris aut culpa pignus perierit, aut deterius factum sit: Nam (*vt ait hac l. 19.*) creditor dolum, & culpam, & custodiam exhibere cogitur: vbi Accursius sic distinguit culpam a custodia, quem & plerique sequuntur, vt custodia sit contraria negligentiæ, atque ita lex velit, negligentiæ nomine creditorem teneri debitori, quod non curatius & diligentius custodierit rem pignori datam, sed neglexerit: culpa autem consistat, non in neglegendo, id est, non faciendo, sed in faciendo, vt si creditor dum iaculatur, nec dum bene
E sciat vibrare iaculum, deerrans hominem traiecerit sibi pignori datum, atque ita Accursius in hac lege culpam a custodia distinguit, quam distinctionem omnino improbo: Nam certissimum est etiam in non faciendo culpam consistere, in negligendo, *l si seruum. ff. de verb. oblig. § præterea, Inst. de leg. Aquil.* & nominatim in *l. secus socio, pro socio:* & in *§. præter. Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Iuris auctor *culpam*, interpretatur desidiam & negligentiam. Ergo culpam generaliter accipiamus pro leui negligentia, siue diligentiæ exactæ priuatione, atque etiam pro delicto commisso, pro delicto facto per imperitiam, vel

imprudentiam. Custodiam autem accipiamus pro exactissima diligentia diligentissimi patrisfam. cui sit contraria leuissima culpa: Nam hæc lex rem auget dum adiicit, *& custodiam*, hoc est dum ait, *creditorem non tantum præstare dolum, & culpam*, quod nomen simpliciter significat leuem, *sed etiam præstare custodiam*, id est, etiam leuissimam culpam, quo modo etiam rem auget *l.* 13. §. *vlt. ff. de pig. act.* Sed creditorem præstare etiam custodiam, id est, exactissimam diligentiam, ita demum verum est, si creditoris tantum gratia pignus contractum sit, puta vt pecunia credita in tutum redigeretur, alioquin parati etiam sine pignore roganti debitori pecuniam credere. Quo casu manifestum est, pignus dari tantum creditoris gratia, quia & sine pignore, si voluisset, debitor, pecuniam mutuam accepisset a creditore. Et æquum est, vt in commodato, cum solius commodatarii gratia res geritur, vt præstet omnem culpam, & exhibeat omnem diligentiam, supremam diligentiam in seruanda re commodata, vel pignerata. Cæterum aliud dicemus, si pignus contractum sit vtriusque gratia, quod quomodo fiat, explicant Institutiones *in fi. tit. quib. mod. re contr.* aiunt pignus dari vtriusque gratia: vbi velim vos subintelligere *plerunque*: Nam potest dari solius creditoris gratia. ac tum datur vtriusque gratia, cum sine pignore debitor non erat habiturus pecuniam, cum quodammodo vi quadam creditor pignus ei extorsit, *vt innuit lex 4. hoc tit.* Debitoris gratia contrahitur pignus, quo magis ei credat, qui alioquin non crederet: atque etiam creditoris gratia, vt ei sit cautum pignore, vt in tuto sit creditum. Et hoc casu, negabo creditorem præstare custodiam pignoris, id est, teneri ex leuissima culpa, secundum definitionem *l. si vt certo, §. nunc videamus, D. commod.* Et eadem distinctione vtar in commodato, quoniam & in hac re pignus commodato comparatur *d. l.* 13. §. *vlt.* Nam si commodatum contractum sit solius commodatarii gratia, proculdubio præstat culpam & custodiam *d. l. si vt certo §. commodatum.* Sin autem contractum sit vtriusque gratia, quod fit in hac specie, si communem amicum inuitemus ad cœnam, & tu parandæ cœnæ curam suscipias, ego tibi commodem supellectilem meam argenteam, commodatum fit vtriusque gratia: & hoc casu commodatarius dolum tantum præstabit, & culpam, non custodiam, *l. in rebus* §. 1. *ff. commod.* quæ etiam pignus comparat commodato. Et ita est accipiendum, quod habemus ex fragmentis, siue redimiis Modestini ex lib. 2. Different. Commodati iudicio *conuentum præstare dolum & culpam, quia*, inquit, *vtriusque contrahentis vtilitas vertitur: nam* (hæc suppleamus) *si solius commodatarij, non tantum præstaret dolum & culpam, sed etiam custodiam.* Et hæc distinctio, quæ summe notanda est, liquido demonstrat in hac re ne minimam quidem differentiam restare inter pignus, & commodatum. Illud certissimum est, in neutro contractu venire casum fortuitum, id est, vt hæc lex loquitur, vim maiorem, vim diuinam, inuictam necessitatem, damnum fatale, quo pertinet etiam *l. 25. h. t.* Et furtum quandoque, adnumeratur casui & fortunæ, latrocinium semper, furtum quandoque, vt in *l. eum qui §. idem scribit, ff. de furt.* vt furtum, quod fit a saccularijs, vel apertularijs, *ce sont des mariots, ou coupebourses*, qui artibus quibusdam maleficis, e sinu quandoque ipso hominis auferunt pecuniam, quod quis cauere aut prouidere possit? Vel etiam ab apertulariis seu directariis, *ce sont des crocheteurs de portes*, quod vix vllus tam diligens est, vt cauere possit. At plerunque furtum adnumeratur culpæ, & negligentiæ in non seruando nostro *l. 4. ff. nautæ caup. stab. l. cum duob. §. damna, ff. pro soc.* Et huc pertinet etiam *l. 26. h. tit.*

Ad L. XX.

L. 20. *Creditor ad petitionem debiti vrgeri iure minime potest. Quapropter eo quod vos heredibus Euodiani debere confiditis, oblato, & si non velint accipere, consignato atque deposito: de reddendo pignore hos præsidiali notione conuenite.*

Ex *l.* 20. notandum, creditorem inuitum non compelli agere de credita pecunia, vt scilicet ei pecunia soluatur petenti, & pignora liberentur, & vsuræ non currant: non compelli etiam creditorem oblatam pecuniam accipere, sed qui ab vsuris & sorte se & pignora liberare volet, deponat pecuniam apud acta, & consignet: Depositio & consignatio solutio est, quæ omnem obligationem perimit *l. 9. inf. de solut.* Depositio sola non sufficit, sed necessaria est etiam consignatio, quæ non est, vt vulgus accipit, adnumeratio pecuniæ, sed sacculi vel cistulæ, in qua est condita pecunia, obsignatio facta annulo signatorio debitoris, vel testium, vt in *l. vlt. ff. de leg. commis.* Apul. 10. Metam. *in hoc ipso sacculo*, inquit, *conditos aureos annulo tuo prænota: donec altera die nummulario præsente comprobentur. Sic inductus signauit pecuniam.* Non potest etiam e contrario debitor prohibere creditorem, quo minus agat de credita pecunia, quo minus repetat pecuniam suam sub specie, puta vsurarum, in quarum solutione se perseueraturum debitor dicit, *l. vlt. §. vlt. sup. de iur. dot.* Quod vtique verum est, nisi aliud conuenerit nominatim, scilicet vt, quamdiu vsuræ soluerentur, sors non repeteretur *l. 4. §. vlt. l. qui in futurum, D. de pact.*

Ad L. XXI.

L. 21. *Res obligatas exterus debito soluto de liberando datum petere, non earum dominium adipisci potest.*

Lex 21. docet, eum, qui pro debitore animo negotiorum gestoris soluta pecunia & vsuris pignus liberauit, non ideo pignoris dominum fieri, quia nec creditor, a quo pignus liberauit, pignoris dominus fuit, *l. cum & sortis §. vlt. ff. de pig. act.* Sed id tamen, *vt opinor*, pignus quod liberauit, retinebit veluti pignoris iure, donec ei, id omne, quod pro eo soluit, reddatur, atque etiam sortis, quam pro illo soluit, vsuræ, quæ creditori præstandæ fuissent, si pecunia ei soluta non fuisset: Nam quæ præstarentur creditori, & præstandæ sunt liberatori. Imo & vsurarum pro illo solutarum vsuræ ei præstandæ sunt, quia apud eum, qui soluit, sortis, non vsurarum vice funguntur *l. 12. §. sciendum, ff. qui pot. in pign. hab.* alioquin vsurarum vsuræ non præstarentur, quia sunt illicitæ. Et ita vero, qui sua pecunia redemit captum ab hostibus, eius quidem quem redemit, dominium non adipiscitur, sed eum retinet quasi pignus, donec soluerit pretium redemptionis, quod pignus naturale dicitur in *l. 2. inf. de cap. & postlim. reuers. ab hostib.* Naturale, quia iure ciuili liber homo pignori esse non potest. Ille autem liber factus est redemptione, & postliminio.

Ad L. XXII.

L. 22. *Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus, & a debitore sortem, eiusque tantum vsuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam vsurarum vsuras accipere potest.*

Lex 22. docet, posteriorem creditorem, cui, verbi gratia, fundus Titianus pignori obligatus erat, offerendo pecuniam ei, cui priori idem fundus obligatus erat, in eius locum succedere, & pignus sibi confirmare, quod infirmabat causa prioris creditoris siue prærogatiua temporis. Ait, *offerendo*, at subintellige, *vel si accipere nolit, publice deponendo & consignando*: Nam sola oblatio, & nuda non confirmat pignus *l. 1. §. qui pot. in pig. hab.* nisi oblationem sequatur acceptio prioris creditoris. Id autem pignus, quod ita sibi posterior creditor confirmauit, non tantum

tantum ob sortem sibi debitam, & vsuras suas, sed etiam ob sortem & vsuras, quas priori creditori soluit, & sortis vtriusque etiam deinceps vsuræ current, id est, sortis suæ & sortis prioris creditoris, quæ currerent priori creditori, si ei satisfactum non esset. At vsurarum, quas posterior creditor priori soluit, licet eas ipse recte computet in sortem tanquam sortem sibi debitam, tamen nullæ vsuræ current. Et ratio hæc est, quia soluendo priori creditori, suum potius, quam debitoris negotium gessit, nimirum vt sibi pignus confirmaret. Et licet re ipsa etiam gesserit negotium debitoris, quem liberauit a primo creditore, tamen animum tantum habuit gerendi negotii sui, id est, confirmandi pignoris sui, & ob id æquum est, vt vsurarum, quas sui potius, quam debitoris causa soluit, vsuras non exigat, non accipiat. Et ita definitur in *h.l.* 22. Vnde sequitur, quod si quis non creditor gerens negotium debitoris, non suum, pro eo soluat creditori sortem & vsuras omnis pecuniæ, quam soluit, id est, sortis & vsurarum vsuras exigere potest. Et hoc est, quod in specie proposita ait *l.12.§.sciendum, ff. qui pot. in pign. non enim, inquit, negotium alterius gessit, sed magis suum.* Et ratio hæc est, quia vsuræ, quæ debebantur creditori post solutionem factam a negotiorum gestore sors efficiuntur, id est, negotiorum gestori, qui soluit pro debitore, debentur tanquam sors, non tanquam vsuræ. Et ob id recte alias vsuras admittunt, vt in *l.idemque §.si procurator, in fi.ff.mand.l. qui negotiationem §.ex duobus, in fi.& §.vlt.ff.de administ.tut.* Nec obstat *l.vlt.sup de vsur.* quæ destricte vetat, etiam vsurarum in sortem redactarum vsuras exigi, quod tamen videmur ante probasse. sed ne morer longius in re non multum difficili, lex illa vltima sic intelligitur, si debitor, qui debet plurium mensium vsuras creditori, vertente anno consummet in vnam summam, eamque constituat se debere tanquam sortem, & eius summæ stipulanti creditori vsuras promittat, quod M. Tull. vocat *anatocismum anniuersarium.* & destricte prohibetur in *d.l.vlt.* Hæc est mens l.vlt. At si negotiorum gestor, vel procurator, tutor, curator, pro debitore soluat creditori vsuras, nihil vetat lex vlt. quin quod soluit pro alio, apud eum sit sortis vice, cuius etiam vsuras accipere possit: neque enim vllus hic est anatocismus anniuersarius: Et restat modo tantum ex hoc tit. lex vlt. quam exponamus.

Ad L. vlt.

Lex vlt. loquitur de negotiatoribus qui pecunias mutuas accipiunt, & pignori opponunt, quæ ex iis pecuniis comparaturi sunt, vt fit sæpe *l.cum tabernam, ff.de pig.l.qui Romæ, § Callimachus, ff.de verb.oblig.* Specialiter *l. vlt.* loquitur de argentariis, qui mensas habent positas in foro, distrahendis, id est, permutandis pecuniis, accepto collybo, id est, permutationis mercede modica, *pour le change*, quæ etiam appellatur *aspratura*, maxime si asperis nummis, id est, recenter cusis permutentur veteres. Specialiter lex vltima loquitur de metaxariis, id est, serici negotiatoribus: Nam commune nomen *metaxa*, quo significatur quælibet tracta lanæ, vel lini, vel fili, *vn escheueau*, sericum fecit suum per prævalentiam, quod ditior sit tracta serici, adeo vt nunc tantum metaxa, quod nomen retinent etiam Vascones, *ils appellent vn escheueau malasche*, vt metaxam tantum accipiamus pro tracta serici. Generaliter autem (vt initio dixi) hæc lex loquitur de omnibus negotiatoribus, qui pecunias mutuas sumunt sub pignoribus eorum, quæ postea ex iis pecuniis comparauerint, & ponit eos postea comparasse militiam sibi, vel aliis. Militia hoc loco & in multis locis iuris nostri, est officium palatinum, officium ciuile, quod aliquando eius generis est (saltem id de quo agitur in hac lege vltima) vt possit vendi, pignorari, locari, qualis est militia adiutorum quæstoris, *ex Nou.35.* Quæstor Palatij *en bon François c'est le Chancelier*, quod & Accurs. intellexit. adiutor quæstoris, comme *vn chauffecire.* Quod officium etiam hodie potest vendi, & pignerari, & legari, *ex consti. Ludouici XII.* Eiusmodi etiam fuisse militiam silentiariorum, qui in palatio Principis indicunt silentium, *Huissiers, demonstrat l.30. §.vlt. sup. de inoffic. test.* & eiusmodi officia, siue militias hæc lex ostendit etiam transmitti in heredes sub definitione certa, id est, non prorsus transmitti, sed transmitti sub modo certo, sub lege certa, quia scilicet non ipsæ militiæ mortuo milite transmittuntur in heredes, sed qui subrogatur in locum defuncti militis, cogitur heredibus defuncti, vel vxori præstare certam summam solatii loco, quæ præstatio vocatur sæpe in Nouellis, *casus militiæ, la cheute d'vn office par la mort d'vn officier, le vacant.* Appellatur etiam placitum scholæ a Iuliano Nouellarum Interprete, & in hac lege, *placitum commune militantium.* Recte: nam Schola nihil aliud est, quam schola militantium, *le corps des officiers.* Ex totius scholæ id est, omnium officialium placito, vel ex beneficio Principis, defuncti militis heredibus debetur solatium ab eo, qui in defuncti locum subiit, & qui militiam defuncti obtinuit. Et pignori obligata *militia*, non tantum commoda, salaria, annonæ ciuiles, quæ ex militia adquiruntur, intelliguntur esse pignori, sed etiam casus militiæ intelligitur esse pignori, id est, solatium, quod debetur defuncti militis heredibus. His cognitis facile erit cognoscere constitutionem hanc. Vtitur hæc lex vltima distinctione hac: aut negotiatores, qui pecunias mutuas acceperunt sub pignoribus eorum, quæ postea compararent, mox militiam compararunt extraneis, aut sibi, vel liberis, vel cognatis. Si extraneis, non præsumitur militia comparata ex pecuniis creditis, nec erit pignori, nisi creditores probent ex iis pecuniis fuisse comparatam. Onus probationis incumbit creditoribus hoc casu. Sed si sibi, vel liberis, vel cognatis, mox post sumptas creditas pecunias militiam compararint, præsumuntur eam comparasse ex creditis pecuniis, nisi contrarium probent negotiatores, & erit pignori. Denique hoc casu onus probandi incumbit, non creditoribus, sed negotiatoribus. Præsumptio, quæ a creditoribus facit, transfert onus probandi in negotiatores. Et ratio differentiæ petenda est ex affectione personarum, quæ præsumptionem facit, vt non in aliam rem sumpserint pecunias mutuas, quam vt compararent militiam sibi vel suis, quæ præsumptio non ita inducitur cessante affectionis causa, vt cum militiam comparauerunt extraneis, & ignoratur ex qua pecunia, videbitur ex alia pecunia comparata, nisi creditores probent ex sua pecunia comparatam.



AD TITVLVM XIV.

In quibus causis pignus tacite contrahatur.

Pignus non tantum expressim contrahitur, quod appellatur manifestarium pignus *l.pen.ff.eod.* sed contrahitur etiam tacite ex iusta præsumptione, vt ait *l. vlt. h. tit.* id est, ex præsumptione iuris, κατὰ τὸ σιωπώμενον: Nam & pignus pacto contrahitur. pactum autem fit expresse, vel tacite *l.2.ff.de pact.* Ergo pignus etiam contrahitur expresse, vel tacite. Et tacitum pignus, tacitamue hypothecam lex inducit, siue præsumit, quasi de eo tacite conuenerit inter contrahentes, vt ait *l.3.& 4.ff.eod.tit.* quasi silentio conuenerit, vt ait *l. ea lege ff. loc.* Ac primum quidem fiscus semper habet tacitam hypothecam, non tantum ex causa tributorum, sed etiam ex causa contractuum suorum *l.1.& 2.huius tit. l.aufertur §.fisc.ff.de iur.fisc.l.10.ff.de man.l.68.§.1 ff de fideiuss.* Non igitur semper absolute, sed semper ex illis causis, puta tributorum, vel contractuum: nam multos esse casus, in quibus fiscus non habet tacitam hypothe-

cam, est scriptum in *l. rescrip. ff. de pactis*. Et verum esse opinor, quod scribit Accursius in *d. §. fiscus*, fiscum ex pœnalibus causis non habere tacitam: certe non eam habet ex causis, quibus fisco nuntiari potest, veluti ex causa venditæ rei litigiosæ, vel ex causa inuenti thesauri, vel ex causa dirutarum ædium promercij causa, nec etiam ex contractu, quem ipse non habuit, non contraxit, sed is cui successit *l. 1. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel. hypoth. sol.* Et obseruandum est maxime in hoc titulo, qui est de tacitis hypothecis, fisco dari tacitam hypothecam omnium bonorum debitoris ex causa tributorum *l. 1. h. t.* & ex causa contractuum *l. 2.* Quo argumento fortiter defendi potest, ex aliis causis, quæ sunt omissæ in hoc titulo, fiscum non habere tacitam hypothecam. Et ita erit explicandum, quod ait *d. l. rescriptum*, quosdam esse casus, quibus fiscus non habet hypothec. Sequuntur alia exempla tacitæ hypothecæ. Fundi nominatim pignori obligati, fructus etiam ipsi pignerati esse censentur tacito intellectu, κατὰ τὸ σιωπώμενον, in *l. 3. h. tit.* Quod ne fallamur, omnino ita intelligi debet, si eos fructus debitor percepit ex fundo expresse obligato pignori: Nam si creditor fructus perceperit, in sortem imputabuntur *l. 9. sup. tit. prox.* nec possunt esse pignori creditori, qui sunt percepti a creditore ipso, quia nunquam fuerunt in bonis debitoris, quod maxime necesse est, vt pignus consistat. Ergo sic dicamus: ex fundo pignerato fructus perceptos a debitore & ipsos tacite pigneratos videri. Verum additur in *h. l. 3.* ex his fructibus, qui & ipsi pignori esse videntur, comparata forte a debitore prædia, pecunia scilicet redacta ex iis fructibus, non videri etiam ipsa pignerata, ob hoc solum, quod fructus pignerati erant, quod confirmat *l. itemque, in fi. ff. qui pot.* Aliud exemplum suppeditat *l. 4. h. tit.* Dos mulieris tacite fisco pignori obligata est ob reliqua primipili a marito administrati, id est annonæ militaris administratæ a marito centurione primipili, quæ administratio est munus publicum, quod pertinet ad totam legionem. Et ex hac causa sunt fisco obligata omnia bona mariti quasi ex contractu *l. 2. h. tit.* & dos quoque mulieris, quod & hæc sit in bonis mariti. Verumtamen, quia & ipsius mulieris est dos, licet sit in bonis mariti, vt ait lex *quamuis, D. de iure dot.* quia dos est patrimonium mulieris, vt eleganter ait hæc lex 4. & lex 3. *§ sed vtrum in fine, D. de minor.* ideo non statim fiscus ex causa administrationis primipili gestæ a marito, potest in dotem exequi ius tacitæ hypothecæ, sed prius debet excutere bona mariti, & fideiussoris, aut nominatoris eius; ex quibus si fiscus solidum seruare non potuerit, tum demum, & tum solum ei licebit venire ad dotem mulieris, cum tamen alias hypothecario creditori, cui plures res obligatæ sunt, ab eius discussione, quam maluerit, liceat inchoare. Primipilus est primus centurio totius legionis, centurio primipili, quem eius iussa capessentes sequebantur 60. centuriones, vt scribit Dionys. Halic. lib. 9. de Flauoleio primipilo, & sequebantur etiam eum quatuor centuriæ, id est, 400. milites, vt Vegetius scribit, *lib. 2.* quem etiam adiicit cepisse totius legionis merita, & commoda, id est, stipendia, & annonas militares, vt eas distribueret, & exhiberet militibus. Et hoc est, quod sæpe legimus in constitutionibus, primipilo fuisse curæ pastus militares, id est, annonas militares *l. 3. & 7. inf. de cohort. prim. & l. 6. C. Theod. eod. tit* Et ex eius quidem curæ, siue curationis causa vniuersa bona primipili, simul ac dos vxoris eius, fisco pignori tacite obligata erant, non etiam vxoris paraferna, in quibus maritus nihil iuris habet, vt *l. 1. sup. de priuil. fisci.* Et quod ita hic definitur de curatione primipili, vt idem statuamus de qualibet curatione functioneve publica, ex contrario argumentum præbet *l. 3. sup. ne vx. pro marito.* Quartum exemplum tacitæ hypothecæ proponitur in *l. pen.* Sciendum est, pupillos in omnibus tutoris, & iuuenes in omnibus bonis curatoris habere tacitam hypothecam, *l. pro officio, sup. de administ. tut. l. vlt. sup. de leg. tut. l. 1. sup. rem al. ger. l. 1. §. & vt plenius, sup. de rei vx. act.* Imo vero, quod est valde nouum ex *d. l. pen.* si mulier mortuo primo viro susceperit legitime tutelam filii impuberis, dato iureiurando, vt olim necesse erat, se interim alii viro non nupturam, & contra fidem iurisiurandi secundo viro nupserit non petito tutore filio suo, & non redditis rationibus tutelæ a se administratæ, bona secundi mariti, id est, vitrici, ex causa tutelæ, quam mater administrauit, pupillo tacite obligata sunt. Cuius constitutionis, quæ etiam repetitur in *l. 2. sup. quand. mul. tut. off.* nulla alia ratio reddi potest, quam quod id omne, quod forte mater intercepit filio præsumatur pertulisse ad secundum virum totius fraudis maternæ conscium, & participem. Et postremo notandum est ad legem 5. & *l. vlt.* quæ lex 5. est de prædiis rusticis, lex vltima de prædiis vrbanis. Notandum, inquam, locato fundo fructus ex eo a colono perceptos, ob mercedem, siue pensionem locatori tacite pignori obligatos esse *l. in prædiis ff. eod. tit. l. si in l. § si colonus, ff. locati.* Non etiam similiter ob mercedem locatori tacite videri obligata, quæ colonus in fundum inuexit, vel intulit, nisi expressim conuenerit, vt hæc pignori essent *l. 5. hoc tit. l. 4. ff. eod. §. interdictum quoque, Institut. de interdict.* qui exigit specialem pactionem de pignore rerum coloni, quam etiam exigit Theophilus *in §. item Seruiana, de act.* Nec aliud plane voluit illa vexata *l. certi, sup. de loc.* Nam in *d. l. certi,* verbo [*induxerint*] est appingenda subdistinctio, siue sicilicus, *vne virgule,* vt lex dicat, *ea quæ in fundum conductum coloni voluntate dominorum induxerint, vt scilicet obligata essent,* sicut primus docuit Fortunius Garsias in *l. 5. ff. in quib. caus. pign.* voluntate dominorum induci pignus, vt sit obligatum. Cur enim voluntate domini induceretur res coloni, nisi vt esset obligata? Ergo voluntate domini, & sciente domino, & volente, non celato domino inducere vasa sua in fundum conductum, est pacisci vt pignori sint: Nam quo voluntas aut scientia locatoris nisi vt pignori sint, vt inducantur pignoris loco pro pensione? & hoc ait *l. certi,* in prima parte. In secunda autem parte docet eadem lex, aliud esse dicendum in prædiis vrbanis. Nam inuecta, illata, inducta, importata ab inquilino in prædia vrbana ex tacita conuentione citra voluntatem, scientiam, conuentionem locatoris, pignori esse censentur: inuecta supellex pro pensione tacite pignori nexa est, vt in *l. vlt. h. t. & l. 4. ff. eod. & l. 4. in princ. ff. de pact.* Et lex *vlt. h. t.* plane indicat, in ff. & in aliis omnibus constitutionibus, quæ tractant hac de re, quæue pertinent ad hanc quæstionem, vrbana prædia, vel vrbanas habitationes accipi pro eis tantum, quæ sunt Romæ, vel in eius territorio: Nam & tacita hypotheca inuectorum, & illatorum in ædes conductas ante Iustinianum non habuit locum in prouinciis. Sed Iustinianus in hac lege vltima eam etiam trahit ad Constantinopolim, quæ dicitur noua Roma, & prouincias omnes. At in prædiis rusticis inuecta, illata non tenentur locatori pignoris iure, nisi ex manifestaria conuentione, non ex tacita, siue præsumpta. Est igitur hac in re differentia inter fundum & ædes, id est, inter prædia vrbana & rustica, inter colonum & inquilinum. Et ratio differentiæ hæc est, quia locato fundo vulgo conueniri solebat, vt fructus qui ibi nascerentur, locatori pignori obligati essent ob pensiones locationis. Et ita vulgo conuenire solitos contrahentes aperte ait *l. si seruus communis, §. locaui, D. de furtis.* Quod autem vulgo agi solebat, maxime in contractibus bonæ fidei, tandem receptum est, vt tacite semper actum intelligeretur. Quod manifestum fiet duobus exemplis. In venditione hominis solet emptor sibi cauere de dupla, euictionis nomine interposita stipulatione, quam si omiserit, nihilominus habebitur pro cauta, quia, (vt ait *l. quod si nolit §. quia assidua, ff. de Ædil. edicto*) ea, quæ sunt moris & consuetudinis in bonæ fidei negotiis semper cauta intelliguntur. Denique hæc omnia fiunt ex præsumptione

præsumptione iuris. Aliud exemplum sumemus ex *l. vlt. inf. quæ res pign. oblig. poss.* Si obligaui pignori bona mea simpliciter, intelligor obligasse non tantum præsentia, sed etiam futura, licet dixerim bona mea simpliciter nullo adiecto. Cur ita? quia generalis hypotheca ita vulgo contrahi solebat, *quæ habeo, quæque habiturus sum*, vt ait *l. vlt. §. de rem. ff. pig.* Ergo & qui dixit bona mea, videtur tam præsentia dixisse, quam futura, secundum quod vulgo concipitur generalis hypotheca. Locatis autem ædibus, quoniam in eis nulli fructus nascuntur, quoniam earum reditus non consistit in fructibus: sunt enim steriles, sed consistit tantum in mercedibus, quæ sunt vice fructuum, & sunt extra causam pignoris, quoniam pignus constituitur pro mercedibus, & mercedes non possunt esse pignora mercedum. Ea ratione vulgo conuenire solebat, vt inuecta & illata ab inquilino in ædes B conductas pro mercedibus obligata essent pignori: Et quod erat in vsu quotidiano, paulatim transiit in ius commune, vt præsumatur semper tacite conuenisse, vt ea pignori sint pro pensionibus ædium.

AD TITVLVM XV.

Si aliena res pignori data sit.

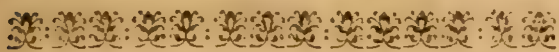
Incipit ab hoc tit. tractare de rebus, quæ pignori obligari non possunt. namque huiusmodi sunt res alienæ, quæ specialiter pignori datæ a debitore, non domino, sine consensu aut voluntate domini, non nectuntur, non obligantur, sed hæ tantum res, quæ C sunt in bonis debitoris *l. 5. & 6. h. tit. l. 6. tit. seq. l. seruus quem, in fi. ff. de act. emp.* quæ manifeste constituit, pignus rei alienæ non consistere: & ob id, quas res creditor persequitur actione hypothecaria, probare debet in bonis debitoris fuisse, quo tempore pignus contrahebatur, *l. & quæ nondum §. 1. ff. de pign.* Et quia iustum non est pignus rei alienæ, quia inutile & nullum, ideo contraria actione pigneratitia debitor tenetur creditori, qui ei ignoranti rem alienam pignori dedit, sciens vel ignorans nihil refert *l. si rem alienam, in princ. & l. tut. §. 1. ff. de pign. act. l. 6. h. tit.* E. tenetur etiam extra ordinem crimine stellionatus, si sciens dederit pignori rem alienam, non si ignorans: nam crimen in ignorantem non cadit, *d. l. tut. §. 1. & l. si quis in pign. ff. eod. tit.* Stellionatus est, siue impostura scienter ignoranti pignori da- D re rem alienam, quia nullum est pignus, aut derisorium. Et hic merito quæras, cur tamen res aliena vendi possit, & consistat emptio venditio rei alienæ, *l. rem alienam, ff. de contr. empt.* pignus tamen rei alienæ non consistat: imo nihil agatur data pignori re aliena. Et dicas esse hanc rationem differentiæ, quia etiamsi in venditione contrahenda hoc agatur, vt dominium transeat ad emptorem, *l. cum manum. §. vlt. eod. tit.* tamen venditor in hoc tantum tenetur emptori, vt ei tradat vacuam possessionem, & caueat de euictione, & dolo malo, *l. 1. ff. de rer. permut.* nec in amplius quicquam tenetur venditor. At facile possum rei alienæ possessionem quam habeo, in alium transferre. Sic fit, vt consistat venditio rei alienæ, quam venditor possidebat, non quod non sit artis illicita, vt ait *l. 1. sup. de commun. rerum alien.* non quod non E iure fiat, vt ait *l. 1. sup. de rei vindic.* id est, non iure firmo, propterea quod emptori a domino res auferri potest antequam vsuceperit, & postquam vsucepit, a domino venditori pretium auferri potest *l. 1. sup. de rebus alienis non alienand. l. 2 sup. de in lit. dan. tut. l. 6. sup. de furt.* sed quod venditio rei alienæ ab initio consistat: at pignus rei alienæ non valet, quia in pignore contrahendo hoc agitur, & in hoc tenetur debitor, vt res obligetur creditori. At sicut ego rem alienam non possum facere tuam dominio translato, quod non habeo: ita etiam rem alienam non possum tibi obligare nexu, nec nisi meam. In emptione in hoc non tenetur venditor, vt rem faciat emptoris iure dominii, sed in hoc tantum, vt possessionem faciat emptoris, quam quiuis habere potest in re aliena, quia nihil commune habet dominium cum possessione. Et hæc est ratio, cur rei alienæ venditio consistat, non etiam pignus. A qua differentia nos dimouere non debet lex *9. §. 1. ff. de pignor.* dum statuit generaliter ea, quæ emptionem venditionemque recipiunt, etiam pignerationem recipere. Vnde posset quis ita argumentari: Res aliena vendi potest, & emptio venditio est: Ergo res aliena pignerari potest, & pignus vel hypotheca est: Nam illa lex ait, *quod emptionem, &c.* Sed est intelligenda, *de nostro*, non de alieno, hoc modo, vt quod nostrum venditionem recipit, etiam recipiat pignerationem. Non obstat etiam, quod seruitutes rusticorum prædiorum, quæ non sunt in bonis nostris a nobis pignori obligari possunt, *l. 12. ff. de pignor.* Sed seruitutes non sunt, id est, non habent substantiam certam, aut corpus: vel sic: Seruitutes in bonis nostris non sunt ob idipsum, quia non sunt, sed intelliguntur, & abstrahuntur intellectu, & sunt λ. γ. θεωρητά, vt Philosophi loquuntur, & intellectu tantum percipiuntur, non sensu corporis, & abstrahuntur intellectu nostro, nec tamen seruitutes omnino sunt extra bona nostra vt ait *l. 1. ff. de vsufr. leg.* Ideoque magis est, vt eodem iure fiat, quo bona nostra corporalia, quia neque sunt extra bona nostra, vt dixi, neque sunt aliena iura. Et hic rursus merito quæres, cur seruitutes rusticorum prædiorum pignori obligari possint, non etiam seruitutes vrbanorum prædiorum, *l. 11. §. vlt. de pign.* Sed ne morer longius, perspicua & euidens ratio varietatis inter has seruitutes hæc est, quia inutile est pignus, quod creditor distrahere non potest, aut cuius non sit emptorem inuenturus *l. mulier inf. de dist. pign. l. 4. ff. de pign. act.* Et seruitutes vrbanorum prædiorum. si creditor pignori acceperit, aut non, pignori esse conuenerit, si habet creditor, cui distrahat, vt si pignerauerim ius tigni immittendi, quod habeo in ædes vicini, non habet creditor, cui hanc seruitutem distrahat, quia meis tantum ædibus hæc seruitus vsui esse potest, non aliis ædibus. At seruitutes rusticorum prædiorum non tantum fundo meo, sed etiam aliis fundis vicinis vsui esse possunt, vt iter, vel actus, quem habeo per fundum vicini, etiam aliis vicinis vsui esse potest, etiam ei, qui fundos vicinos habent, vt scilicet eis etiam ius eundi per fundum vicini communis plurium, & quandoque etiam magno pretio hanc seruitutem sunt redempturi a creditore distrahente. Breuiter in seruitutibus vrbanis non consistit pignus, quia nulla suppetit ratio earum aliis distrahendarum: In rusticis vero, quia ratio distrahendi suppetit, consistit pignus. Non obstat etiam priori definitioni, quod dicitur, eum quem quis suis nummis redemit ab hostibus, redemptionem retinere veluti pignoris iure, quoad soluerit pretium redemptionis, cum tamen is, qui redemptus est, & redemptori debet pretium redemptionis, non sit dominus sui ipsius, non sit ipsemet in bonis suis agens & patiens: quia, vt respondeam, id etiam in *tit. de postl. & red.* non dicitur esse pignus, sed veluti pignus, & non dicitur pignus ciuile, sed pignus naturale. Non obstat etiam, quod rem alienam mihi debitam pignori obligare possum *l. 1. in princ. ff. de pignor. l. 3. §. cum ex causa ff. qui pot. in pign.* quia non tam rem ipsam obligo, quam obligationem, id est, ius quod in ea habeo, ius debiti, & pignori opponuntur etiam quæcunque iura, & quæcunque res incorporales. Ergo verissimum est, rem alienam pignori obligari non posse sine consensu, mandato, vel voluntate domini. Et hoc adeo verum est, vt nec per filiumfamil. res patris inuito patre pignerari possit *l. 4. h. tit.* licet viuo patre quodammodo dominus esse existimetur, vt ait *l. in suis ff. de lib. & post.* quia vinculum patriæ potestatis facit, atque etiam natura, vt pater & filius videantur esse vna persona *l. vlt. sup. de impub. & al.* Sed

illæ fictiones valent in omnibus. Ac præterea non solus A filius fingitur esse dominus viuo patre, sed simul cum patre, vt Ausonius ait, de patre & filio scribens:

Esse simul dominos gratior ordo piis.

Sunt igitur simul domini, sed magis pater: sicut dicitur dotem profectitiam esse communẽ patris & filiæ *l.3. sol. mat.* sed magis esse filiæ, *l.3. §. sed vtrum in fin. ff. de min.* Et is spectatur, qui magis est dominus, vt eo inuito, vel inscio nihil fiat in bonis, quasi communibus, quia potior potentiorque dominus est. Etiam adnotandum ex *l. vlt.* non posse etiam seruum vel procuratorem (etiamsi habeat liberam administrationem, sicut nec seruus aut filiusfamil. potest pignerare rem peculiarem, etiamsi habeat liberam peculii administrationem: nam hanc libertatem sunt fræna quæ remorantur, nec conceditur libertas effrænatis, vel procuratori administrandorũ negotiorũ domini, vel seruo aut filio administrandarum rerum B peculiarium) non posse ergo seruum aut procuratorem, non posse colonum, non posse actorem prædiorum, id est, villicum, non posse conductorem prædiorum ea inuito, vel inscio domino pignerare *l. vlt. hoc tit.* Et ait, *nexum non facit prædiorum*, *prisca voce & propria*: Nam vt apud Varronem 6. *de lingua latina*, ait Scæuola Iurisc. *proprie nexum dicitur, quod obligatur per æs & libram, nec fit accipientis.* Et huiusmodi est pignus, quia obligatur nec fit accipientis. Et ait d. lex vlt. *inuito vel inscio domino:* Nam si dominus sciens ab alio rem suam pignori dari in fraudem creditorum dissimulauerit, nec rem impediit, secum reputans nihil agi, pignus recte contractum intelligitur, *l.2. hoc tit.* Scientia & dissimulatio do- C mini pro consensu est, vel mandato, vt si fideiusserit, qui casus est valde notandus, pro debitore, qui rem eius pignori obligauit hoc ipso, quod fideiussit mandasse intelligitur, vt ea res pignori esset. Et de hoc est singular. *l. 5. §. vlt. in quib. caus. pig. tac.* Sufficit etiam ratihabitio domini, cui rem alius pignori dedit, modo dominus sit maior 15. annis, vt *l. pen. h. tit.* quia ratihabitio retrotrahitur & mandato comparatur, & proprie dicitur voluntas, *l. 1. h. tit.* Solet enim voluntas in iure nostro separari a mandato, accepta nimirum pro ratihabitione, *l.3. § sed si mutua ff. de in rem verso: l. Pomponius §. vlt. D. de procurat. l. si fundus §.1. D. de pign. l. si Stichum §. vlt. D. de nouat. l. 9. §. vlt. D. de donat.* Nec omittendum, cum hac lege vlt. esse coniungendam *l. vlt. sup. quod cum eo qui: & l. 2.* D *sup. ne liceat. potent. & l. 1. de proh. sequest. per. & l. 4. §. de execut. lib. 12. & l. per colonum, inf. de agric. & cens. lib. 11.* quæ lex est pars huius legis vlti. Et præterea notandum est, non posse etiam tutorem, vel curatorem rem mobilem, pupilli, vel iuuenis, vel furiosi in rem suam pignori obligare *l.3. & 7. h. tit.* In rem pupilli, vel eius, cuius negotia tuetur, potest rem pupilli pignori obligare, puta pecunia versa in rem pupilli, *l. tutor, in princ. de pigner. act.* Et ait recte, *l. 3. rem mobilem;* quia ne res immobilis pigneretur, etiam in rem pupilli vel iuuenis, obstat Senatusconsultum factum auctore D. Seuero, de quo in tit. *de reb. cor. qui sub. tut. vel cur.* Ergo sic dicamus: si tutor vel curator rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, in rem eius pignori obligauerit, pignus est. Ex quo sequitur, E creditori non tantum dari retentionem pignoris, sed etiam vtilem actionem hypothecariam, qua pignus illud persequatur, quod alius possidet. Et idem omnino possumus statuere, si procurator in rem domini pecuniam acceperit, & rem domini eo nomine obligarit: Nam etsi *lex 1. h. tit.* hoc casu creditori tantum det retentionem pignoris, quod possidet, opposita domino vindicanti rem exceptione doli mali, cuius hæc erit formula: *Si non dolo facis, qui vindicas rem, quæ in rem tuam mihi obligata est: pecunia, scilicet mea, cuius nomine mihi obligata est, conuersa in rem tuam:* tamen tentari potest etiam, creditori non possidenti eam rem, dari vtilem, non directam hypothecariam ad persequendam eius rei possessionem. Sed quia facilius datur exceptio, difficilius actio siue persecutio, ideo *l. 1.* loquitur tantum de exceptione danda, de retentione exceptionis iure modoque, qui est expeditior, id est, qui dabitur sine controuersia: sicut etiam euenit in hac specie, Si rem alienam pignori dedi inuito domino, cuius postea dominium adquisiui: Nam eleganter Papinianus in *l. 1. de pignor.* ait, hoc casu facilius creditori possidenti, qui ab initio sciuit rem alienam fuisse, dari retentionem, difficilius dari actionem hypothecariam, id est, dari quidem actionem, sed ægre, nec sine controuersia. Et constat tamen hodie hoc casu creditori etiam dari vtilem Seruianam, id est, hypothecariam *l. rem alienam, D. de pigner. act. l. 5. hoc tit.* quæ ait, *hoc casu dominio pignoris postea adquisito debitori, dari creditori vtilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ.* Vbi notandum, *exemplo pigneratitiæ*, id est, hypothecariæ directæ: Nam actio pigneratitia, est appellatio ἀμφίβολος, qua modo significatur actio in personam de recuperando pignore, quæ debitori competit soluta pecunia, vt in *tit. de pignerat. act.* modo actio in rem, id est, hypothecaria in multis locis. Et ita in *l. 5. h. tit.* in proposito casu dari creditori vtilem hypothecariam exemplo pigneratitiæ, id est, hypothecariæ directæ & ordinariæ: Nam in inumeris locis iuris nostri *actiones vtiles dicuntur dari exemplo, vel ad exemplum, seu directarum ad instar.* Sic igitur fit, vt pignus, quod ab initio non constitit, domini acquisitione conualescat, quod non pugnat cum regula Catoniana, quæ multis casibus obiicitur, quod non valuit ab initio, ex post facto non conualescit: Nam non deerramus etiam ab ea regula hoc casu: nam pignus non conualescit etiam directo, vt ait *l. si Titio, de pign.* sed data vtili actione, debitore postea facto domino pignoris. At quæritur, an idem sit dicendum e contrario, si dominus pignoris postea sit factus debitor, vt si heres exstiterit debitori, qui rem suam pignori dederat, an etiam hoc casu debitori, non tantum sit danda retentio pignoris, sed etiam persecutio, vtilis hypothecaria. Et Paul. in *l. rem alien. de pign. act.* negat in hac specie diuersa a superiore creditori dari vtilem actionem hypothecariam: & hac vtitur ratione differentiæ, quæ est acutissima, quia in hac specie dominus pignoris, qui postea iure successionis factus est debitor, nihil pepigerat de pignore, vt ideo non sit, cur aduersus eum creditor agat vtili hypothecaria, qui nihil ipse pepigit de pignore. At in superiori specie debitor, qui postea factus est dominus pignoris, pepigerat de pignore, & ideo improbe resistit, quo minus aduersus eum creditor agat vtili hypothecaria, ne ex suo mendacio arguatur, *vt ait lex rem alienam.* Sed postea placuit etiã in hac posteriori specie, cum dominus pignoris factus est debitor, creditori dari vtilem hypothecariam, vt Modestinus scribit in *l. si Titio D. de pign.* Nam nulla est ratio conciliandæ legis *rem alien.* cum *l. si Titio.* nulla etiam ratio quicquam corrigendi, *vt fecit Alciatus in lege rem alien.* Sed dissidii causa inter Paulum, & Modestinum hæc est, quia Modestinus diutius vixit, quam Paulus: Nam Modestinus vsque ad tempus Gordianorum, vt probat lex 5. *sup. ad exhib.* Et verisimile est ea ætate inualuisse ex æquitate, vt non minus hoc, quam illo casu daretur creditori vtilis hypothecaria. Et maxime obseruandum illam legem *si Titio*, esse ex libro 3. Differentiarum Modestini, vt sit verisimile aut verum potius, libris Differentiarum Modestinum ex Paulo, cuius fuit studiosus, proposuisse hanc differentiam inter hanc & illam speciem, quam proposuit Paulus in *l. rem alienam*, sed adiecisse hodie ex æquitate, sublatam esse differentiam, & vtroque casu, dari creditori vtilem hypothecariam, etiam hoc casu posteriore, vt heres ratum habeat pignus, quod defunctus contraxit, idque patiatur sibi auferri, licet de eo nihil pepigerit, vtili actione hypothecaria, quod defunctus debitor, cui successit, de eo pepigerit.

AD



AD TITVLVM XVI.

Quæ res pignori oblig. possunt vel non, & qual. pign. contrah.

Rebus alienis, quas pignori obligari non posse superior titulus ostendit, hic titulus adiungit alias plerasque, vt monumentum siue sepulchrum *l.3.* quod etiam tituli monumentorum antiquorum frequenter vetant, vt in hac inscriptione: *Marcus Vlpius Augusti libertus fecit sibi reliquiarumsuarum condendarum gratia & posteris, qui in nomine suo permanserint, ea conditione ne fiducient,* (id est obligent, *ne vendant, neue alio quo genere id sepulchrum, siue monumentum alienare vlli potestas sit.* Et in alia: *Monumentum cum ædificio neque mutabitur, neque vaniet, neque donabitur, neque pignori obligabitur, ne de nomine meo exeat.* Et nominatim testator in *l. pater §. Iulius ff. de leg. 3.* vetat, *ne reliquias suas,* id est, *monumentum, vel ossuarium heres pigneret, neue vllo modo alienet.* Item spes præmiorum sacri certaminis pignori obligari non possunt, vt ait *l. 5. hoc tit.* spei emptio & venditio est, *l. 8. de contrah. empt.* Puta si quis emat bolum, siue iactum retis, *vn traict,* emit spem, & emptio venditio est: ergo spei etiam pigneratio est: sed non spei sacrorum certaminum. ergo nec præmiorum sacrorum, qui consistebant potissimum in annonis & pensitationibus, *vt ait l. 5.* quæ athletis, qui vicissent sacris certaminibus pro coronis, *vt ait lex*, id est, pro indepta victoria de publico præstabantur, quamdiu erant in rebus humanis, vt Vitruuius initio *l. 9.* ait. *Nobiles athletas, qui vicissent sacris Cereris certaminibus, quatuor a Republica perpetua vita constitutis vectigalibus frui.* Et Traianus Imperator ad Plinium 10. Epist. *Obsonia certaminum, quæ Iselastica sunt, athletis deberi ex die, quo in ciuitatem suam* εἰσήλασαν, id est, *inuecti sunt, ils ont fait leur entrée, post palmam, & victoriam.* Vnde nomen *Iselasticis* præmiis certaminibusque, quod ex die, quo victores inuecti essent in ciuitatem suam, de publico ea illis obsonia, & annonæ præstarentur. Et inuehebantur quidem *palmati* ex certamine in ciuitatem suam, non per portam ciuitatis suæ, sed disiecta parte muri, vt docet Suetonius in Nerone cap. 24. eiusque moris rationem reddit Plutarchus in Symposiacis. Ait autem *l. 5. priuata pactione non posse obligari pignori spem sacrorum præmiorum.* Recte *priuata pactione*: Nam auctoritate iudicis debitore condemnato, cui sacra præmia debentur, si alia bona non suppetant, iis vectigalibus, opsoniis, annonis, pensitationibus, commodis, interdici, & ea in causam iudicati pignori capi possunt. Et hæc est sententia *l. commodis, D. de re iudic.* Sicut hodie videmus beneficia ecclesiastica priuata pactione pignerari non posse, sed iis, ad quos pertinent, condemnatis, nec facientibus iudicatum, eis commodis beneficiorum interdici, qua de re est glossa in *l. 4. sup. de re iudic.* At si commoda hæc, vel illa sacrorum certaminum priuata pactione obligari non possunt, consequens esse ait, *d. l. 5.* vt nec generali obligatione, contineantur. Vnde sic statuo, quæ specialiter obligari non possunt, nec generali hypotheca omnium bonorum continentur. At contra pleraque sunt, quæ non continentur generali hypotheca, quæ tamen specialiter pignerari possunt, vt alumni nostri *l. 1. h. tit.* qui videlicet sunt in potestate nostra, & proprie a Græcis dicuntur θρεπτοί, vel θρεπτάρια, non, vt in l. 1. habent Basil. ὁμογάλακτοι: Nam hi sunt collactanei, qui eandem nutricem simul biberent, non alumni, siue altelli. Item generali hypotheca non continetur concubina ancilla, vel filius naturalis ex ea susceptus, non continetur etiam supellex, quod maxime notandum, non continetur etiam vestis *l. oblig. & seq. ff. de pign.* Et vestis tamen pauperis aut viduæ ex lege Dei nec specialiter pignori obligari potest, nec meta, aut catillum siue inolucrum, quæ sunt partes

A molæ, & a 70. dicuntur μύλη καὶ ἐπιμύλιον *Deut. 24. & Exodi 22.* Addamus ex *l. 6 h. tit.* filios nostros aut liberos homines pignori obligari non posse, quia scilicet in bonis nostris non sunt. Qua ratione etiam monumentum, vel sacra præmia pignori obligari non possunt. & ex *l. 7. h. t.* nec priuata pactione, nec publica auctoritate pignori capi posse a creditoribus, vel ab executoribus rerum iudicatarũ seruos aratores, vel *(vt ait l. 7.)* boues aratorios, quos etiam Ouidius vocat colonos & ruricolas, & Varro socios hominũ in opere rustico, & Cereris ministros, a quibus antiquos ita manus abstineri voluisse, vt capite sanxerint, si quis eos occidere voluisset. Idemque Plinius 8. cap. 24. & Ælianus 5. variarum Histor. cap. 14. *Lege Dei qui bouem assuetum aratro subripuerit, grauius punitur, quam ceteri fures.* Damnatur enim in quintuplum *Exod.*
B *22.* Et inuenio etiam in eis animalibus hoc esse præcipuum in *l. 1. C. Th. de curs. publ.* vt etiamsi deficiant animalia deputata cursui publico, ne ad peragendum cursum agricolis abstrahantur boues aratorii, quandoquidem cursus peragebatur etiam vehiculis, & rhedis tractis protelo boum, qui semel irritati, sunt supra quam dici potest perniciosissimi. Et Eginhartus in Carolo Magno refert, *etiam Carolum magnum fuisse vectum carpento, & id ducente protelo boum.* Placet etiam valde lex Valent. Imperat. cuius meminit Diuus Hieronymus 2. aduersus Iouinianũ, *ne quis ad certum tempus vitulina vesceretur, quia,* inquit, *ea lex agriculturæ prouidet vtilitati.* Qua ratione ex hac lege 7. boues aratores pignori capi non pos-
C sunt: sed addit lex aliam rationem, quod ablatis pro pignore bobus aratoriis tributorum illatio retardetur, eorum scilicet, quæ de fructibus exigebantur pro anni copia, vel inopia: Nam ex prouinciis aliæ inferebant certum stipendium quotannis, quod nunquam minuebatur, maxime quæ bello deuictæ erant prouinciæ, vt Hispania, & Africa: aliæ tantum fructuum decumas, vt Sicilia, *quod Marcus Tullius ostendit in frumentaria, & Appianus lib. 5. de bello ciuili.* Eadem lex 7. & 8. seruis & bobus aratoriis adiungit *instrumentum omne aratorium*, velut vomeres, & aratra, vt hæc etiam pignori capi non possint. Et statuit arbitrio iudicis coerceri executores rerum iudicatarum, & creditores, qui eas res pignori capiunt: itemque decuriones & præfectos pagorũ, siue vicorum, qui in exigendis tributis eas res pignori ceperint. Nam
D in *l. 7.* vulgo legitur, *præfectus pagi, aut vici,* recte vt opinor, qui alibi dicitur præpositus pagi, præpositi pagorum, præfecti pagorum, vt in Nouella de Alexandrinis, πάγαρχοι, & in Histor. Euseb. lib. 9. c. 1. In constitutione quadam Constantini, *magistratus municipales vel præpositos pagorum cuiusque ciuitatis.* Et ita in *l. 2. inf. de suscept.* & in *l. 1. C. Th. de erog. mil. ann.* Quamobrem vereor, vt in C. Theodosij, in quo est *h. l. 7.* non emendate sit scriptũ, *præfectis pacis*, quam scripturam etiam Basilica sequuntur, quæ vertunt εἰρηνάρχαις: Nam ad Irenarchas, de quibus est titulus lib. 10. pertinebat tantum cura & vigilantia tuendæ pacis in prouinciis, tuendæ εὐταξίας, non etiam cura exigendorum tributorum, sed ad decuriones, vel ad præfectos, aut præpositos pagorum. Posses iis addere, etiam arma militum pignori obligari non posse, vt ex
E Menandro hanc fuisse legẽ Athenis Suidas probat, apud quem quidam miles ait, *se adactum paupertate*, πῶς νόμος παραβαίνειν θεσπίζοντας τὰ ὅπλα ἐν χρέᾳ μὴ θεῖναι, id est, *se migrare legibus, quibus cautum, ne arma pignori opponantur.* Quod etiam citra illam auctoritatem nostri interpretes probant. Idemque traxerunt ad arma militiæ nostræ, id est, ad libros. Vnde Petrus de Vineis, qui fuit questor Imperatoris Friderici *lib. 3. Epist.* dum scribit de priuilegiis vniuersitatis Neapolitanæ, *vt mutua pecunia detur studiosis, pignori datis libris, sed mox precario restitutis, alioquin librorum pignus esse inutile.* Et ita etiam hodie res geritur in Italia. Ac præterea obseruandum est, hunc titulum, quantum eius conceptio demonstrat, non tantum esse de rebus, quæ pignori obligari non possunt, sed etiam

de iis, quæ pignori obligari possunt, de quibus scilicet dubitari poterat, vt *l. 4.* ostenditur, recte pignori obligari nomina, id est, cautiones debitoris, & iure pignoris creditorem posse conuenire debitorem debitoris, quod ius non semper obtinuisse indicat *l. postquã, sup. de hered. vel act. vend.* nec deerat causa dubitandi, quia cum nomen pignori datur, id est, obligatio siue cautio quædam alterius debitoris, id est, debitoris debitoris, hoc fit inuito altero debitore *l. 3. sup. de hered. vel act. vend.* Quod videtur esse iniquum, vt qui mihi debet inuitus quodammodo mutet creditorē, & possit ab alio exigi, & excuti. Et tamen, vt ait *l. postquam,* eo decursum est, vt debitor meus nomina suorum debitorum etiam inuitorum, vel inscioruṁ, mihi pignerare possit, & receptum etiam est, vt nomina possint pignori capi auctoritate iudicis in causam iudicati, *l. a D. Pio §. sic quoque, D. de re iud. l. 2. sup. quando fisc. vel priuat. l. etiam, sup. de execut. rei iudic. l. 1. ∫. de prætor. pign.* Postremo additur in hac rubrica, etiam qualiter pignus contrahitur, quo pertinet tantum *l. 2. & vlt. h. tit.* pignus consensu nudo contrahi, & ideo, quid paciscentes senserint, non quid dixerint, spectandū esse, quia res substantiā capit ex consensu solo. Vnde pignori dato instrumento emptionis agri, agrum ipsum pignori nexum videri, *l. 2. h. t.* Si conuenit, vt instrumentū ὠνικὸν, vt Græci vocant, sit pignori, de agro conuenisse intelligitur, vt ager, cuius auctoritas est instrumentum, pignori sit. Contrahitur etiam pignus re, quod in *Nou. 7.* dicitur corporale pignus, σωματικὸν ἐνέχυρον. Et, vt *ostend. l. vlt.* si generaliter conuenerit, vt bona omnia sint pignori simpliciter, vel si quis quid promiserit *fide & periculo rerum suarum,* etiam de futuris bonis, secundum vulgarē cautionem conuenisse intelligitur, siue dixerit, *bona mea pignori sunto,* siue dixerit, *promitto me tibi pecuniam illam soluturum fide & periculo rerum mearum:* Nam obligari solebant vulgo præsentia & futura generali hypotheca, vt *l. vlt. inf. de remiss. pignor.* Et, vt sæpe diximus, quod erat in vsu quotidiano transiit in ius commune, puta, vt obligatis bonis omnibus, censeantur etiam obligata futura, vt promissa fide & periculo rerum suarum, pigneratæ etiam videantur & præsentes, & futuræ res, quæ sunt in dominio debitoris. Et quod ait hæc l. prima specie obscurum videtur, *nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypotheca, &c.* Iustinianus his verbis significat, olim fide data *periculum rerum suarum,* visum fuisse prudentibus, iis verbis contractam esse specialem hypothecam, non generalem omnium rerum, quas habet, aut habiturus esset. Et ita accipiunt Basilica recte, dum aiunt, ea verba [*periculo rerum mearum*] facere generalem hypothecam, non vt olim specialem: γενικὴν ὑποθήκην ποιεῖ, οὐκ ὡς πάλαι ἰδιωτικήν. Igitur hoc loco, *nec minus habere,* id est, non habere ea verba mentionem specialis hypothecæ, non facere specialem hypothecam, sed generalem præsentium & futurorum bonorum.



AD TITVLVM XVII.

Qui potiores in pignore habeantur.

Ad Leg. I. V. & VIII.

L. 1. Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam soluerit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisset, eam obsignauit, & deposuit, nec in vsus suos conuertit.

L. 5. Prior quidem creditor compelli non potest tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi [id] omne, quod debetur, solueris: [pignoris] tui causa firmabitur.

L. 8. Diuersis temporibus eadem re duobus iure pignoris obligata eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti iuris est: nec alias secundum creditorem distrahendi potestatem huius pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas.

A Veniamus ad titulum 17. *qui potiores in pignore hab.* cuius nulla pars est hodie, quæ non accuratissime obseruetur. Idcirco in hoc titulo perscrutando summa sedulitate opus est. Ostenditur autem in h. tit. ex duobus aut pluribus creditoribus, quibus diuersis temporibus separatim eadem res in solidū pignori obligata est, vel quibus separatim ex diuersis contractibus vniuersa bona obligata sunt, quis præferatur in exequendo iure pignoris hac potissimū regula constituta, *priorem tempore præferri posteriori.*

In qua ne nos ambiguitas nominis inducat in errorem, admonendi sumus, priorem esse eum, qui data pecunia mutua, vel promissa stipulatione solemni pignus accepit, vel pepigit. Exigo, vt pecuniam dederit, vel daturum se stipulanti promiserit: Nam si neque dederit, id est, numerauerit, neque promiserit, quamuis spe futuræ numerationis pignus acceperit, vel pepigerit: nihil enim vetat accessionem præcedere negotium principale, pignus præcedere contractum principalem, sane in eo pignore non erit potior illo, cui postea idem pignus obligatum est pro pecunia, quam numerauit, quoniam hic in causa pignoris magis prior esse censetur, quam ille: nec enim prior ęstimatur ex tempore dati, pactive pignoris, sed ex tempore habiti contractus, & negotii principalis, quæ definitio bellissime confirmatur *l. 8. h. t. l. 1. l. qui balneum, l. potior, in prin. & §. 1. ff. eod. l. pen. D. quæ res pign.* At secundum illam regulam, quæ (vt dixi initio) potissimum in hoc titulo proponitur, *vt iure sit potior, qui tempore est prior in causa pignoris,* differentia constituitur inter actiones personales, quæ sunt principales descendentes ex principali negotio, & hypothecarias: Nam in actionibus personalibus priuilegia æstimantur ex causa debiti, veluti ex causa dotis, ex causa tutelæ, ex causa publica, vel fiscali, quæ priuilegiariæ sunt, non etiam æstimantur ex tempore, *l. priuilegia ff. de reb. auct. iud. possid.* In actionibus autem hypothecariis priuilegia æstimantur ex tempore, nimirum quia antiquior excludit nouissimos creditores hypothecarios. Itaque antiquioris, & prioris creditoris hypotheca potentior & firmior est, etiamsi prior creditor nihil offerat posteriori creditori *l. 5. h. tit.* Posterioris autem hypotheca est infirmior, quoniam in id duntaxat est efficax, quo summa pignoris excedit summam prioris sortis, & posteriori creditori non confirmatur in totum, nisi priori soluta sit omnia pecunia debita *l. 8. h. tit.* vel oblata, obsignata, deposita a debitore ipso, vel a posteriori creditore *l. 1. h. tit.* in quam transferri velim, quod hac de re tradidi in *l. 22. sup. de pign.* Ait autem lex 1. *obsignauit, & deposuit.* quia sola oblatio pecuniæ debitæ priori creditori, neque soluit pignus prioris contractus, neque confirmat posterioris, sed necessaria est obsignatio, & depositio, quæ fiat publice, & solemniter testibus præsentibus, & quæ perseueret, nec retractetur, aut rescindatur posteriore creditore reuocante pecuniam obsignatam, & depositam, ac conuertente in vsus suos. *depuis que le depost est fait, il n'y faut plus toucher.* Nam si pecuniam priori oblatam & obsignatam depositam deinde posterior creditor retrahat, & conuertat in suos vsus, nihil egisse intelligitur.

B

C

D

E

Ad Leg. II. Si decreto.

L. 2. Si decreto prætoris, qui de fideicommisso ius dixit, in possessionem fundi hereditarij fideicommissi conditionalis seruandi gratia prius inducti estis, quam aduersarius vester in causam iudicati eiusdem fundi pignus occupauerit, iussu eius, qui iure sententiam exequebatur tempore potiores estis: Nam cum de pignore vtraque pars contendit, præualet iure, qui præuenit tempore.

Ex

A Ex lege 2. intelligimus superiorem regulam, *vt sit potior iure pignoris, qui prior est tempore*, locum habere non tantum in pignore conuentionali, sed etiam in pignore prætorio, id est, quod missio in possessionem bonorum debitoris non soluentis constituit, quæ fit ex edicto & decreto prætoris, crediti aut iudicati, aut dotis, aut legati vel fideicommissi seruandi causa. Et species *l.* 2. hæc est. Is cui relictum est fideicommissum sub conditione, pendente conditione desiderauit heredem sibi cauere fideicommissi nomine. heres non vult cauere: herede non cauente prætor fideicommissarius eum misit in possessionem bonorum omnium, quæ in causa hereditaria sunt, vel *(vt hæc l. ponit)* in possessione vnius fundi hereditarij. Quod notandum, vt sciamus interdum non in omnia bona hereditaria missionem fieri, sed in
B vnam tantum rem hereditariam fideicommissi seruandi causa, cum vna res satis idonea videtur ad fideicommissum redigendum in tutum. Nondum peracta est species. Fideicommissarius ergo missus est in possessionem, quo genere constitutum est pignus prætorium, deinde vero prætor vrbanus: Nam fideicommissarium in possessionem misit prætor fideicommissarius: sed deinde prætor vrbanus creditorem hereditarium similiter misit in possessionem rerum hereditariarum, vel eiusdem fundi hereditarij, iudicati seruandi causa, cum creditor aduersus heredem debitoris defuncti sententiam accepisset. Vterque, id est, fideicommissarius, & creditor iure prætorio pignus habet: vterque pignus prætorium habet, quia vterque missus est in possessionem. Sed qui prior habuit pignus prætorium, is est fideicommissarius, vti-
C que posteriori præfertur, nempe creditori. Sicut ex diuerso, si id prior creditor habuisset, fideicommissario esset potior in executione pignoris prætorij, *l. 5. §. postquam, ff. vt in possess. legat.* Et obserua maxime in hac specie, vnum fuisse missum in possessionem ex causa fideicommissi, alterum ex causa crediti: non fuisse igitur vtrumque eiusdem tituli, seu causæ: Nam si ambo fuissent missi ex pari causa, puta sui quisque fideicommissi, aut sui quisque crediti seruandi causa, id est, si fuissent eiusdem tituli, non esset alter altero potior in causa prætorii pignoris, sed simul concurrerent, & æqualiter venirent ad pignus prætorium, *d. l. 5. §. qui prior.* Quia vt nullum ordinem seruat prætor inter eos, qui ex eadem
D causa, & ex eodem titulo veniunt in actione personali, vt ait *l. priuilegia, ff. de reb. auctor. iud. poss.* ita nullum ordinem seruat in causa prætorii pignoris inter eos, qui sunt eiusdem tituli, sed inter eos tantum, qui ex causis titulisque diuersis veniunt. Et hoc maxime distat prætorium pignus a conuentionali: Nam in conuentionali semper seruatur priuilegium, & ordo temporis, licet omnes creditores sint eiusdem tituli. Prætorium pignus sequitur ius, & conditionem personalis actionis, non etiam conuentionale. Et quod iuris est hac in re in conuentionali, idem iuris est in iudiciali pignore (quod est tertium genus pignoris) id est, quod apparitor iudicis, siue executor rei iudicatæ capit in causam iudicati, & distrahit extra ordinem: Nam pignus iudiciale non con-
E stituitur, vt prætorium, ex edicto, sed extra ordinem per viatorem, siue officialem iudicis, ablatis pignoribus condemnato in causam iudicati: & indistincte in iudiciali pignore, semper potior est causa prioris, id est, cuius nomine pignora apparitor cepit, & abstulit, siue creditores sint eiusdem tituli, siue non, *l. si & iure, ff. qui pot. in pign.* Et contra quam speciem posui, posset forsitan quis hanc *l. 2.* accipere partim de iudiciali pignore, quam totam accepi de prætorio: & posset quis hoc tentare propter illa verba [*in causa iudicati.*] Sed ne hoc admittamus, vetat verbum [*occupauit*] quod vsurpat etiam *l. 3. h. tit.* in prætorio pignore: Nam prætorium pignus ipse creditor occupat, dum ingreditur possessionem: iudiciale pignus non occupat, sed extra ordinem per officium iudicis capitur & distrahitur sub hasta publice.

Cod.

Ad L. III. & IV.

L. 3. Cum Rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum sententiæ in rerum tam heredis, quam hereditariarum possessionem missam esse proponas: intelligis quamuis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen si personali actione eum habuit obligatum, præponi Rempublicam iure pignoris in his, quæ ex auctoritate eius, qui iubere potuit, seruandi iudicati causa occupauit.

L. 4. Si fundum pignori accepisti, antequam Reipublicæ obligaretur: Sicut prior es tempore, ita potior es iure.

Ex lege 3. intelligimus, supradictæ regulæ, *vt prior sit potior,* locum esse non tantum duobus, aut pluribus creditoribus habentibus idem pignus conuentionale, vel prætorium, sed etiam vno habente conuentionale, altero prætorium, siue prius sit prætorium, vt in specie *l. 3. sup. vt in poss. leg.* siue conuentionale, vt in specie huius *l. 3.* ex contrario siue obliquo colligitur. Species hæc est. Mortuus est debitor, cui Sosianus quidam, & Respublica pecuniam crediderant, sed prius Sosianus quam Resp. At Respublica creditrix hereditaria (vt dixi) prius quam Sosianus, missa est in possessionem, quod fit per actorem Reipublicæ, vt in *l. municipiis, ff. vt in poss. legat.* Respublica inquam missa est in possessionem rerum hereditariarum, & rerum heredis iudicati seruandi causa, vel, vt lex loquitur, *propter emolumentum sententiæ*, id est, propter effectum & executionem sententiæ, qua Respublica damnauerat heredem debitoris, vt in *l. 2. sup. de execut. rei iudic.* Et nota differentiam inter eum, qui mittitur in possessionem legati aut fideicommissi seruandi causa, & eum qui mittitur in possessionem rerum hereditariarum, non rerum heredis propriarum, excepto vno casu in *l. 6. sup. vt in poss. legat.* quia legata & fideicommissa debentur ex rebus hereditariis, & eum, qui defuncto debitore, mittitur in possessionem crediti & iudicati seruandi causa, qui mittitur tam in bona heredis propria, quam in bona hereditaria, vt ex hac lege patet, & consequenter, vel in vnam rem heredis, vel in vnam rem hereditariam, exemplo eius, qui legati seruandi causa, vel in vnam rem hereditariam mitti potest, *l. prox. sup.* & in bona etiam heredis mittitur, qui mittitur crediti seruandi causa, quia nunc heres eam pecuniam debet. Itaque quasi in debitoris bona omnia mitti potest, aut propria, aut hereditaria, aut (vt dixi) in rem vnam heredis, aut hereditariam: Res igitur ita gesta est in specie proposita, vt licet prior in credenda pecunia fuerit Sosianus, quam Respub. tamen Respub. prior missa fuerit in possessionem rerum hereditariarum, & heredis propriarum, quam Sosianus: & venit quidem Resp. venit Sosianus, venit vterque ex pari causa, ex titulo eodem, nempe crediti: & tamen quia Respublica in actione personali præfertur omnibus aliis creditoribus personalibus, siue chirographariis, id est, non hypothecariis *l. pen. ff. de reb. auct. ind.* & exemplo actionis personalis (vt sentio) hæc lex 3. ait, si missa sit in possessionem Respub. eam præferri Sosiano, qui missus est postea, licet sint eiusdem tituli vterque, quia pignus prætorium (vt dixi ante) imitatur actionem personalem: & quem prætor præfert (vt in hac specie Remp.) in actione personali, eum etiam præfert in prætorio pignore quod obtinuit prima. Et ita explicanda est lex 3. Et ex contrario colligendum est etiam ex ea, dum ponit Sosianum fuisse creditorem chirographarium, i. habuisse tantum personalem actionem, quod si fuisset Sosianus hypothecarius priuilegio temporis fuisset potior republica habente pignus prętorium ex causa missionis in possessionem, quod etiam aperte subiicitur in *l. seq.* quæ est etiam de Republ.

Ad Leg. VI. Si generaliter.

L. 6. Si generaliter bona sint obligata, & postea res alij

specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.

Restat vt ex *l. 6.* adnotemus, supradictæ regulæ locum esse, etiamsi prior creditor habeat generalem hypothecam, tantum, non specialem, posterior autem speciale: Nã prior creditor eliget ex vniuersis bonis debitoris rem quam volet, etiam eam, quæ posteriori specialiter obligata est, eamque distrahet suo iure *l. creditoris, ff. de distr. pign.* nec posterior creditor eam poterit euincere emptori iure specialis hypothecæ, quæ est sententia huius *l. 6. & l. 6. sup. de obligat. & act.* & legis *2. in prin. D. qui pot. in pign. hab.*

Ad L. VII.

L. 7. Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diuersis temporibus datis priores habeantur posteriores, tamen, eum, cuius pecunia prædium comparatum, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim conuenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.

Regulam illam iuris, *vt in persecutione pignoris prior creditor hypothecarius potior habeatur*, quam heri satis amplificaui, hodie ostendam, vitiari casibus certis. Ac primum ex *l. 6. h. t.* Posterior creditor præfertur priori, si prior habeat generalem hypothecam, posterior specialem, eius scilicet rei, quam debitor ex pecunia a posteriori creditore mutuo sumpta comparauit, vt plane ad *l. 6.* (quæ definit, regulæ locum esse, etiamsi prior creditor habeat generalem hypothecam, posterior specialem) lex 7. addat hanc exceptionem, nisi illa specialis hypotheca posterioris sit comparata pecunia, posterioris creditoris: in ea enim posterior creditor potior est priore. Et hoc vult *l. 7.* Idemque esse opinor, si posterior creditor habeat generalem hypothecam, sicut prior, vt in *l. 17. sup. de pign.* vt scilicet in ea re, quæ pecunia posterioris comparata est, posterior priori anteponatur in ea re excutienda, & persequenda. Priuilegium causæ debiti est potentius priuilegio temporis. Exigo igitur in eo, cuius pecunia res parata siue empta est, vt eius rei habeat specialem, vel generalem hypothecam, vt *d. l. 17. l. procuratoris §. plane, D. de tribut. act.* quia tacitam ea in re hypothecam non habet, nisi sit pupillus, cuius pecunia res empta sit, quoniam ex hac causa pupillo constitutio Seueri & Antonini dedit tacitam hypothecam, *l. pen. sup. de seruo pign. dato, l. 3. in prin. D. de reb. eor. qui sub tut. l. idemque, in pr. D qui pot. in pign. habe.* Alij quam pupillo non inuenio ex hac causa datã tacitam hypothecam, ac ne adolescenti quidem, vel militi. Itaque multum interest, vtrum res comparata sit pecunia creditoris, qui si sit pubes, non habet tacitam hypothecam, an vero refecta sit res & restituta pecunia creditoris, quoniam hic habet tacitam hypothecam ex Senatusconsulto, siue oratione diui Marci, *l. 1. ff. in quib. caus. pign. tac.* quæ etiam tacita hypotheca potior est alterius creditoris expressa hypotheca & antiquiore, in ea scilicet re, quæ refecta est pecunia posterioris creditoris, qui semper tacitam hypothecam habet in ea re, & potior est in ea: optima ratione, quia eius pecunia saluam fecit totius pignoris causam: periisset enim res, periisset pignus etiam priori creditori, nisi ipse eam rem refecisset, & restituisset. Merito igitur in ea re, quæ pecunia eius redintegrata est & refecta, præfertur etiam priori creditori hypothecario iure taciti pignoris *l. 5. & 6. D. qui pot.* Sed hoc exemplis demonstrandum est. Si tibi domus sit pignori obligata, deinde ego crediderim pecuniam domino ædium ad reficiendas vel fulciendas ædes, ego in ea domo iure taciti pignoris potior sum, quam tu, licet sis primus creditor hypothecarius. Idem est, si nauis primum sit pignerata tibi, deinde crediderim domino nauis debitori tuo pecuniam ad armandam, vel instruendam nauim, ad reficiendam siue reconcinnandam nauim, quod posteriores Græci dixerunt καλαφατίζειν vt apud Nicetam, *d'où vient nostre calfutrer.* Si ergo in eam rem tibi crediderim, vel etiamsi crediderim ad cibaria nautarum, siue remigum, sine quibus nauis conseruari non poterat, potior sum in ea naue persequenda, quam seruaui mihi & tibi, licet sim posterior creditor iure taciti pignoris. Et idem est omnino, si merces inuectæ in nauim tibi sint pigneratæ, deinde crediderim pecuniam, ne pro naulo seu vectura nauis retineretur: Nam (quod notandum) merces inuectæ in nauem tacite pro naulo pignori obligatæ sunt, & nauli causa potior est, quam crediti prioris *d. l. 6.* id est, prefertur naulum antiquiori credito. Et ita res quas intulisti in ædes conductas, tacite pro pensione pigneratæ sunt, & pensionis causa est potentior. Item merces B inuectæ vel illatæ in horrea conducta, quæ habentur plerunque mercium seruandarum causa [*magasins*] tacite pro pensione pignori sunt *l. 5. D. ad exhibend.* Et pensionis horrei causa potior est antiquiore credito, sub pignore earumdem mercium. At similiter, *vt ostendit d. lex 6.* merces vectæ dorso iumentorum constituto certo pretio vecturæ, pro vectura tacite pigneratæ sunt, & vecturæ causa potentior est, quoniam sine ea merces saluæ peruenire non poterant. Sic superficies imposita alieno solo sub lege mercedis certæ exsoluendæ quotannis domino soli (quæ merces in libris nostris propriæ appellatur solarium) superficies, inquam, pro solario tacite pignori est, & solarii causa est potior, *l. etiam, D. qui pot. in pign. l. sane vt Diui, de pigner. act.* Et breuiter omnibus his casibus, si crediderim ad pensionem & vecturam aut C solarium exsoluendum, cuius causa erat potentior iure tacitæ hypothecæ, etiam ero potentior, & potior antiquiori creditore. Addendus est alius casus *l. pen. h. t.* quo etiam posterior creditor in hypothecis præfertur priori, puta si prior creditor sibi vindicet ius pignoris ex priuato instrumento, quod non habeat subscriptionem trium testium fide dignorum: posterior autem ex publico instrumento. Priuatum instrumentum, quod habet subscriptionem trium testium, pro publico habetur, *vt ait lex pen.* Sic ergo dicamus simplicius. Posterior creditor, qui nititur iure hypothecæ ex publico instrumento, potior est priore, qui eodem iure nititur ex priuato. Et vocat hæc lex priuata instrumenta ἰδιόχειρα, vt Cedrenus de Euagrio Philosopho: ποίησόν μοι ἰδιόχειρον, *fay moy vne cedule.* Publica instrumenta sunt, quæ conficiuntur a tabellionibus, & dicuntur in Nouellis vt Greco verbo Græ- D cum opponamus ἀγοραῖα sæpissime, & forensia *l. pen. sup. de fide instr.* Priuata instrumenta fiunt secreto, vt ait hæc lex, intra priuatos parietes, sæpe inter duos tantum contrahentes, siue paciscentes remotis arbitris: Nam nihil referre hæc lex ait, interueniant amici, nec ne. Interuenientib. amicis, inquit, nec ne, id est, vel non interueniẽtibus, vt in *l. constitutiones, D. de appell. l. 60. C. Th. eod. tit. de recipiendis appellationibus nec ne.* Et scribuntur manu contrahentium, vt ait *l.* vel manu notarii, i. serui notarii, ne quis intelligat, quem vulgo vocamus notariũ qui latine vocatur tabellio, non Notarius. Notarii est seruile nomẽ, est munus serui priuati hominis. Nihil ergo refert priuatum instrumentũ scribatur manu vnius contrahentium, an manu serui notarii seu librarii, vel amanuensis, an manu alterius cuiusdã extranei. Et hęc priuata instru- E menta, si de fide eorũ non dubitetur, si non arguatur esse falsa, in actionibus personalibus tantum valent, quantũ publica instrumenta, si modo habeant subscriptionem contrahentiũ tantum, etiãsi nulli sint adhibiti testes, vel tabularii, vt ait, qui quoniã sunt serui publici, serui ciuitatis, dantes operã tabulario ciuitatis, in quo sunt reconditæ rationes, & chartæ, archiuo ciuitatis: quia, *inquam,* tabularii sunt serui publici, ideo in hac *l. pen.* vocantur conditionales, quia huic conditioni addicti & mancipati sunt, vt tabulario ciuitatis seruiant, vt in *l. defensionis, ff. de iure fisci lib. 10. l. 3. 5. 7. 8. C. Th. de numerariis & actuariis.*

Conditionalium sunt multa genera. Serui sunt *conditionales*, agricolæ censiti, vel adscriptitii sunt conditionales: pistores etiam erant conditionales, nimirum addicti pistrino ciuitatis, seu panificio: & sic tabularii conditionales sunt, siue conditionarii. Et quod ait lex, siue instrumento priuato confecto interfuerit tabularius, aut testis, siue non interfuerit, modo sit subscriptũ ab vtroque contrahentium in actionibus personalibus eandem vim habet, quam publicum instrumentum. At in actionibus hypothecariis plurimum valet instrumentum publicum, quoniam, qui eo nititur, licet sit posterior creditor, præfertur priori, qui nititur priuato. Restat vt adnotemus etiam ex *l. 9.* creditores hypothecarios præferri creditoribus chirographariis, id est, qui debitores personali tantum actione obligatos habent, etiamsi creditores chirographarii sint antiquiores, vel etiamsi in actione personali priuilegium habeant, id est, siue habeant priuilegium causæ siue temporis: namque eos excludunt hypothecarii creditores, optima ratione, quia habent hypothecariam actionem, quæ est actio in rem, in quam, vt ait regula iuris, plus est cautionis, id est, plus securitatis, ponderis, & virium, quam in personam. Et hoc comprobat *l. 3. sup. de priuil. fisci. l. 6. sup. de reb. auctor. iudic poss.* Pone exemplum in Republ. quæ priuilegium tantum habet in actionibus personalibus, *l. pen. ff. de bonis auctor. iudic. possid.* nec habet tacitam hypothecam, quo distat a fisco respub. quæ chirographaria est creditrix, præferetur creditor hypothecarius. Alia differentia inter creditores hypothecarios & chirographarios, siue personales notanda est *ex l. 10. huius tit.* Posterior creditor hypothecarius habet ius offerendi priori creditori hypothecario, vt sibi confirmet, & corroboret suum pignus, vt diximus *sup. ex l. 1. & 5.* At chirographarius creditor non habet ius offerendi hypothecario creditori, vt scilicet in eius locum succedat, & vel hypothecam habeat, quam ille habuit, vel priuilegium exactionis, siue πρωτοπραξίαν, quod ille habuit: sed habet tantum chirographarius creditor personalem actionem in debitorem vel heredem eius. Ponit *lex 10.* speciem in marito, qui pro dote mulieri certas res pignori obligauit, quia ante Iustinianum, id est, legem vltimam huius tituli, mulier pro dote non habuit tacitam hypothecam. Et post Iustinianum hodie si maritus pro dote specialiter mulieri certas res pignori obligauerit, cessat tacita hypotheca, quam Iustinianus dedit generaliter in omnia bona mariti. Quod notandum maxime ex *l. vlt. sup. de pact. conuent. &c.*

Ad L. vlt.

L. vlt. Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actioni (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeant priuilegia, & creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cum in personalibus statuerant actionibus, si hypothecam respiciebant illico iustitiæ vigorem relaxabant: & senioribus hypothecis nouas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant. nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam, vel pro ea ab alio. 1. §. Ad hæc omnia respicientes, & reminiscentes, quod & alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes, & hæc omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam A *mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati &c.*

Lex est omnium sermone celebratissima, in qua ponitur alius casus, quo posterior creditor hypothecarius præfertur priori creditori hypothecario, quem a regula iuris, vt potior sit, qui tempore est prior in hypothecis, excepit fauor dotium, vel mulierum potius dotatarum, quoniam personæ magis priuilegium esse videtur, quam causæ: quamobrem nec in heredem mulieris transmittitur, vt in *l. 1. sup. de priuil. dot.* & in hac ipsa lege, nisi sit filius. Et vt vniuersam hanc quæstionem pertractemus, & repetamus ab ipsa origine: Iure veteri B *(quod etiam hodie valet)* mulier causa dotis habuit priuilegium exactionis tantum in actionibus personalibus, id est, iure veteri mulier primum locum tenet inter omnes creditores chirographarios, vt scilicet suam dotem consequatur ante omnes, cum bona mariti ex edicto possessa væneunt, *l. si sponsa, ff. de iure dot. l. quæsitum §. vlt. & duabus seqq. ff. de bonis auct. iud. poss.* & hoc solum est, quod ait *l. 1. ff. sol. matr.* dotis causa semper, & vbique præcipuam esse. Præcipua est, quod præcedat omnes causas titulosque debendi, præcedit omnia credita in actionibus personalibus. Et vbique, inquit, id est, tam in prouinciis, quam in Italia: *& semper*, inquit, id est, siue legitima die dos repetatur, puta annua, bima, trima die, vel citeriore, & propiore die ex pacto dotali *l. de die, & l. seq. ff. de pact. dot.* vel etiamsi repetatur statim nulla data dilatione, vt cum dos consistit in rebus C immobilibus: aut rursus, *semper*, id est, siue soluto, siue manente matrimonio dos repetatur: Nam certis ex causis dos etiam manente matrimonio repeti potest *l. mutus §. vlt. ff. de iure dot. l. si pro rata §. 1. ff. de relig.* Et additur *in d. l. 1.* causa priuilegii, quod publice intersit, dotes mulieribus conseruari, vt nubere possint, & dare operam iustis liberis procreandis. Quod est maxime necessarium in republica, vt numerus augeatur iustorum ciuium: Nam etiamsi nuptiæ consistant sine dote, *l. vlt. sup. de donat. ante nupt.* tamen paucissimi sunt, qui velint ducere indotatas, & ob id reipub. interest, vt dotes D eis conseruentur, quæ sunt earum patrimonia propria, & plerunque sola, vt Iustinianus ait in hac *l. vlt.* plerunque substantiam mulieris pene totam in dote constitutam esse. Hic mos erat in vrbe Roma, vt mulieres nihil haberent præter dotem, paraferna parcissima. At *h. l. vlt.* adiicit verbum, *pene*, quod hoc priuilegium mulieris dotem repetentis cessare significat, cum ait, *mulieres contra omnes pene personales actiones habere priuilegia, & creditores alios antecedere, etiam anteriores.* Cur ait, *pene*. quia Reipublicæ creditum, si antiquius sit, præcedit dotem, vt a contrario sensu colligitur ex *l. 9. sup. de iure dot.* Idemque statuit, & notat hoc loco Accursius in funeris impensa *(il faut que les funerailles soient plustost payees, que la femme)* vt & hæc dotem præcedat, sicut omne creditum *l. pen. de religios.* in actione personali scilicet: nondum enim tractamus de hypothecaria. E Idem quidam hic statuunt *(nec male)* in causa pecuniæ depositæ apud mensam ab eo, qui sequitur fidem publicam, qualis erat fides mensarii, siue argentarii, siquidem ea pecunia exstet: Nam eius ratio habetur primo loco, etiam ante priuilegia, *l. si hominem §. quotiens, ff. depos.* Constat etiam & hæc omnia credita, quæ retuli, præcedere impensam factam inuentarii conficiendi gratia. vel auctionis bonorum defuncti faciendæ gratia. Et hoc est, quod dicitur in foro, *que les frais des criees sont les premiers payez.* Hoc probat aperte *l. quod priuilegium in fine, depos. l. quantitas, ff. ad leg. Falcid. l. vlt. §. in computatione, sup. de iur. delib.* His causis exceptis, mulier inter chirographarios creditores priuilegium habet, siue potior est, non inspecto ordine temporis. Inter hypo-

thecarios autem iure veteri mulier priuilegium non habet proprio quodam iure suo, sed habet tantum commune priuilegium temporis & antiquitatis: neque enim præfertur fisco, si fisci causa antiquior sit, *l.* 2. *sup. de priuil. fis.* Pone, secundum ius vetus, nominatim mulieri fuisse cautam conuentamque hypothecam, vt in *d. l.* 2. *& l.* 10. *hoc tit. l.* 3. *de primip. lib.* 12. *l. vbi, sup. de iur. dot.* Nam ante constit. Iustin. *de rei vxoriæ actione*, mulier non habuit tacitam hypothecam, sed fuit chirographaria creditrix, nisi nominatim de pignore pepigisset: fiscus autem ex suis contractibus semper habuit tacitam hypothecam. Pone igitur secundum ius vetus, mulierem habere expressam, fiscum suam tacitam: non præferetur fisco, nisi priuilegio temporis, id est, priori contractui fiscali non præferetur posterior contractus dotis priori hypoth. tacitæ non præfertur posterior hypoth. expressa, & consequẽter non præferetur etiã mulier, cui nominatim cauta est hypot. vlli alii creditori hypothec. antiquiori, sed inferiori tantum ex priuilegio, ex prærogatiua temporis, quod & Iustinianus ita definit in *d. l. vbi*, loquens de mulieris hypotheca expressa, cum nondum Iustinianus dedisset mulieri tacitam hypothecam, qui tamen deinde mulieri dedit tacitam hypothecam, sed in rebus dotalibus tantum, vel in rebus ex eis comparatis, quæ etiam intelliguntur esse dotales, *l. res, ff. de iure dot.* simul ac dedit in rebus dotalibus priuilegium inter omnes alios creditores hypothecarios, qui habent generalem hypothecam etiam anteriorem. Et hæc est constitutio *l. in rebus, sup. de iu. dot.* Iustinianus paulatim auxit iura & priuilegia mulierum sollicitarum de dotibus suis: Nam post *l. in rebus*, in tit. *de rei vxor. act.* dedit etiam mulieri tacitam hypothecam in omnib. bonis mariti, dotis conseruandæ causa. Quo iure recte dices, contra quam posuerim ante tractans de iure veteri, *mulierem præferri Reipublicæ*, quæ est chirographaria creditrix, *l.* 2. *§. de iur. Reipubl. lib.* 11. etiamsi Respublica sit antiquior secundum definitionem *l.* 9. *h. tit.* vt creditor hypothecarius, qualis hodie est mulier in omnibus bonis mariti ex illa constitut. Iustin. præferatur omnibus creditoribus chirographariis: & consequenter præferatur etiam ei, qui de suo funerauit maritum, vel qui apud mensam mariti pecuniam deposuit, quæ exstet, vel qui impensas necessarias fecit ad insinuationem testamenti, vel ad confectionem inuentarii, vel ad expediendam auctionem, siue venditionem bonorum, quia ius certissimum est hypothecarium potiorem esse chirographariis. Ac postremo Iustinianus in hac *l. vlt.* quam subscriptio docet esse nouissimam, cum dedisset ante mulieri tacitam hypothecam in rebus dotalibus, deinde etiam in bonis mariti, hac *l. vlt.* inter hypothecarios creditores mulieri priuilegium dedit, quo excluderet antiquiores creditores, & hypothecas. Et fatentur quidem omnes, eam excludere omnes alias tacitas hypothecas anteriores, sed an etiam excludat hypothecas expressas anteriores, disceptant inter se Ioannes & Martinus: sed Martini verior est sententia, vt scilicet hypotheca mulieris tacita, quam habet in bonis mariti, etiam posterior præferatur expressis aliorum, & prioribus hypothecis. Et probatur sentẽtia Martini *Nouella* 97. quæ dum in eo, cuius pecunia res comparata est, quem documus in *l.* 7. *h. tit.* non habere nisi expressam hypothecam, dum, *inquam*, in eo constituit, vt si sit prior, mulieri præferatur dotem persequenti, non si posterior, prout cauetur iure communi, regula iuris sane innuit & adsignificat, *aliis creditoribus expressam habentibus hypothecam*, sicut ille, *etiam tempore inferiorem mulierem præferri.* Nec moueor eo, quod obiicit Ioannes, fiscum non habere nisi priuilegium temporis in hypothecis, quod est verissimum, *l. si pignus, & l. vlt. ff. hoc tit. & l.* 1. *sup. rem alien. gerent. non interd. suar. rer. administr.* Denique fiscus in hypothecis, non præfertur aliis creditoribus habentibus expressam, vel tacitam hypothecam, vt illæ leges demonstrant, nisi sit antiquior. Si ergo, inquit, fiscus non habeat, nisi priuilegium temporis, quod est ius commune: Ergo nec aliud debet habere mulier, quam quod ius commune tribuit beneficio temporis, ne plus habeat, quam fiscus. Hæc argumentatio est fallax, & facile retorquetur in Ioannem, qui admittebat, *mulierem præferri creditoribus habentibus tacitas alias hypothecas*, atque ita plus admittebat habere, quam fiscum, qui habenti tacitam hypothecam non præfertur, nisi sit antiquior, *d. l.* 1. *sup. rem alien. ger.* Necessario igitur concludendum est, hac in re plus iuris habere mulierem, quam fiscum: Nam mulier, etiamsi non habeat priuilegium temporis, præfertur omnibus hypothecis antiquioribus expressis, vel tacitis. Et excipiuntur tantum tres casus. Primum iam attigi *ex Nouella* 97. si cuius pecunia res comparata, qui expressam tantum hypothecam habere potest, vel refecta sit, qui habet tacitam hypothecam, vt docui in *l.* 7. Nam hic, si sit antiquior, præfertur mulieri, ex d. Nou. non alius creditor antiquior, siue habeat tacitam, siue expressam hypothecam. Secundus casus est, si fiscus sit antiquior: Nam quod *l.* 2. *sup. de priuileg. fisci, & l.* 3. *§. de primip. lib.* 12. statuit, in hypotheca cauta mulieri nominatim, vt non sit potior, nisi sit antiquior credito fiscali, idem hodie videtur admittendum in tacita hypotheca mulieris, vt non sit potior tacita & antiquiori fisci hypotheca, nisi in hac specie, quam notauit Harmenopulus. 5. *Epitom.* Fac ita esse: fundus Titianus obligatus est Titio primum. tum cœpit obligatus esse fisco, deinde mulieri ex causa dotis. Mulier, licet sit posterior fisco, præfertur, quia Titius excludit fiscum, & ipsa Titium suo proprio iure, & ita, quod per se non habet vt excludat fiscum anteriorem, per alium habet *l. Aristo, ff. quæ res pign. oblig.* id est, dum vincit (quod a nostris vulgo fertur) Titium, vincit etiam fiscum, quem Titius vincit. quod euenit etiam in specie *l. æquissimum* §. 1. *ff. ad Senatusc. Tertull. & l.* 8. *de bonis damnat.* Tertius casus & vltimus hic est, quo antiquior creditor mulieri præfertur, si prior vxor agat de dote sua, qui casus etiam notatur in hac *l. vlt. & in Nouel.* 91. Dos antiquior præfertur nouæ. Exempli gratia, mortuo patre meo, qui diuortio facto superduxerat nouercam, si ei heres extiterim, prius reddam dotem meæ matri, quam nouercæ. Idemque est, si prius matrimonium solutum sit morte matris meæ, & iure hereditario aliquis exterus dotem matris meæ repetat. Denique dos aduersus dotem non habet priuilegium, nisi temporis. Vnus est etiam casus singularis, ex *d. Nou.* 97. quo nec antiquior mulier præfertur in hypothecis posteriori creditori, puta si quis pecuniam crediderit ad militiam emendam eo pacto, vt militia pignori esset, & vt in eo pignore ipse potior esset: Nam secundum pactum in hoc casu solo vt ait Nou. emendæ militiæ posterior creditor hypothecarius præferetur mulieri antiquiori. Et postremo notandum est ex hac *l.* priuilegium hoc, vt mulier inter omnes hypothecarios creditores primum locum teneat, siue antiquiores, siue posteriores sint, mulieri dari agenti de dote, non etiam mulieri agenti de lucro ei obueniente ex donatione propter nuptias, quæ est veluti dos mariti, respondens doti mulieris, quam maritus confert in mulierem, sicut ipsa in eum dotem: Nam agenti mulieri de donatione propter nuptias non datur nisi priuilegium temporis. Et ratio differentiæ hic proponitur hæc, quia quæ agit de dote, certat de damno amittendæ rei suæ, ideoque ei subueniendum est plenius. Quæ agit de donatione propter nuptias, certat de lucro aduentitio. Et hoc confirmat §. *fuerat, in fine de action. & Nouel.* 61. *&* 109. & ita fiscus, si agat de pœna commissa in fiscum, non præfertur creditoribus, qui suum persequuntur, quia certant de damno, fiscus de lucro, nisi ex priuilegio antiquitatis, vt Papinianus elegãter ait in *l. quod placuit, ff. de iure fisci*, priuilegium fisci etiam lucri ratione

ne anteferri ratione damni, quod vtrumque exemplum de muliere scilicet, & fisco aperte demonstrat.

AD TITVLVM XVIII.

De his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

Titulus 18. est de iis, qui in prioru creditorum locum succedunt, & est portio superioris tituli. Et quod in illo habuimus, posteriores creditores hypothecarios in locum priorum ipso iure succedere offerendo prioribus, & soluendo pecuniam debitam, & vsuras medii temporis, *l.* 1. 5. 8. 10. idem omnino in hoc titulo proponitur *l. vlt.* Et constitutio, cuius fit mentio in *l.* 1. *huius tit.* proculdubio ea est lex 1. *tit. superioris.* Sed de eo quoque tractatur in hoc tit. quod superior non habet, an hi, quorum pecunia, cum creditores non essent, priores creditores hypothecarii dimissi sunt, in ius & locum eorum succedant. Et ostenditur, non eodem prorsus modo succedere, quo posteriores creditores hypothecarios in locum priorum creditorum eos, qui cum creditores non essent eiusdem debitoris, pecuniam obtulerunt, & soluerunt prioribus creditoribus hypothecariis, vel vt iis solueretur, crediderunt debitori facienti versuram, licet hoc ipso, quod soluunt pro alio, vel credunt ei pecuniam, qua se, & hypothecas liberet atque absoluat, incipiant nunc primum esse creditores ex causa negotiorum gestorum, vel ex causa mutui. Et tamen, *vt dixi,* non succedunt in ius pignoris, quod habuerút priores creditores, ad quos eorum pecunia peruenit, nisi in soluenda pecunia pro debitore auctoritate iudicis pignus eorum, quibus soluebant pecuniam debitam, in eos translatum sit: vel nisi in credenda pecunia debitori, qua se & hypothecas absoluat, nominatim pacti sint, vt in ius & locum priorum creditorum succedant: Nam his duobus casib. plane succedet in ius locumque priorum creditorum, non vt posteriores quidem creditores hypothecarii, qui ipso iure succedunt offerendo pecuniam prioribus, sed ex auctoritate iudicis, vel ex conuentione & consensu debitoris. Et ita est explicanda *l.* 1. *hoc tit.* nec restat aliud, quam vt dispiciamus, quare dicat eos non omnimodo succedere in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem transit. Cur ait, [*non omnimodo* ?] Significat enim eos aliquatenus succedere, & subire in locum hypothecarii creditoris, quorum pecunia ad creditorem hypothec. transit. Et sane succedunt in eius locum, vt habeant actionem Paulianam, quam illi habuerunt ob res alienatas a debitore in illorum fraudem, quam, *inquam,* illi habuerunt, quos sua pecunia dimiserunt, *l.* 10. §. 1. *l. nisi, ff. quæ in fraud. credit.* Quod etiam esse ex constitutione Seueri & Antonini *ait d. l.* 10. §. 1. quorum Imperatorum est *l.* 1. *hoc tit. & l.* 1. *tit. super.* Item succedunt in locum priorum creditorum, quos, qui creditores non erant, sua pecunia dimiserunt, vt habeant priuilegium in actionibus personalibus, quod habuerunt ii, ad quos sua pecunia peruenit: Nam si priuilegiarius fuerit in actione personali, quem dimisi mea pecunia pro debitore, & ego ero priuilegiarius in mea pecunia exigenda, quod ostendit *l.* 2. *ff. de cess. bonor. l. si ventri* §. *eorum, ff. de reb. auct. iudic. possid.* Et hactenus quidem ii, quorum pecunia priores dimissi sunt, in eorum locum succedunt, vt scilicet habeant Paulianam, quæ illis competebat, & priuilegiú personale, quod illi habebant, sed nó etiam, vt vult hæc lex prima, vt habeant iura hypothecarum, & in iis priuilegia temporum, quæ habuerunt ii, quos pecunia sua dimiserunt, nisi in eos nominatim translata & transcripta sint iura hypothecarum auctoritate iudicis *l.* 3. *& l. vlt. sup. de priuileg. fisci l. cum alter,* §. *de fideiussor.* vel ex conuentione & consensu debitoris, vt in *l.* 1. *h. tit. & in l. Aristo, ff. quæ res pign. oblig.* Igitur *lex* 2. *h. tit.* dum ait, *filium emancipatum, qui pro parte soluit fisco, quod debuit pater, iure successisse in locum fisci;* Quod ait, inquam, *iure successisse,* id sic interpretandum, cessione scilicet & translatione pignoris facta vel auctoritate iudicis, vel consensu debitoris, qui vtique consensisse intelligitur, non tantum si nominatim conuenerit, vt cuius pecunia creditor dimitteretur, is subiret locum illius, verum etiamsi debitor eidem vendiderit rem creditori pigneratam, vt ex pretio creditor dimitteretur, *l.* 3. *h. tit.* Nam & hoc casu in ea re emptor, cuius pecunia peruenit ad creditorem hypothecarium, id est, cui ea res erat obligata, potior erit omnibus creditoribus inferioribus, si qui sint: sed adnotandum, potiorem fore creditoribus inferioribus non offerentibus sortem prioris contractus: Nam inferiores creditores habent ius offerendæ prioris sortis emptori, & auocandæ possessionis rei emptæ iure suæ hypothecæ, quamlibet posterioris, quia nihil refert, debitor alii denuo rem priori obligatam obligauerit, an vendiderit, cum pecunia peruenit ad priorem: nam vtroque casu posterioribus creditoribus est ius offerendi emptori, vel creditori nouo, qui in prioris locum successit, quæ est sententia *l.* 3. *ff. de distract. pignor.* secundum quam, vt & Accursius sensit recte, est accipienda lex 3. *h. tit.* At Basilica *in hac l.* 3. aliter ponunt speciem, nec enim ponunt vt Latini, debitorem vendidisse pignus, vt protinus redactam ex pretio pecuniam solueret creditori, cui erat obligatum: Sed ponunt priorem creditorem vendidisse pignus emptori, ponunt emptorem rem obligatam emisse a priori creditore, ἀπὸ τοῦ πρεσβυτέρου δανειστοῦ, & successisse in ius τοῦ πρατῆρος, *id est,* venditoris. Sed omnino male ponitur ita species ad hanc legem: Nam hoc casu, puta si prior creditor pignus vendidit extraneo iure suo, bona fide recte, & solemniter, vt solent creditores hypothecas distrahere, sequentibus creditoribus non est ius offerendi emptori *l.* 8. §. *de distract. pignor. l.* 3. *ff. eod. l.* 1. *tit. seq.* Itaque hoc casu in ius venditoris emptor non succederet, sed haberet ius proprium atque perpetuum in re empta, & plenius quidem quam venditor, cui sequentes creditores pecuniam offerre poterant, & pignus auferre, aut sibi confirmare: emptori vero frustra offerunt, quia causæ pignorum extrema linea est venditio rite facta a creditore potiore. Et hæc species præterea si apponeretur ad legem 3. pertineret potius ea lex ad titulum sequentem, ac proinde rectius Latini legem 3. accipiunt de debitore, qui pignus vendidit extraneo, vt mox ex pretio absolueret creditorem, qui in eo pignore potiora iura habebat.

AD TITVLVM XIX.

Si antiquior creditor pignus vendiderit.

Hic titulus est etiam portio tituli 17. & in eo ostenditur id, quod iam iamque attigi, multum interesse, debitor distrahat pignus, an antiquior potiorque creditor: Nam si antiquior creditor extraneo recte distrahat pignus & rite, id inferiores creditores persequi non possunt actione hypothecaria, & auocare emptori, quod antiquior creditor iure suo distraxit, vt ad suum perueniret. Et hoc verum est, etiam si creditores posteriores offerant emptori pretium siue sortem prioris contractus, *l.* 3. *ff. de distract. pign. & l.* 1. *h. tit.* Non potest etiam debitor ipse pignus, quod iure suo antiquior creditor vendidit extraneo auocare emptori, oblata vel emptori, vel creditori pecunia debita, quia sera est oblatio, quæ fit post distractum pignus *l.* 2. *h. tit.* Ante distractionem facta

oblatio a debitore vel a posteriori creditore, proculdubio distractionem interpellat siue impedit *l. 3. hoc tit.* Post distractionem autem facta oblatio, quia non fit in tempore, nullius momenti est, nec rescindit iure factam venditionem pignoris. Et posui antiquum creditorem vendidisse pignus extraneo; & eo dixi, quia si primus creditor pignus vendiderit secundo creditori, vt etiam hoc loco male ponunt Basilica, tertio creditori superest ius offerendi secundo; optima ratione, quia secundus creditor non tam dominii adquirendi pignoris gratia, quam seruandi sui pignoris emisse videtur a primo *l. 5. §. vlt. & l. 6. de distract. pign.* Ergo si antiquior creditor distrahat extraneo, peremptum est ius omne offerendi, quod habebant sequentes creditores: si distrahat primus secundo creditori, integrum manet tertio & quarto ius offerendi secundo. Et hæc de creditore antiquiore distrahente pignus. Nunc dicamus de debitore, quia initio diximus, multum referre distrahat pignus debitor ipse, an antiquior creditor. & quidem si debitor pignus distrahat, vel quod idem est, in solutum det (*nam datio in solutum quasi venditio est*) antiquiori creditori, vel si vendat extraneo, inferioribus creditoribus integrum est ius offerendæ pecuniæ emptori, & confirmandi pignoris sui, quæ est sententia *l. 1. hoc tit.* Emendo a debitore pignus antiquior creditor succedit in locum suum, succedit sibi ipsi, *id est*, eodem iure est, quo fuit ante emptionem, puta, vt sit potior in pignoris causa, nisi sequentes offerant pecuniam debitam, & vsuras. Et ita in specie *l. 3. & l. creditor §. Papinianus, ff. qui pot. in pign.* Creditor in locum suum succedit. Quam speciem etiam perperam Basilica explicasse ostendi *Obseru. 11. cap. 32.*

AD TITVLVM XX.

Si communis res pignori data sit.

VT rei alienæ inuito domino nullum pignus contrahi docuit titulus decimus quintus: ita rei communis pro parte socii, & consortis non consentientis, nullum quoque pignus contrahi hoc titulo docet, vt *l. 3. §. vlt. ff. qui potior. in pig. hab. & l. 7. §. vlt. ff. quib. mod. pign. vel hyp. sol.* In qua hoc est singulare, vt possit quis partem quidem suam, quam habet in re communi, pro indiuiso creditori pignori obligare, non partem socii, ac deinde inter socios facta diuisione, vt non ea pars sit tantum pignori, quæ obtigit ei, qui pignus contraxit, sed vtraque pars pro indiuiso ex dimidia parte, quia ea pars, quam pignori obligauit tempore contractæ obligationis, non est ea, quam nunc habet post diuisionem, sed ea, quam tunc habuit ante diuisionem: habuit autem tunc partem in parte socii, quæ nunc est post diuisionem. Idcirco recte *d. lex* 7. ait, post diuisionem vtramque partem obligatam esse pro indiuiso, & pro dimidia parte.

AD TITVLVM XXI.

De prætorio pignore, & vt in actionibus etiam debitorum missio prætorij pignoris procedat.

REgula proposita *sup. tit. 17.* vt *qui prior est tempore, potior sit iure pignoris*, non in eo tantum pignore locum habet, quod ex contractu, vel ex pacto formam & originem capit, sed etiam in prætorio pignore, de quo est hic titulus, maxime si non sint eiusdem tituli, siue causæ creditores, vt *l. 2. & 3. eod. tit.* & actio hypothecaria non tantum pertinet ad illud pignus, quod ex contractu, vel pacto

A constituitur, sed etiam ad pignus prætorium, *ex l. 2. h. tit.* quibus rationibus apparet ab hoc tractatu, qui potissimum est de pignore conuentionali, & hypothecaria actione, siue Seruiana, non esse alienam inspectionem de prætorio pignore, licet de eo iam nonnihil actum sit *tit. 72. lib. 7. sup.* Nam quæ regulæ iuris plerumque valent in conuentionali pignore, vt *tit. 17.* ostendi; plerumque etiam valent in prætorio. Et ad vtrumque pignus pertinet actio hypothecaria, id est, hac actione, & hoc, & illud pignus creditores persequuntur. Est autem prætorium pignus, quod missio in possessionem rerum omnium, vel rei vnius debitoris (quod addo ex *l. 2.* tituli 17.) quod, *inquam*, missio in possessionem rerum omnium, vel rei vnius debitoris quæ fit ex edicto, conciliat atque constituit, prætore B specialiter decernente, creditorem, cui non soluitur, vel respondetur, vel cauetur, mitti in possessionem bonorum debitoris, vt habeat pignus, quo sibi creditum seruet, qui nullum habet ex conuentione, vt habeat ex auctoritate prætoris. Et hoc esse prætorium pignus verbum [*missionis*] quod est in hac rubrica, & *l. 2. h tit.* satis demonstrant, & *l. misso, ff. pro empt.* Denique prætorium pignus est, quod non a debitore, sed a prætore creditori ex edicto datur, & decernitur, vt ei in tuto sit creditum, misso creditore in possessionem bonorum, vel quasi possessionem: Nam & *in l. 1. h. tit.* Iustinianus constituit prætorium pignus consistere posse in iis rebus, quæ possideri non possunt, veluti in nominibus, siue, quod idem est, in actionibus debitoris prætore iubente, vt & actiones debitoris, quas habet debitor aduersus alios, creditor pignori habeat & persequatur, C quod, vt opinor, ante Iustinianum, id est, hanc legem 1. non obtinuit, id est, missus in possessionem bonorum debitoris, non occupabat etiam nomina debitoris, non occupabat calendarium debitoris, vel Iduarium: Nam vt Marcus Tullius ait in Quintiana, *ea bonorum possessio non spectabatur, nisi in iis, quæ teneri vel possideri poterat. Sed deficientibus huiusmodi rebus, sane prætor etiam creditoribus permittebat persecutionem actionum siue nominum debitoris*, quod optime probat *l. si nulla, ff. vt in possess. legat.* Ideoque *l. bonorum, ff. de verb. signif.* quæ secundum inscriptionem suam pertinet ad hanc causam prætorii pignoris, bonis annumerat etiam actiones, *vt in l. 37. & l. vlt. ff. de vsufr. leg.* In ea, inquam, *l. bonorum*, quæ pertinet ad hanc quæstionem de prætorio pignore, id est, de missione in possessionem bonorum D crediti seruandi causa, bonis adnumerantur actiones, quia a bonis corporalibus creditor missus in possessionem ad extremum transit ad actiones. At ex hac constitione Iust. recte missio fit statim ab initio, non tantum in corpora, quæ pertinent ad debitorem, sed & in nomina, & actiones eius. Et hoc est maxime notandum ad *l. 1.*

Ad Leg. II. seu Vlt.

L. 2. Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus: vnum quidem, quod ex conuentionibus & pactis hominum nascitur: aliud, quod E *a iudicibus datur, & prætorium nuncupatur. Et cum inuenimus in conuentionalibus pignoribus, vel hypothecis, non solum tenentem creditorem adiuuari, sed etiamsi ab ea possessione cadat, siue sua culpa, siue non, siue fortuito casu: humanius esse perspeximus & in prætorio pignore dare recuperationem creditori, quocunque modo possessionem amittat, siue culpa sua, siue nō, siue fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquā patiatur inde iacturā: tamen ne quid amarum in creditorib. cōsequatur: benignius causā interpretamur, & ei recuperationē donamus.*

QVod item Iustinianus constituit in *leg. 2.* vt si creditor amiserit possessionem in quam iure prætorio rei

rei seruandæ causa missus fuerat, quo genere, *vt dixi*, contrahitur pignus prætorium, vt eam possessionem persequi possit, vt interpretor exemplo actionis hypothecariæ, id est, vtili, siue in factum hypothecaria. Hoc quoque videtur olim non obtinuisse, hac ratione, quia qui mittitur in possessionem, custos apponitur rebus debitoris sui commodi & suæ securitatis causa, *l. 3. §. vlt. ff. de adquir. possess. l. cum legati, ff. quib. ex caus. mai.* Et in eo custode, qui custodiam recepit, scilicet sui commodi causa, diligentia exigitur, quam, si non præstiterit, vt puta, si per negligentiam suam possessionem prætorii pignoris amiserit, merito debere videtur damnum facere prætorii pignoris, quod non seruauit. Sed ex hac Iustin. constitutione benignius est, & humanius, vt ait Iustinian. vt id possit recuperare perinde, atque si esset pignus conuentionale, vtili actione hypothecaria, vt dixi.

AD TITVLVM XXII.

Si in causa iudicati pignus captum sit.

SEquitur in hoc tit. aliud genus pignoris, ad quod pertinet etiam regula tituli 17. vt constat ex *l. si & iure, ff. qui pot. in pign. hab.* & actio quoque hypothecaria, vt opinor, cum possessio eius casu quodam amittitur. Id vero pignus, de quo agitur in hoc titulo, etiam ex conuentione contrahentium non descendit: Nam eius definitio hæc est, quod in causam iudicati ex bonis condemnati capit executor rei iudicatæ ex auctoritate eius, qui ius habet hoc præcipiendi, vt capiantur pignora ex bonis iudicati, qui hoc iubere potest, quod in hac quæstione sæpe inculcant leges, quas inferius adducemus, vt intelligamus, non cuilibet esse hoc præcipiendi ius: neque enim est in hoc præcipiendi iudici dato, qui rem iudicauit, sed magistratui, qui eum iudicem dedit ad rem iudicandam, *l. a D. Pio, in princ. ff. de re iud.* Nam iudices delegati sententiarum suarum executionem non habent, sed eorum sententias exequuntur magistratus, qui eos delegauerunt, dum iubent apparitores suos, siue officiales ex bonis condemnati capere pignora, quantum satis sit iudicato faciundo. Et vt intelligatur, quam hoc genus pignoris distet a prætorio pignore; prætorium pignus datur (vt diximus sup. tit.) & decernitur. hoc vero pignus capitur manu iniecta ab apparitore: illud datur creditori. Denique pignus prætorium occupat creditor; hoc vero pignus creditor, qui vicit, qui sententiam consecutus est, pro partibus suis non occupat, sed executor, officialis, apparitor magistratus, *l. 2. h. tit. l. si plus, ff. de euict.* Item prætorium pignus ex edicto constituitur, ex ordine, iure ordinario: hoc vero extra ordinem, *l. si pignora, ff. de euiction.* Prætorium pignus in rem constituitur, *id est*, generaliter, vt prosit omnibus creditoribus: Nam missio vnius creditoris proficit omnibus aliis creditoribus. Non ergo constituitur in eius personam, qui solus missus est in possessionem, sed in rem & generaliter, adeo vt missus in possessionem, non sibi tantum possideat, sed etiam omnibus aliis *l. cum vnus, ff. de reb. auctor. iud. poss. l. vlt. sup. de bon. auct. iud. poss. l. 5. §. si plures, ff. vt in possess. legat.* Ideoque Græci eam vocant *τὴν καθόλου νομὴν, id est, possessionem generalem.* Hoc vero pignus, de quo hoc titulo agitur, quod nostri Doctores vocant iudiciale pignus distinguendi & docendi gratia, constituitur in personam eius, secundum quem iudicatum est *l. si & iure, ff. qui pot. in pign.* Nam etsi ab eo non occupetur, sed ab apparitore, vt mox ab eo distrahatur, tamen non male dicitur in personam eius constitui, id est, respectu eius tantum. Et eadem quoque ratione non male dicitur ei dari, licet reipsa non detur, vt [*dari*] sit constitui in personam eius, in rem ipsius propriam, non in rem generaliter. Et

A ita quidem legunt *l. 1. h. tit. res ob causam iudicati datas:* sed rectius Haloander omisit verbum *datas*, quia hoc pignus propriè creditori non datur, prætorium datur. Et ita etiam de hoc eodem pignore *l. 3. sup. de execut. rei iudic. res soli pignori datæ*, rectius veteres, *pignori captæ*, vt in hac rubrica, *si in causam iudicati pignus captum sit.* Præterea pignus prætorium datur etiam aduersus debitorem non iudicatum, non condemnatum, sed latitantem forte fraudationis causa vel iudicio absentem, & indefensum, vel qui solum vertit exilii causa. Hoc vero pignus iudiciale (vt ita loquamur) capitur tantum ex bonis condemnati siue iudicati. Vtraque tamen via exequi licet iudicatum, vel eo, qui vicit, misso in possessionem bonorum iudicati seruandi gratia, vt

B in *l. 2. & 3. tit. 17.* vel extra ordinem captis & distractis pignoribus, captis censibus, vt Plautus loquitur in *Menæchmis. Nisi adsunt, cum citentur, census capiant illico*, id est, pignora. Incipiunt autem apparitores a censu mobili, & ab eo transeunt ad immobilem secundum ordinem præscriptum *in l. a Diuo Pio, §. in venditione, ff. de re iudic.* & a censu immobili ad extremum transeunt ad nomina seu actiones ex constitutione Antonini *d. l. a D. Pio §. sic quoque l. 2. sup. quando fisc. vel priu. l. etiam sup. de execut. rei iud.* Qui ordo non seruatur in prætorio pignore: Nam statim occupantur vniuersa bona, vniuersa nomina. Et non seruatur etiam hodie hic ordo moribus nostris in pignore iudiciali, sed incipit executor a censu immobili, vel a Calendario, vel a censu mobili vt libet. Notandum est, quod ait *l. 1. hoc tit.* iudicis præceptum, qui iubet pignora capi in causam iu-

C dicati, succedere in vicem iustæ obligationis ex causa contractus, id est, in locum pignoris conuentionalis constituti ex causæ contractu, sicuti *l. creditor prædia, ff. de pignor.* ait, pignoris obligationem obligari ex contractu, id est, ex causa contractus principalis. Deinde notandum capta pignora distrahi non per creditorem, sed per apparitorem magistratus, & distrahi publice sub hasta, etiam (quod notandum) ad licitationem admisso creditore, qui sententiam accepit secundum intentionem suam: admisso, inquam, etiam tanquam extraneo quolibet *l. 2. h. tit.* & deficiente emptore, quod plerunque contingit fraude iudicati debitoris, tum mitti creditorem in pignorū, quæ apparitor cepit, possessionem *l. 3. sup. de execut. rei iud.* vel auctoritate principis ei addici dominium pignoris, nullo inuento

D emptore, *vt l. 3. h. tit.* Solus princeps in hac specie potest addicere dominium creditori, vt plenius demonstrabitur *j. de iur. dom. impet.*

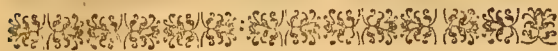
AD TITVLVM XXIII.

Si pignus pignori datum sit.

NOn erit res longi subsellii. Notandum creditorem pignus quod habet obligatum pignori obligare posse creditori suo, quod Græce est vno verbo *μετενεχυράζειν*. Et ple-

E runque id agitur, vt creditor, aut qui crediturus est, pignus accipiat, quo alii dato amico suo pecuniam ferat, & mox credat ei, qui pignus dare præuortit: Nam vt fideiussor, ita pignus potest præcedere contractum principalem. Quid ni? Pignus autem pignori datum, pignoris obligatio posterior tamdiu durat, quandiu obligatio prior: nam priore perempta perimitur etiam posterior. Nec recte dices sic fieri, vt rei alienæ pignus sit, quia non tam est rei, quam iuris, quod in ea habet creditor: Sicut cum quis rem sibi debitam pignori obligat, non rem ipsam obligat, sed ius obligationis, ius quod habet in ea, *l. 1. in pr. ff. de pign. l. 3. §. cum ex causa, ff. qui pot. in pignor.* Et si forte creditor, qui pignori habet rem aliquam debitoris, rem ipsam, id est, pro-

prietatem: Nam [*rei*] nomen proprie proprietatem significat. si rem ipsam pignori obligatet, non consisteret obligatio, sicut is cui vsusfructus rei pignori datus est, posset quidem vsumfructum alii pignerare, sed si rem ipsam pigneraret, nihil agit *l. 1. & 2. h tit.* quia rei alienæ pignus non consistit, sed rei tantum nostræ, aut iuris nostri cuiuscunque. Secundus autem creditor, cui primus creditor pignus pignori dedit, quamdiu priori creditori non soluitur, non tantum habet actionem hypothecariam, vel retentionem eius pignoris, *l grege §. cum pignori, ff. de pignor.* sed etiam habet ius distrahendi pignoris, sicut primus creditor, nec distractione perfecta integrum est creditori pecunia oblata vel soluta distractionem, siue emptionem dissoluere, vt in *l. 2. sup. si antiqui. cred. pign. vend.* & in *l. 1. h. tit.* In qua sub finem est scribendum post soluta pecunia, non, post solutam pecuniam: & illo loco [*ante exsolutam a domino*] illa verba [*a domino*] abundant omnino: Nam si voluit dicere [*a quo soluta pecunia*] debuit dicere, *a vobis*, vt superiora verba requirunt.

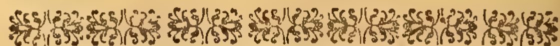


AD TITVLVM XXIV.

De partu pignoris & omni causa.

AIt, omni causa, id est, de omni alia causa, præter partum: Nam & partus est causa ancillæ, *l. 8. de vsur.* sicut fœtus pecoris, & fructus causa est fundi. Igitur de omni alia causa pignoris, veluti de operis, aut mercedibus operarũ, quia de seruis tantum pigneratis in hoc titulo agitur: cæterarum rerum causæ sunt fructus, pensiones, & fœtus primi aut secundi, quoniam hæc vi ipsa insunt rebus ipsis, id est, sunt causæ rerum. Et de operis serui pignerati in *l. 2.* hoc proditum est creditorem, si operas serui pignerati percepit, aut percipere potuerit, quia sunt in fructu serui, *l. 3. de oper. seru.* eas imputare creditorem primum in vsuras, id est, in quantitatem grauiorem, deinde in sortem. Denique operas serui pignerati, quas creditor percepit, aut percipere debuit, minuere debitam quantitatem, vel etiam absumere, si eam exæquant, *l. 1. 2. 3. & vlt. sup. de pignor. act. l. 9. sup. de pignor. l. 1. j. de distract. pignor.* Partum autem pignoris creditor non imputat in vsuras, vel in sortem, quia partus non est in fructu. Indignum est excellentia hominis, vt sit homo homini in fructu, & tamen in plerisque causis partus eodem iure sunt quo fructus: vt in hac causa pignorum. In hoc tractatu, sicut fructus fundi pignerati tacite pignori esse creduntur, qui scilicet a debitore percipiuntur, vel herede eius, *l 3. sup. in quib. caus. pignus tac.* ita partus ancillæ pigneratæ, qui eduntur, vel nascuntur apud debitorem vel heredem eius, tacite pignori esse creduntur, *l. 1. h. tit. l. fideiussor impetrauit, in fine, l. Paulus, §. 1. ff. de pignor.* Nec obstat, quod ita scripsit Paulus *2. Sent.* fœtus, vel partus eius rei, quæ pignori data est, pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes conuenit: quæ sententia omnino pugnat cum his, quę proposui ante, vt tacite fœtus, & partus sint pignori, cum dicat, non esse pignori, nisi ex conuentione expressa. Sed vitandæ absurditatis gratia, in quam verisimile est non incidisse Paulum, ea sententia suo & proprio casui coaptanda est, ita scilicet, vt intelligatur de fœtu, vel partu edito ante pignoris obligationem, vel etiam de partu edito post pignoris obligationem apud alium, quam debitorem, vel heredem eius, vel creditorem, veluti apud emptorem ancillæ pigneratæ, cui debitor eam vendidit sine consensu creditoris: Nam hoc casu fœtus, vel partus non potest esse pignori obligatus, non potest cadere in pignoris obligationem, quia nunquam fuit in bonis debitoris, cum sit editus apud emptorem. Et hæc est distinctio *d. l. Paul. §. 1.* distinctio eiusdem auctoris. Cui rursus obiicitur *l. si conue-*

A *nerit §. si fundus, ff. de pignor. act. l. 1. in princ. ff. de Salu. interd.* quæ leges partum ancillæ pigneratæ editũ apud emptorem ancillæ, statuunt venire in pignoris obligationem, quod omnino pugnat cum illa distinctione *l. Paulus §. 1.* Et re diligentius inspecta, ita videtur hæc omnis res expedienda, & discernenda esse, vt dicamus partum ancillæ pigneratæ editum apud emptorem non venire in pignoris obligationem proprio iure taciti pignoris, quia nunquam fuit in bonis debitoris, licet apud eum conceptus sit: ob idipsum, quia non est (vt Stoici sentiunt, a quibus nostri auctores imbuti sunt) antequã in lucem editus sit. Et ideo in hac quæstione auctores nostri non conceptionis, sed editionis locum spectant. Sed tamen in actionem hypothecariam, qua creditor persequitur rem pignori obligatam, recte dicam venire
B fœtus eius, & fructus, & partus editos apud emptorem, aut iure expressi pignoris, id est, si conuenerit nominatim, vt pignori essent, & extent fœtus, fructus, vel partus, vt ex contrario indicat *l. 1. §. cum prædium, ff. de pignor.* aut venire arbitrio iudicis tanquam tacite obligatos, si etiam extent, & res principalis creditori adimplendo non sufficiat, quod est valde notandum *ex l. si fundus §. in vendicatione, in fine, ff. de pignor.* Et huius iuris color hic est (nam nullum ius est, quod careat ratione vera, aut colore) color, inquam, hic est, quia licet fœtus, fructus, partus nati apud emptorem nunquam fuerint debitoris, tamen res, ex qua nati, vel orti sunt, debitoris fuit tempore contractæ obligationis. Consumptos autem ab emptore partus, fœtus, fructus dicam neque venire arbitrio iudicis in actione hypothe-
C caria, id est, Seruiana, neque iure expressi pignoris, *d. l. 1. §. cum præd.* hac ratione, quia consumptio bonæ fidei emptoris absoluit, perficit & consummat adquisitionem fructuum, vel quasi fructuum, qui nunquam venditoris fuerunt, vt nec iure hypothecæ, nec arbitrio iudicis ab eo auocari possit post consumptionem, *l. quæsitum, ff. de adq. rer. dom. l. 4. §. lana, ff. de vsurp. & vsuc. §. si quis a non domino, de rer. diuis.* Et secundum hæc est accipienda *l. 1. de Salu. interd.* itemque *d. l. si conuenerit §. si fundus.* vt post venditionem ancillæ pigneratæ apud emptorem editus partus veniat in pignoris obligationem si exstet, & ancilla creditori non sufficiat: & vt veniat non directo iure pignoris, sed arbitrio iudicis, vt *d. §. in vindicatione*, & ita arbitrio iudicis veniat in actionem Seruianam, & in interdictum Sal-
D uianum, quia vtraque actio est arbitraria, *§. præterea, Institut. de action.* Et ita hæc quæstio dirimenda est omissa Accursii, & doctorum nostrorum distinctione, vtrum ancilla conceperit apud debitorem, vel creditorem, an apud emptorem, vtrum fructus seuerit emptor an debitor, quia iuris auctores, qui verius sunt Doctores & præceptores nostri, eam omiserunt, nec vllo loco spectarunt apud quem conciperet ancilla pignerata, sed apud quem eniteretur, & pareret.



AD TITVLVM XXV.

De remissione pignoris.

E EX hoc titulo licet intelligere pignoris obligationem nudo pacto vel expresso, vel tacito remitti, atque dissolui: sed non ipso iure, ne hoc dicamus, verum opposita exceptione pacti creditori agenti Seruiana, vt aperte docet *l. 2. hoc tit.* Et quod ait *l. maior, sup. de pign.* creditorem maiorem 25. annis, recte (vt *l. 13. eiusd. tit.* nam minori subuenire posset.) Maiorem, inquam, remissam pignoris conuentioné persequi non posse, id non est ita accipiendum, vt ipso iure non possit persequi, sed vt persequenti obstet exceptio doli mali, vel pacti ex *l. 2. hoc tit.* Et placet ratio *d. l. maior,*

maior, cum hoc solum pactum vel iurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur: vbi iurisdictio pro edicto accipitur, vt *l. 2. eiusd. t.* & disiunctio [*vel*] pro coniunctione, quia pactum quod fit de pignore, non vi sua, sed ex edicto prætoris actionem parit, *l. si tibi §. de pignore, D. de pact.* ex iurisdictione prætoris vires accipit. Nihil autem est tam naturale, quam quo genere quid colligatum est, id eodem dissoluere, *l. prout D. de solut.* Pignus nudo pacto contrahitur, ergo & nudo pacto perimitur: siue pacto remittatur & soluatur vinculum pignoris, siue remittatur sors principalis: nam sorte principali remissa, modo remissio facta sit ab eo, qui iure id facere potest, remissum etiam videtur pignus, *l. 5. hoc tit.* Omne pactum posteriore pacto dissoluitur, non ipso iure, sed per exceptionem, & eliditur verius, quam dissoluitur, quasi collisione facta duorum corporum duorumve iurium, *l. si vnus, §. pactus, D. de pact.* Videtur autem creditor remisisse pignus tacito pacto, si creditore sciente & tacente seruus pigneratus manumissus sit, & in libertate moratus, *l. 1. h. t.* cui est coniungenda *l. 1. sup. de seruo pign. dato man.* Item si res pignerata vendita sit a fisco sub hasta. Finge ex causa tributorum sciente & tacente priori & potiori creditore, sufficit silentium creditoris, vt non conuellatur fides hastæ fiscalis, quod est singulare in hasta fiscali *l. 8. h. t.* sicut illud in libertate, ex *d. l. 1.* Nam si ab alio quã fisco res pignerata vendita sit, non sufficit scientia & silentium creditoris, vt remisisse pignus videatur: Quid enim si securus sui pignoris suique iuris bene conscius vendi cernat pignus suum, nec tamen propterea remittat? Igitur necesse est, vt nominatim consentiat (hic casus est excipiendus) programmate, id est, libello publice proposito ab eo, qui pignoris auctionem facturus erat, admoniti fuerint creditores, vt adessent & adfuerint, nec contradixerint: quia hoc casu plane cõsensisse videntur & pignus remisisse, *l. 6. h. t.* Item remisisse intelligitur pignus, qui id reddit debitori, *l. 9.* Idemque est, si debitori reddiderit cautionem pigneratitiam, vel testamento reddi iusserit, vt *l. 7. huius tit. cap. 4. ext. vt lite pend. nihil innou.* Nam etiam, qui cautionem creditæ pecuniæ, qui chirographum reddidit debitori, vel qui id scindit atque corrumpit, creditum remisisse videtur, *l. 2. D. de pact.* Et inde Optatus Afer aduersus Donatistas: *extorta debitoribus chirographa reddebantur.* Nam redditio chirographi, est liberatio debitoris, quod etiam iisdem verbis est scriptum in epist. quadam August. ad Bonifacium. Et his congruenter D. Ambrosius 1. offic. *Est beneuolentiæ liberalitas, vt quod habes debitoris chirographum, scindens restituas, nihil a debitore consecutus debiti.* Et in lib. de Nabute cap. 13. *Cautionem quoque*, inquit, *si quam habui debitoris, scissam sine debiti recuperatione reddidi.* Et similiter, qui seruo suo reddidit instrumentum seruitutis, quo probatur eum seruum eius esse, videtur eum manumisisse *l. vnic. §. pen. sup. de lat. libert. toll.* Semel autem remissa hypotheca, semel remissum pignus, etiamsi fuerit generalis hypotheca præsentium futurarumque rerum pignore retento a debitore, vel recuperato ab emptore, cum venditioni semel consensit creditor, nunquam restituitur, nisi nouo pacto. Et hæc est sententia *l. 4. & l. vlt. h. t.*



AD TITVLVM XXVI.

Etiam ob chirographariam pecuniam, &c.

NOn tantum remissione pignus perimitur, vt docuit superior tit. sed etiam, vt docet hic, nouata debiti obligatione: vt si creditor, quod sibi Titius debet sub pignore certo, animo nouandæ obligationis dari stipuletur a Caio non repetito eodem pignore. Repeti potuit, vel consentiente Titio, qui est pignoris dominus, vel Caio, vt ponit constitutio huius tituli, in quem translata est obligatio, dominium pignoris adepto: aut si repetitum non sit, nouatione pignus peremptum est, quia prior debitor liberatus est qui dederat pignus. Et hoc quoq; genere fideiussores prioris debitoris liberantur, & vsuræ consistunt, id est, currere desinunt, *l. nouatione, ff. de nouat.* Repetito autem eodem pignore, etiamsi creditor agat aduersus Caium, in quem transfusa est obligatio, actione personali ex stipulatu, eumque condemnet sententiam consecutus aduersus eum, pignus quod repetitum est, non perimitur, quia non condemnatione debitoris, sed solutione a debitore facta pignus perimi edictum prætoris de Seruiana actione manifeste declarat, vel superioribus modis, id est, remissione aut nouatione, & nouatione quidem voluntaria, quæ fiat ex consensu creditoris & debitoris, & expromissoris, in quem transfunditur obligatio noua: Nam nouatio necessaria non perimit pignus quæ contingit iudicio damnato debitore, & dicitur necessaria, quia iudicium redditur in inuitum, *l. inter stipulantem §. 1. D. de verb. oblig.* Vnde etiam noster Theophilus deducit, *actionis* nomen, *quod agat, & compellat inuitum.* Et nouatio fit iudicio damnato debitore. quia pro pristina actione creditori datur noua actio, id est, actio iudicati, *l. grege §. etiam, l. si fundus §. si pluris, D. de pignor. l. 3. §. & ideo, sup. de vsur. rei iudic.* Voluntaria ergo nouatione pignus, quod prior debitor dederat, nec repetitum est, perimitur, quia & eius debitoris, qui id dederat, principalis obligatio perimitur mutato debitore per nouationem. At nouatione facta necessaria, idem debitor manet obligatus. Ergo & pignus quod dedit debitor, non mutatur, sed actio tantum mutatur. Et hæc differentia inter nouationem voluntariam, & necessariam proponitur initio huius constitutionis, & pars eius, quæ est de nouatione necessaria, repetitur in *l. 8. sup. de pignor.* Sunt autem & in multis aliis rebus multæ aliæ differentiæ inter hanc & illam nouationem. Nouatio voluntaria perimit priuilegium pristinæ actionis, veluti tutelæ, aut dotis, si hoc agatur: necessaria non item, *l. aliam, D. de nouat. l. quæsitum, D. de reb. auctor. iud. possid.* Facta nouatione voluntaria vsuræ non currunt, quæ cucurrerant ante *l. nouatione, D. de nouat.* Facta nouatione necessaria, id est, lite contestata factoque iudicio, vsuræ currunt, *l. lite, D. de vsur.* quæ secundum inscriptionem est coniungenda cum *d. l. nouatione.* coniunctio patefaciet differentiam. Item facta nouatione voluntaria pœna promissa, si ad diem pecunia non solueretur, non committitur *l. si creditor, ff. de nouat.* Facta necessaria, committitur, *l. cum stipulati sumus, ff. de verb. obligat.* Item nouatio voluntaria tollit ciuilem & naturalem obligationem: necessaria, quæ ex iudicato manat, non tollit naturalem, *l. Iulianus, ff. de condict. indeb.* Ac postremo nouatio voluntaria aufert creditorib. hereditariis commodum separationis bonorum, non quæ fit ex necessitate, non necessaria nouatio, *l. 1. §. illud sciendum, & l. vlt. ff. de separat.* Hæc autem constitutio, proposita illa differentia inter nouationem voluntariam & necessariam, deinde id proponit, quod solum habet rubrica, quasi præcipuum caput huius constitutionis, vel præcipuum finem: hoc nimirum, illum, qui pignus accepit ex causa certæ pecuniæ creditæ, etiam id pignus retinere posse opposita exceptione doli mali ex causa alterius pecuniæ creditæ sine pignore, nudo chirographo, quæ chirographaria pecunia dicitur, licet eius pecuniæ nomine pignus acceptum non sit. Denique pecuniam aut esse hypothecariam siue pigneratitiam, puta si debeatur sub pignore certo, aut esse chirographariam: Et ob pecuniam hypothecariam creditori & retentionem competere & persecutionem pignoris, id est, actionem hypothecariam: Ob chirographariam autem pecuniam competere retentionem tantum pignoris contracti pro-

pter aliam pecuniam, non persecutionem: & soluta ab eo, qui debet partim chirographariam, partim hypothecariam pecuniam, omni pecunia hypothecaria, debitorem agentem actione pigneratitia de recuperando pignore, quod soluerit pecuniam in quam pignus obstrictum erat, posse repelli per exceptionem doli mali, nisi etiam soluat chirographariam pecuniam quam debet. debitorem repelli constitutio ait: Nam secundus creditor, vt subiicit eadem constitutio, non repellitur, si primo creditori offerat pecuniam hypothecariam tantum, non etiam chirographariam: Satis enim est, si priori creditori offerat pecuniam, quæ sub pignore debetur, vt sibi pignus confirmet, & in locum subeat primi creditoris, & aduersus eum agat cum effectu actione hypothecaria. Et hæc est sententia huius constitutionis valde singularis. Singulari constitutioni dedit singularem titulum; nam & similis alia vel constitutio, vel iuris auctoritas, quæ idem statuat, nulla est. Et ratio constitutionis (quæ non est omittenda) hæc videtur esse, vt scilicet non tantum ob pigneratitiam pecuniam, sed etiam ob chirographariam pignus possit retineri a creditore iure exceptionis oppositæ actioni pigneratitiæ, quam intendit debitor soluta pecunia hypothecaria, quæ est breuis interpretatio Rubricæ: Ratio, inquam, huius iuris hæc videtur esse, quod improbe facere videatur debitor. quamobrem & repellitur exceptione doli mali, qui id tantum æs alienum dissoluit, quod sub pignore debet, quia id non tam sua sponte facere videtur, quam coactus vinculo, & nexu pignoris, quo forsitan indiget, plane demonstrans, se id nunquã aut vix exsoluturum, quod debet sine pignore: quæ improba mens, & cogitatio debitoris merito coercetur, etiam retento pignore ob æs alienum chirographarium, tametsi propter id obligatũ non sit. Et longe alia est ratio secundi creditoris, qui vltro primo creditori offert, quod ei ipse non debuit. Et quæ est secundi creditoris, eadem etiam ratio est extranei cuiuslibet, qui vltro offert creditori pro alio, quod ipse non debet, *l. Paulus §. vlt. D. quib. mod. pign. vel hypoth. sol. l. mulier, D. qui pot. in pign.* Eademque ratio primi creditoris, qui vltro offert secundo, quod ei debetur. Nam & primum secundo offerre posse, (quod Accursius notauit *in l. 1. sup. qui pot. in pign. hab.*) verissimum esse probat Paulus *2, Sentent. tit. 13.* his verbis, *Prior creditor secundum creditorem, si voluerit dimittere non prohibetur, quanquam ipse in pignore sit potior.* Eadem quoque ratio est, si vltro dominus rei quam alius pignori habet, consentiat ex beneuolentiæ liberalitate quadam, vt eam rem suam pignori opponat: quia & hoc casu a creditore pignus retinebitur ob pecuniã tantũ propter quam obligatum est: non etiam ob pecuniã chirograph. sine noua voluntate domini, argumento *l. item quæritur §. qui impleto, D. loc.* Et hæc fuit sententia Placentini, quam confirmat, quod in specie huius constitutionis, si bene inspicias, proponitur, pignus fuisse repetitũ translato debito simul atque dominio pignoris in alium, non etiam consentiente domino, a quo debitum in alium translatum est, facta nouatione voluntaria. At constitutioni huius tituli valde obstat *l. solutum §. si in sortem, ff. de pigner. act.* quæ docet pignus obligatum in vsuras tantum, siue ex pacto, siue ex stipulatione debitas, vsuris solutis, non posse retineri ob sortem chirographariam. Et idem esse lex ostendit ex diuerso, vt pignus obligatum in sortem tantum non possit retineri ob vsuras chirographarias. Et hoc quidem verum esse etiam probat *lex 4. sup. de vsur.* Et facile admittitur ab interpretibus odio (*vt aiunt*) vsurarum. at illud videtur esse falsum primum, vt pignus acceptum in vsuras tantum, non possit retineri ob sortem chirographariam tantũ, quod tamen proponit *d. §. si in sortem.* & pugnat id omnino cum hac constitutione. At fortiter defendi posset, in *§. si in sortem*, sic esse legendum, *si in sortem duntaxat, non in vsuras*, vt docuit *Obseruatio 5. & 15.* Sed esto, nihil mutemus, vt refractarii volunt, & volunt nulla alia adducta ratione certa & perspicua, qua socient concordiam huius constitutionis *& d. §. si in sortem*, nihil, inquam, mutemus: Nam & Basilica nihil mutant, & non est, cur ob vsuras chirographarias denegemus pignoris retentionem potius, quam ob sortem chirographariam: Nam odium vsurarum, quod interpretes isti rei affingũt, iure ciuili nullum est. Nihil denique iure ciuili scriptum odio vsurarum: nec enim iure ciuili sunt odiosæ vsuræ: Nam & quod dicunt, vt pecuniæ creditæ vsuræ nõ possint peti ex pacto facto in continenti in credenda pecunia, quod est verissimum *l. 3. sup. de vsuris; L. Titius ff. de præsc. verb. l. idemque §. si Titio, ff. mand.* Quod, inquam, dicunt, hoc fieri odio vsurarum, falsum est. Et verissima causa huius rei in eo posita est, quod pacta incontinenti adiecta contractib. stricti iuris, quale est negotium creditæ pecuniæ, non pariant actionem, siue petitionem, sed exceptionem tantum: nam vt etiam actionem pariant, est receptum tantum in contractibus bonæ fidei, *l. in bonæ fidei, sup. de pact. l. iuris gentium, §. quin imo ff. eod.* Nec pugnat *l. lecta, ff. de reb. cred.* quæ pactum inesse dicit stipulationi strictæ, non vt actionem pariat, id est, ex parte actoris, sed ex parte rei, vt pariat exceptionem tantum. Et probabilius rem omnem sic explicabimus, & hanc constitutionẽ cum illo §. sic in concordiam adducemus probabiliter. Hæc constitutio loquitur tantum de duplici sorte, de duab. sortibus, nempe hypothecaria, & chirographaria, vt soluta hypothecaria sorte, ob chirographariam pignus retineri possit. non loquitur de sorte & vsuris, sicut ille §. vt vel ob sortem chirographariam solutis vsuris retineatur pignus acceptum in vsuras duntaxat: vel contra, vt ob vsuras chirographarias soluta sorte retineatur pignus acceptũ in sortem tantum. Et non est recedendum a finibus quos hæc constitutio circumscripsit, quia cum sit singularis, restrictius accipienda est. Proinde dices non improbabiliter, constitutioni locum esse, si agatur de duabus sortibus hypothecaria & chirographaria: non si de sorte chirographaria, & vsuris hypothecariis & contra: Nam & Placentini, *vt ante dixi*, sententia placet, ad suos fines, suamque speciem coarctantis constitutionem hanc de pignore repetito post adquisitum dominium pignoris ei, in quem translata est obligatio facta nouatione: non etiam, quoniam hunc casum constitutio non ponit de pignore repetito consensu domini & prioris debitoris: Et ideo hoc casu soluta pecunia hypothecaria, ob chirographariam pecuniam pignus retineri non potest sine nouo consensu domini, & prioris debitoris, a quo obligatio transit in alium.

AD TITVLVM XXVII.

De distractione pignorum.

Pignus non tantum remissione, aut nouatione voluntaria perimitur, quod superiores tituli demonstrarunt, sed etiam distractione iure facta a creditore, cui pignus iure obligatum sit, vt *l. 11. & 17.* vel ab herede eius *l. pen. h. tit.* Distractio enim pignorum non soluente debitore, est pignorum extrema linea, aut nouissima meta, adeo vt a creditore iure distractis pignoribus nullus supersit, qui habeat ius offerendæ pecuniæ, quia res non est integra: vel qui directa in rem actione, vel quasi Seruiana emptori eas res euincere possit *l. 1. & 2. sup. si antiq. cred. l. 8. & 18. h. tit.* a creditore, inquam, nam a debitore facta venditio non perimit causam pignoris, sed res transit cum sua causa, cum sua qualitate, & conditione, nisi fiat creditore consentiente & remittente pignus *l. 12. h. tit. l. 2. l. 4. l. pen. sup. de remiss. pig. l. creditor, ff. de diu. reg. iur.* Et a creditore tamen facta venditio pignoris

pignoris perimit causam pignoris, quia pro solutione cedit: nam ex pretio satisfit creditori in totum, vel ex parte: & si ex parte tantum ei satisfiat, vt puta quod pignus, non sit idoneum in omnem debiti quantitatem, quod minoris sit, quam debeatur, hoc casu pignus quidē perimitur, sed in id quod deest sorti principali, creditori superest actio peronalis aduersus debitorem, vel fideiussorem, aut mandatorem *l. 3. h. tit. l. quæsitum §. vlt. D. eod. l. creditor 2. D. de reb. cred. l. 10. sup. de obligat. & action.* Vel etiam eodem casu, cum pignoris pretium non sufficit, creditori competit actio hypothecaria ex generali clausula, quæ in pignoribus dandis adijci solet specialiter quibusdam rebus pignori datis, *vt cætera quoque bona debitoris, quæ habet, quæque habiturus est, pignori teneantur l. & quæ nondum §. 1. D. de pignor. l. 9. h. tit. l. vlt. sup. de remiss. pignor.* Videlicet quoniam hoc casu, quo specialem certarum rerum hypothecam sequitur generalis, prius est excutienda specialis, quam generalis *l. 2. sup. de pignor.* Si ex pretio rerum specialiter pignori datarum creditor solidum, quod sibi debetur redigere non potuerit, tum cætera bona debitoris ex generali hypotheca persequi potest, quæ est sententia *l. 9. h. tit.* Sicut e contrario si creditor plus redegerit, quam ei debeatur, vt plerunque pignora solent superare quantitatem debiti, hoc casu de superfluo creditor debitori tenetur actione pigneratitia, vt superfluum reddat debitori *l. vlt. h. tit. l. eleganter §. si vendiderit, D. de pignor. act. l. in fraudem §. si plus, D. de iure fisci: l. vlt. si vend. pign. agat.* Sed *l. vlt. h. tit.* addit hanc exceptionem, nisi aliud specialiter conuenerit, puta vt quod ex venditione pignoris conficeret creditor, totum id sibi haberet. Quam in rem hæc lex vlt. est admodum singularis. Neque vero hæc conuentio iniqua videri debet, cum & lex commissoria (id est, pactum commissorium) quod scilicet non soluta ad diem pecunia creditori addicit pignus quantumuis licet pretiosissimum: Hæc, inquam, lex ante Constantinum in *l. vlt. de pact. pignor.* in pignoribus fuit admissa, sicut etiam hodie admittitur in venditionibus. Illa autem conuentio, *vt quod creditor redegerit ex venditione pignoris totum sibi habeat*, quæ longe diuersa est a lege commissoria, non fuit improbata a Constantino. Ergo eandem exceptionem addi voluit superiori dicto, puta vt si minus quam debeatur ex pretio pignoris redactum sit, creditori residui petitio supersit. quod autem dixi, ita scilicet, nisi specialiter conuenerit, vt creditor contentus esset qualicunque pretio pignoris: Nam & Accursius testis est in *l. creditor, D. de reb. credit. & l. si pro mutua sup. si cert. pet.* eam conuentionem Venetos approbare, imo semper inesse existimauit pignori, quod tanti non est, quanta pecunia data est. Ex his autem intelligimus, hunc esse effectum distractionis pignorum a creditore factæ, vt pignus perimat, quia pretium eorum redit ad creditorem, neque referre, id pretium æquet sortē, necne: Nam si partem tantum sortis expleat, pignus omnino perimitur. Et in hoc distat solutio sortis a distractione pignoris: nam soluta parte sortis, etiamsi maxima parte, vt non nisi supersit vnus nummulus, pignus nulla ex parte liberatur, *l. 6. & 16. h. tit. l. si rem alienam §. omnis D. de pigner. act. l. rem, D. de euict. l. aliquando, D. ad Senatusc. Vellei.* Et ratio hæc est, quia non omnis sors peruenit ad creditorem, & edicto prætorio manifesto comprehensum est, quod proposuit de pignore, ne pignus liberetur, nisi omni pecunia soluta. ne ergo liberetur parte soluta quātacunque. At redacta parte sortis ex venditione pignoris, pignus in totum perimitur, quia omne pretium pignoris peruenit ad creditorem: sed quia non omnis etiā sors ad eum peruenit, creditori, vt dixi, residuæ sortis petitio est, *l. 3. h. tit.* Hoc etiam ex supradictis intelligere licet, pignoris a creditore recte distracti dominium transire in emptorem. Sed hoc vt liquet magis, hæc adhibenda distinctio est. aut creditor pignus possidet, aut debitor: Si creditor pignus possidet, rem pigneratam iure distrahendo, & tradendo emptori (traditio enim exigitur) dominium eius rei, eamque rem liberam in emptorem transfert, *l. 13. & 15. h. tit.* Neque est nouum, vt non dominus (veluti creditor, qui non est dominus pignoris) alii dominii causam præstet, vel præbeat: Nam & curator datus bonis distrahendis cum creditores missi sunt in possessionem bonorum omnium debitoris, tametsi non sit dominus, dominii causam præstat. Et ad hanc speciem videtur referendum, quod est in initio *l. non est nouum, D. de adquir. rer. dom.* cum ea collata *l. 2. D. de curator. bon. dan.* quæ eandem inscriptionem habet. Et distrahendo quidem, atque tradendo creditor dominium transfert in emptorem, siue voluntate debitoris id faciat, id est, ex pactione, siue citra pactionem, & voluntatem debitoris, debitore ter denuntiato, vt pignus reluat, & repigneret si velit, videlicet cum pignus simpliciter contractum est, vel ea lege, ne distraheretur: Nam ea lex siue pactio, *ne pignus distrahatur*, est contra naturam pignoris: nam pignus non est pignus, aut inutile est & futile, nisi quandoque distrahi possit. Ea igitur lex, cum omnino sit contra naturam pignoris, non omnino tuenda est, vt in *l. cum precario, D. de prec. §. de illa, Institut. de societ.* Neque tamen ea lex statim prorsus reiicitur, cum sine trina denuntiatione, quæ fiat per interualla iusti temporis solemniter, & testato non possit creditor ab illa lege migrare *l. 4. D. de pignerat. act.* Sic ergo statuamus ex pactione, vel ex trina denuntiatione creditor pignus recte distrahit, etiam inuito & obnuntiante debitore, vt in *tit. seq.* nec propter obnuntiationem debitoris, qui vetat distrahi pignus, videtur res litigiosa distrahi *l. 1. ĵ. de litigios.* Sicut nec si contendat debitor, creditorem sibi concessisse precariam possessionem pignoris, quia neutro casu debitor pignoris controuersiam facit: Non si obnuntiet creditori, si interdicat ne vendat, non enim propter hoc negat, rem esse pignori obligatā. Non etiamsi a creditore debitor pignus precario acceperit, & se accepisse dicat, vt quotidie data pignora debitorib. rogantibus precario conceduntur: nam ea precarii concessio non est remissio pignoris, argumento *l. 4. sup. de his qui a non domin.* Igitur debitor qui dicit se precario pignus possidere, non facit controuersiam pignoris, non facit rem litigiosam, quia non ideo dicit remissum esse pignus. Si debitor negaret rem esse pignori nexam: vel si diceret iam esse solutam nexu pignoris, faceret controuersiam pignoris: & ideo, si creditor eam distraheret, incideret in pœnam venditæ rei litigiosæ, & re iudicata secundum intentionem debitoris, ea res auferretur emptori *l. vlt. inf. de litigios.* Et secundum hæc omnia est accipienda lex 2. *h. tit.* cuius explicatio non erat in facili. Et hæc de creditore qui pignus possidet. Quod si debitor pignus possideat, quod creditor tentat iure suo distrahere, vt potest, debet creditor prius debitori possessionem pignoris auocare per iudicem, per actionem hypothecariam, & deinde distrahere & dominium transferre in emptorē, vt *l. 14. h. tit.* & si non auocet possessionem debitori, etiam pignus distrahere potest, verum dominium eius non transfert in emptorem, quia nudo consensu ex causa emptionis, vel permutationis, vel donationis, vel dotis sine traditione dominium non transfertur *l. traditionibus, sup. de pact.* Adquiri potest dominium ipso iure sine possessione, fateor, veluti ex causa legati, vel ex causa legis *cum duobus §. idem respondit, D. pro soc.* Sed non ex causa emptionis, quæ perficitur quidem nudo consensu: sed nudo consensu sine traditione, sine possessione, quam tradat emptori, venditor, dominium non transfert. Quid ergo, si debitore possidente pignus, creditor vendat pignus, non tradat, quod etiam non habet? Satis erit si emptori cedat ius suum, id est, persecutionem pignoris, *l. pen. D. de distract. pignor. l. emptori,*

D. de heredit. vel act. vendit. Ad hæc notandum est, vt A valeat venditio pignoris a creditore facta, multa desiderari, quæ perstringam paucis: videlicet, vt fiat a creditore, cui pignus iure obligatum, nec dum finitum, vel extinctum sit, & cui sit ius distrahendi, puta vt fiat a potiori creditore & ex pacto, vt in *l. pen. D. de pignor. act.* vbi Florentiæ ita est scriptum : *In venditione quæ fit ex facto.* Interiecta distinctione, quæ est tollenda & manifesto legendum, *quæ fit ex pacto*, vt in §. *creditor, Institut. quibus alien. lic. quæ fit ex pactione, & l. 7. h. tit. quæ fit non refragante lege contractus.* Verum adde, ex pacto, vel citra pactum præcedente trina admonitione, siue denuntiatione, vt debitor pignus luat, ne distrahatur, *d. l. 4. D. de pignerat. act.* Dixi paulo ante, *nec dum finitum sit pignus*: Nam finito pignore solutione sortis totius, vel obsignatione, & depositione, vt *l. 8. h. tit.* vel ex fructibus pignoris perceptis a creditore, qui imputantur in sortem, redacta omni sorte *l. 1. h. tit.* vel remisso pignore, aut nouata debiti obligatione, vel alio quocunque modo finito pignore, manifestum est nullum superesse ius distrahendi pignoris. Est etiam hic casus singularis *l. 5. h. tit.* quo oblatio nuda impedit distractionem pignoris, si reliquator, *qui doit seulement quelque reste*, offerat creditori cognitionem, petens arbitrum rationibus excutiendis (*Venons à compte*,) & offerens reliqua, quæ restiterint excussis rationibus apud iudicem. Hæc honesta petitio debitoris, qui petit arbitrum discutiendis rationibus dicens, *se paratum esse soluere, quod reliquum fuerit*, facit vt non possit creditor iure pignus distrahere, *l. 5. h. tit.* Item necesse est, vt venditio pignorum fiat publice auctore iudice, vt fiat solemniter, & sub hasta præconis, qua ex re proprie distractio dicitur, quia sub hasta, si plures res oppigneratæ sint, vel si sit generalis hypotheca omnium bonorum plerunque, vt Marcus Tullius ait in Quintiana, *reliquiæ vitæ debitoris lacerantur & distrahuntur in varias personas.* Item, necesse est vt antequam fiat auctio publica, vel subhastatio, eam in celeberrimis locis ciuitatis proscribi, atque proponi, vt cuique liberum sit ad eam accedere & licitari, quantum libuerit *l. 4. h. tit.* Item siue ex pacto creditori non liceat distrahere, ante omnia ter denuntiari debitori debet, vt pignus luat, ne distrahatur: siue liceat ex pacto distrahere, etiam semel denuntiari debet debitori maxime absenti ab eo loco, quo fit proscriptio : Nam quod proscribitur, præsenti debitori denuntiari necesse non est: Nec enim iuste potest causari præsens debitor, se ignorasse, quod omnis populus sciuit, aut scire debuit, cum esset publice affixum programmate, *res illas, vel illas esse venales, & venum ituras illa, vel illa die.* Cæterum absenti debitori denuntiari debet, &, vt ait d. lex 4. quando licet, id est, quando est copia testium, testato creditor debitori dicere debet, vbi, *dicere* accipitur pro *condicere*, id est, denuntiare : vt veteres *municare* pro *communicare*, & *mentari* pro *commentari*. Item, vt ait d. lex 4. 7. 9. & 10. & plenius explicabitur *in tit. 29.* creditor, qui pignora distrahit, nihil debet agere per fraudem, per collusionem, per ambitionem, & gratiam, sed bona fide sibi rem gerere. Hæc sunt verba *leg. 4.* bona fide sibi rem gerere, hoc est, suum negotium gerere, vt loquitur lex *pen. D. de pigner. act.* quæ explicanda est paucis. Iam ostendi in E illa esse legendum (*ex pacto*) pro (*ex facto.*) Sed sententia eius legis hæc est: si pluris distractum sit pignus, quam debeatur, creditorem de superfluo teneri debitori, vt superfluum restituat actione pigneratitia, nec liberari creditorem, si velit debitori emptorem delegare, qui nondum soluit pretium illud ingens, quo pignus væniit supra modum debiti principalis, nisi deleget emptorem debitori suo periculo, id est, suscepto in se litis periculo, vt *l. eleganter §. si vendiderit, eod.* Et cur non liberetur creditor delegando debitori emptorem, hæc est ratio, quam illa lex ponit, quia in venditione, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, vt scilicet recipiat, & seruet, quod sibi debetur: Nam si alienum negotium gereret, delegatio pro iusta præstatione esset, etiam non suscepto litis periculo *l. si procuratorem §. vlt. D. mand.* At quia suum negotium gessit, delegatio emptoris non liberabit creditorem, nisi in se suscipiat litis periculum. Et obseruandum est hæc verba (*sibi rem gerere*) in hoc titulo dupliciter accipi in hac *l. 4. sibi rem gerere*, id est, suum negotium gerere sui crediti seruandi causa in *l. 10. h. tit. sibi rem, vel negotium gerere creditorem*, est sibi emere pignus, quod creditor neque per se, neque per mediam personam efficere potest, quoniam est absurdum, eundem esse venditorem, & emptorem, imo nec vendidisse videtur, qui rem semper tenuit. Et ideo rem semper tenente creditore, qui B finxit se vendidisse, ac si nulla venditio interuenisset, quasi re integra, licet debitori oblata pecunia pignus repetere, nisi specialiter conuenerit, vt id creditor retineret: in *l. 10.* ab officiali, siue apparitore, qui extra ordinem in causam iudicati pignus, quod cepit, distrahit, creditor emere potest *l. 2. sup. si in causa iudic.* itemque a debitore, *l. rescriptum, D. de distract. pignor.* Et ab emptore, cui ipse bona fide vendidit pignus, id etiam redimere potest, vt in hac *l. 10.* non etiam a seipso, siue quod idem est, per imaginariam, & subiectam personam. Et ita Paulus *2. Sent. tit. 13. si creditor pignus suum inuito debitore per suppositam personam comparauerit, emptio non videtur: & ideo quandoque lui potest: ex hoc enim causa pignoris, vel fiduciæ finiri non potest.*

C

AD TITVLVM XXVIII.

Debitorem venditionem pignoris impedire non posse.

Est etiam hic titulus de distractione pignorum, & docet, recte pignora a creditore distrahi contra obnuntiationem vel prohibitionem debitoris, si debitor non soluat omnem pecuniam, vel obsignet omnem, atque deponat, si debitor moriens cauerit, ne vlla prædia sua, ex quibus quædam creditoribus oppignerata erant a se, id est, extra nomen suum familiamue suam venundarentur, adiecta pœna, vt quæ venirent exteris, redigerentur in fiscum, vt in D specie *l. pater §. fundum, de leg. 3. & l. 1. h. tit.* in qua [*a se*] sicut dixi, interpretor extra nomen suum, vt a filiis, a liberis vendere in *l. 3. C. Theod. de dotib & Nou. Seueri, de abrog. capit. iniust.* id est, extra nomen liberorum. Hæc autem prohibitio debitoris, *ne a se prædia alienentur*, id est, extra suos, suique nominis successores, non lædit ius creditorum, quibus prædia obligata sunt *l. filiusfam. §. Diui D. de legat. 1.* Nec videtur ea prædia mala fide emisse, qui non ignarus prohibitionis scriptæ testamento debitoris, ea a creditore comparauit, nec eo nomine fisco vlla tenetur actione, ad quem scripserat testator, vt prædia pertinerent quæ alienarentur exteris : Nam hæc oratio fisco nullam actionem parit, iure pignorum ea distrahentibus creditoribus exteris personis. Idemque est, si contra quamcunque aliam prohibitionem debitoris scienti & forte denuntiato quoque emptori, si contra aliam quamcunque denuntiationem debitoris creditor pignora rite distrahat *l. 2. h. tit.* Nam & ea denuntiatio rem litigiosam non facit *l. 1. ff. de litigios.* quia nuda prohibitio est, quæ fit hoc sermone nudo (*veto ne vendas, aut ne emas*,) cui nulla inest controuersia proprietatis, aut obligationis iure contractæ. Denique nuda prohibitio est, quæ non impedit ius creditoris hypothecarii, ius distrahendi pignoris.

AD TITVLVM XXIX.

Si vendito pignore agatur.

EST etiam hic titulus de distractione pignorum, & pertinet ad id, quod in illo habuimus, *l. 4. 7. 9. 10.* creditorem in distrahendis pignoribus sinceriter, & bona fide debere versari. Et vt paucis ea comprehendam, quæ in hoc titulo ea de re cótinentur: an vt iure fit venditio pignorum a creditore, aut non iure. Iure fit etiamsi fiat mala fide, & dolo malo in fraudem debitoris, puta minore pretio distracto pignore, non dolo dante causam emptioni, id est, circumscripto emptore in hoc ipso vt emeret, quod corrumperet etiam & vitiaret emptionem, quia est bonæ fidei contractus: Sed fraude tantum admissa in faciendo pretio, nihilominus iure venditio fit, modo solemnia iuris obseruentur & rit. s, & is vendat, qui ius vendendi habet. Non iure fit venditio pignoris si desint solemnia iuris, vel si is vendat, cui non est ius vendendi & ad hunc secundum casum pertinet, *l. 2. h. tit.* ex qua intelligitur hoc casu, cum non iure facta est venditio pignorum, esse in arbitrio debitoris, vt rem vindicet ab emptore, & vt sentio, non reddito pretio emptori, quia cum ipso iure nulla sit venditio, debitor eius rei dominus permansit, & iure ordinario eam vindicat vt dominus. Ergo redditio pretii ei non incumbit. Dominus a quocunq; vindicat rem suã sine damno suo, sine impensa: Nam cur reddat pretium emptori rei quæ sua est, & quam ipse non vendidit, aut cui vendendę adsensus non est? Hoc verum esse comprobant multæ admodum leges *l. 2. sup. de furt. l. si sciens, sup. ad Senatusc. Vellei. l. 1. sup. de præscript. trig. ann.* in qua, quod notandum, ponitur non iure facta venditio, cum eam venditionem, de qua illic agitur, appellet vitiosam & iniustam. Adde etiam *l. 3. & l. si mancipium, sup. de rei vindicat. l. 2. sup. ne rei dom. vel temp. l. super empti, ꝟ. de euiction.* Neque dicas in hoc casu cum non iure væniit pignus, pretium rediisse in rem debitoris, quasi liberatus sit obligatione ad finem pretii, qua ratione merito cogeretur reddere pretium emptori, quod in rem eius versum est. Sed dico non posse videri versum in rem eius, quod emptor, cui res euincitur a debitore, mox est repetiturus a venditore actione ex empto *d. l. super empti.* Est etiam in hoc casu in arbitrio debitoris, si hoc malit, vt agat aduersus creditorem, qui non iure vendidit pignus actione pigneratitia in id quod interest, in quo continetur iustum pretium rei, vel res ipsa. Et ita est accipienda *l. 2. h. tit.* Et hæc de venditione non iure facta. Quod si iure facta sit venditio, sed dolo malo in perniciem debitoris, puta re addicta viliori pretio, non dolo dante causam contractui, hoc casu debitori offerenti pecuniam debitam in creditorem competit actio pigneratitia, qui minoris vendidit dolo malo in id quod interest, in quo continetur res ipsa, vel iustum pretium *l. 4. & 7. sup. de distr. pignor. l. 3. inf. de iure fisci.* In creditorem, inquam, debitori hoc casu competit actio pigneratitia in id quod interest: in emptorem nulla competit actio, quamuis & ipse emptor in eo negotio mala fide versatus sit, dum curauit sibi minore pretio rem addici: præterquam in hoc casu, si creditor soluendo non sit: Nam hoc casu in emptorem, qui fraudis vel gratiæ conscius, & particeps fuit, debitori extra ordinem restituitur actio in rem, rescissa venditione, & re euicta emptori cum fructibus, eidemque vicissim reddito pretio cum vsuris, quæ est sententia, *l. 1. & 3. h. tit.* Extraordinario remedio opus est in emptorem, deficiente creditore facultatibus, id est, restitutione in integrum opus est, quia ipso iure pignoris dominium transiit in emptorem. Fuit enim iusta emptio venditio. Emptor hoc casu non tenetur nisi in subsidium, id est, deficientibus facultatibus creditoris, siue creditore non existente soluendo. Vnde notandum est, prius excutiendum creditorem, quam emptorem etiam malæ fidei. Et ratio hæc est, ne temere conuellatur fides hastæ fiscalis, auctionisque publicæ, quæ iure perfecta est, nec aliter, quam si aliunde debitor suum seruare non possit, id est, quod sua interest. Notandum etiam est, debitorem rescindentem venditionem pignoris iure perfectam, pretium & pretii vsuras restituere malæ fidei emptori, vt aperte ostendit *l. 1.* Et ratio quidem hæc non est, quod pretium versum sit in rem debitoris, vt glossæ aiunt, quia non videtur versum, quod non durat versum, *l. 10. §. versum, D. de in rem verso*, id est, quod reddi oportet. sed vera ratio hæc est, quia emptori, qui ex iusta emptione factus est dominus rei, debitor rem auellit, & adimit domino per restitutionem in integrum, creditore non existente idoneo. Vnde æquum est, vt vnusquisque ius suum integrum recipiat; debitor rem cum fructibus, emptor pretium cum vsuris, quia omnis restitutio in integrum est reciproca *l. quod si min. §. pen. D. de minor. l. 3. & 4. D. de iis, quæ vi metus caus. l. 2 sup. de vxorib. milit.* Et ita hæc quæstio definienda est. Sed adnotandum adhuc, in hanc quæstionem male adduci, *l. si fundum sciens, ꝟ. de euiction.* In glossa est corrupte scriptum *l. si prædium*, quoniam ea lex non quærit de eo, de quo instituimus sermonem, an is, qui rem euincit emptori, ei debeat reddere pretium quanti emit rem ab alio, sed quæstio illius legis longe alia est, an emptori re euicta ab alio, debeat venditor emptori reddere pretium. Et lex ait, non debere, si emptor scierit tempore emptionis rem esse alienam, nec sibi cauerit de euictione. Sed quæstio hæc est aliena a proposito nostro. Et hoc tantum ad extremum admonendi sumus, legem 4. huius tituli esse accipiendam de venditione pignorum, iure quidem facta, sed mala fide, id est, viliore pretio, quod (ne quis in hac re dubitet, quæ dubia est inter interpretes) indicant illa verba *(cum contra bonam fidem)* non dicit, cum non iure factam, sed contra bonam fidem. Et paulo post *(quæ mala fide gesta præstiterit.)* Ad quæ verba dico etiam referenda esse hæc legis quartæ verba *(non obseruatis quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueuerunt,)* ita vt dicat lex, mala fide omissa fuisse ea, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueuerunt, id est, omissas fuisse frequentes, & liberas indicationes, adiectiones, licitationes, per fraudem & collusionem creditoris, vel ambitionem & gratiam, vt amico pignora addicerentur minore pretio, quam essent, non etiam fuisse omissa solemnia iuris: quoniam si omissa fuissent, debitori esset actio in rem quasi nulla emptione, etiam in emptorem bonæ fidei, iure dominii quod apud debitorem permansit, quod ab eo non transiit in emptorem facto creditoris, siue iniusta distractione. Et hæc lex quarta ita demum ait, teneri emptorem debitori actione in rem, si fraudis particeps fuerit, & consequenter, cum *hæc lex 4. ait*, hoc casu non tantum aduersus creditorem, sed etiam aduersus emptorem fraudis participem debitori esse actionem, hoc si accipiendum est seruato ordine scripturæ, vt prius excutiatur creditor, quam emptor iuxta legem primam & tertiam huius tituli ne solemniter & iure facta venditio rescindatur.

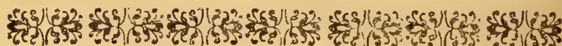
AD TITVLVM XXX.

De luitione pignoris.

PErtinet etiam hic titulus ad distractionem pignorum: Nam ex eo intelligitur, non impediri distractionem pignoris, nisi debitor luat pignus in solidum soluta omni pecunia. Et idem

in *l. hoc tit.* proponitur quod in *l. 16. sup. de distract. pign.* vnum ex heredibus debitoris soluentem pro hereditaria portione pecuniam debitam, non impedire distractionem totius pignoris, sicut nec debitorem soluentem partem pecuniæ debitæ, quia nulla ex parte pignus liberat, qui non totum soluit; vel vnus nummus, qui reliquus est, totum pignus tenet *l. 6. sup. de distr. pign. l. 2. sup. de debit. vendit. pign. imped. non poss.* Et hoc est quod dicitur indiuiduam esse causam pignoris *l. rem. D. de euict. l. heredes, §. idem obseruatur, D. fam. ercisc.* id est, obligationem pignoris non recipere diuisionem partium, licet res pignerata possit recipere diuisionem. Res est diuidua, obligatio indiuidua, id est, quæ non potest solui pro parte. Hæc species *legis* 1. *h. tit.* est aptanda etiam *legi* 2. quæ hoc tantum habet, *vincula pignoris durare, personali actione summota.* Hic figunt crucem ingeniosi, B quod videatur absurdum, vt duret vinculum pignoris submoto principali vinculo: & valde quærunt, quo casu id eueniat, cum in promptu sit lex 1. quæ hunc casum suppeditat: Nam vnus ex pluribus heredibus debitoris soluendo pro portione hereditaria liberat se personali actione, quæ inter coheredes lege 12. tabul. diuiditur pro portionibus hereditariis. Et generaliter personales omnes actiones tam actiuæ, quam passiuæ ex 12. tabulis, id est, ipso iure diuiduntur inter coheredes pro hereditariis portionibus, vt neque in plus teneantur singuli heredes, neque in plus teneant debitores hereditarios *l. 1. sup, si cert. pet.* Ergo vnus ex heredibus debitoris soluendo pro parte hereditaria, omnino se liberat actione personali: sed suam partem ex pignoribus non liberat, quia indiuidua est causa pignoris. Itaque quamdiu reliquum non soluitur ab aliis coheredibus, creditor totum pignus vendere potest, computato eo, quod C ab vno ex heredibus accepit, & pretio redacto ex venditione pignoris, & superfluo reddito heredibus debitoris. Sic igitur fit, vt submota actione personali, quod ad personam attinet heredis, qui soluit pro sua parte, duret tamen omnino vinculum pignoris, & actio hypothecaria. Nec obstat regula iuris, *cum principalis causa non consistit, nec ea quidem, quæ sequitur, locum habet,* quoniam hæc regula sic intelligitur, vt si ab initio non valeat obligatio personalis, non valeat etiam actio hypothecaria: vel si ab initio non valeat paternum testamentum, nec valeat pupillare, quod est sequela paterni. At quæ ab initio valet obligatio personalis, si postea dissoluatur, non continuo etiam dissoluetur hypothecaria, sicut nec postea submoto testamento principali, D pupillare non submouetur, *l. in rat. §. si filio, D. ad legem Fal.* Et in specie quam posui, quod attinet ad personam heredis, qui pecuniam soluit pro hereditaria portione, omnis obligatio personalis sublata est, & remanet tamen hypothecaria in totum. Et nullam aliam vellem apponere speciem ad l. 2. quam eam, quam suggerit vicinitas *l. 1.* & ipse tractatus. Sed dignum est, vt adnotemus, idem etiam euenire, vt sublata principali obligatione non tollatur hypothecaria in specie *l. seruum quem, D. de pignor. & l. qui occidit, §. 1., D. ad l. Aquil.* puta si creditor causa ceciderit, non merito causæ: nam merito causæ absoluto reo, & hypothecaria & obligatio principalis perimitur *l. si deferente, D. quibus mod. pign. vel hypoth. sol.* Sed si causa ceciderit culpa sua, vitio E suo (*sæpe bonæ causæ est instantia mala,* vt Tertull. de patient. ait, quæ facit, vt qui tuetur bonam causam ea cadat) vt si plus petat ab initio, vel etiamsi in causa appellationis ex præscriptione dierũ fatalium vincatur, quod iudicio non adfuerit in tempore, is litem amittit, non merito causæ, sed vitio suo, culpa sua, *vt supradictis ll. l. Heren. in fine D. de euict. l. Stich. §. pen. D. de sol. l. 5. sup. de pign. l. si express. D. de appell. l. 6. §. pen. D. de decur. & l. 9. D. si seruit. vindic.* Hoc ergo casu, cum quis vitio suo amittit actionem personalem, non amittit etiam hypothecariam, in quam nullam culpam admisit, vt *d. l.*

A *seruum quem, & l. qui occidit §. 1.* Idem etiam euenit in specie *l. debitor D. ad Treb & l. cum quis §. vlt. D. de solut.* puta si debitor creditori heres extiterit, vel contra: nam ista confusione tollitur actio personalis, non hypothecaria, quia fit confusio personarum tantum: pignus hæret in re, non in persona. Ergo confusis personis debitoris & creditoris in vnam, non confunditur pignus. Confusio personarum non mutat causam rei. Admitto etiam idem euenire (quod Accursius annotauit) sublata actione personali præscriptione triginta annorum: Nam hypothecaria durat vsque ad quadraginta annos, non aduersus omnes possessores pignorum, sed aduersus debitorem, vel heredem eius, vel secundum creditorem possidentem nomine debitoris, vel vtentem accessione temporis possessionis debitoris *l. cum notissimi, sup. de præscript. 30. annor.* At hic titulus quamuis (vt dixi) possit accommodari ad distractionem pignorum, tamen est potissimum de luitione pignoris, *du desgagement,* vt intelligamus eam esse indiuiduam, *vt l. 1. & 2. h. tit.* nec fieri post distractionem, *n'y a point lieu de desgagement depuis que la vente est faite,* sed ante: vel etiam post addictionem creditori factam intra biennium, vt dicemus tit. 35. Et *luere*, quod est verbum 12. tab. pro quo etiam dicunt *reluere, & pignerare,* non tantum esse soluere pecuniam, sed etiam deponere & obsignare publice, vel creditori dare in solutum, vel ei vendere pignus, pretio compensato cum debito: & luitionem pignoris debitori parere actionem pigneratit. de recuperando pign. quæ omnia proponuntur *l. 3. hoc tit.*



AD TITVLVM XXXI.

Si vnus ex pluribus heredibus creditoris vel debitoris partem suam debiti soluerit, vel acceperit.

Qvod habuimus tit. superiori, & in *l. 16. sup. de distract. pignor.* idem etiam *in hoc t.* 3 proponitur in *l. 2.* nec tamen superuacuo, sed vt hanc comparationem adornet, atque constituat. vt quemadmodum vnus ex heredibus debitoris, si soluerit pro portione hereditaria, actione personali liberatur, manente actione hypothecaria in solidum, in eum, si possideat, vel alios possessores, & creditore habente ius distrahendi totius pignoris, computato eo, quod vnus soluit pro sua parte *l. 2. h. tit.* Ita si vnus ex heredibus creditoris acceperit pecuniam pro parte sua hereditaria, vt actionem personalem amittat, hypothecaria maneat in solidum, possintque coheredes totum pignus vendere oblato eo, quod acceptum est, pro parte vnius heredis. Denique obligationem personalem, actiuam & passiuam esse diuiduam ex 12. tabul. hypothecariam vero indiuiduam.



AD TITVLVM XXXII.

Si pignoris conuentionem numeratio secuta non sit.

IN hoc titulo ostenditur non tantum chirographo creditæ pecuniæ, sed etiam cautioni vel dationi pignoris obstare exceptionẽ vel replicationẽ non numeratæ pecuniæ, si numerata .i. credita pecunia non sit: Nam etsi soluta principali obligatione, non semper soluatur hypothec. vt docui *tit.* 30. & 31. vbi tamen non cõsistit principalis obligatio, vel actio vbi excluditur exceptione doli, vel in factũ, puta non numeratæ pecuniæ, eadem exceptione excluditur etiam actio hypothecaria intra biennium continuum: Nam exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, *l. in contractibus, sup. de non*

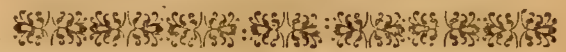
numer. pecun. vel ſi is, qui rem pignori dedit ſpe futuræ numerationis, poſt non ſecuta numeratione eam rem ſuam eſſe vindicet ab eo, cui dedit tanquam pignori, vt in *l. 1. h. tit.* vel etiam (quod poteſt) ſi aduerſus eum agat actione pigneratitia *l. ſolutum* §. 1. *D. de pigner. act.* & is vtatur exceptione dati pignoris, nec ſolutæ pecuniæ, hoc modo, vt concipiam formulam: *ſi non conuenit, vt ea res pignori nexa eſſet, nec dum pecunia ſoluta eſt:* ille qui agit, hanc exceptionem excludit oppoſita replicatione non numeratæ pecuniæ quæ in reum transferet onus probandi, a ſe redditam fuiſſe pecuniam, vt in *l. 3. ſup. de non numer. pec.* Igitur, quod ait *l. 1.* [*Nam intentio dati pignoris neque redditæ pecuniæ*] intentio dati pignoris, id eſt, exceptio dati pignoris, qua tuetur ſe creditor aduerſus eum, qui pignus dedit, quod nunc vindicat vel repetit. Intentio, id eſt, exceptio: Et etiam Baſilica ita recte interpretantur, propoſita veteri formula exceptionis his verbis: οὐκ ἀντίκειται παραγραφὴ ἡ λέγουσα, ἀλλ' εἰ μὴ δέδωκας τὸ χρέος: *Domino vindicanti pignus, quod anteuertit dare ante quam ei pecunia crederetur, quæ poſt non eſt ei credita, non opponi exceptionem hanc: At ſi non ſoluiſti pecuniam: niſi is, qui hac exceptione vtitur, probet ſe pecuniam credidiſſe.* Et hæc eſt ſententia huius tit.



AD TITVLVM XXXIII.

De iure dominij impetrando.

Creditor, qui diſtrahit pignus, de quo conuenit inter eum & debitorem, certe id addicere ſibi non poteſt, ne idem ſit venditor & emptor *l. 10. ſup. de diſtract. pignor.* ſed decurſis proſcriptionum, & haſtarum ſolemnibus, ſi non inueniat emptorem pignoris, pignus ei poſtulanti a Principe addici poteſt iure dominii, vt in *l. eleganter, D. de pignerat. act. l. ſi is, qui in aliena*, §. *vlt. D. de adquir. rer. domin. l. debitor, D. ad SC. Trebell.* Et hoc de pignore conuentionali. Sed idem fit etiam, ſi pignus captum ſit ex officio in cauſam iudicati: Nam & hoc non inuento emptore auctoritate Cæſaris creditori addici poteſt, *l. vlt. ſup. ſi in cauſa iudic. pign. capt. ſit.* Proinde idem etiam videtur dicendum in prætorio pignore, ſi non inueniatur emptor bonorum, vt a Principe addici poſſint bona debitoris vni ex creditoribus, vel omnibus pro ea quantitate, quæ debetur. Solus princeps hoc concedere poteſt, & facile concedit, id eſt, facile pignoris dominium addicit creditori, non inuento emptore, ſi ſit ſpeciale pignus, ſpecialis hypotheca. Ex generali autem hypotheca, nunquam princeps creditori addicit vniuerſa bona, quamuis vniuerſa ei pignerata ſint *l. 1. h. t.* ſed pro modo debiti tantum, id eſt, quantum debito ſatis eſt ſeruando. Huic autem beneficio Principis, quo creditori addicit dominium pignoris non inuento emptore, creditor videtur renuntiare, ſi poſtquam id impetrauit a Principe, vſuras pecuniæ creditæ, vt ſolebat, a debitore ſuo pergat petere, quæ eſt ſententia *l. 2. h. tit.* Nec rurſus variare poteſt, poſtquam petiit vſuras, & egit ex iure priſtino, id eſt, non poteſt ad beneficium principis reuerti, a quo ſemel receſſit petitis vſuris poſt impetratum reſcriptum principis, vt *l. pen. D. de lege commiſſ.* quia ſemel iam variauit, & variatio ſæpius admitti, inconſtantia multiplex admitti non ſolet. Nec obſtat, ſi dicas, eum non videri renuntiaſſe priuilegio ſuo, vel immunitati ſibi conceſſæ, qui quandoque ea non vtitur: vt veteranis datur immunitas a muneribus ciuilibus, quæ tamen non labefactatur, ſi veteranus aliquando ſua voluntate munus aliquod publicum ſuſcipiat *l. 2. D. de priuil. veter. l. voluntariæ, ſup. de excuſ. tut.* quoniam vt reſpondeamus) hoc verum eſt, cum priuilegium aut beneficium ſingulare, generale eſt; vt ſcilicet qui eo non vtitur in vna re vel perſona, non prohibeatur vti in aliis, nec videatur penitus ab eo receſſiſſe, aut ei renuntiaſſe: ſed ſi ſit beneficium ſpeciale, vt in hoc propoſito, puta, vt illud pignus tuum fiat iure dominii, & deſinat eſſe debitoris tui: Hoc, inquam, beneficium ſpeciale videtur contemnere, qui eo non vtitur, ſed poſtquam id impetrauit, pergit vti iure priſtino, & vſuras a debitore petere, abiecto beneficio reſcripti: quoniam in qua re potuit exercere beneficium reſcripti, plane ſe nolle exercere demonſtrat, cum maluit vti priſtino, quam nouo iure. Et ita eſt explicanda *l. 2. h. tit.* Ergo quoties non inueniuntur emptores pignorum, creditoribus poſtulantibus poteſt addici dominium pignorum, *que vous appellez, eſtrouſſer.* Confundunt interpretes vulgo omnes, *addicere*, & *adycere*, inter quæ multum diſtat. Addicere, *c'eſt encherir, ſupra adycere,* vt Cicero loquitur: addicere, *c'eſt eſtrouſſer.* Deficientibus ergo emptoribus beneficio Principis pignora addicuntur creditori iure dominii, ſed poſtquam addicta ſunt a principe, qui ſolus hoc concedere poteſt, adhuc licebat debitori, cuius dominio pignus abſceſſerat, per addictionem principis, intra certum tempus pignus luere, & dominium ad ſe reuocare, perinde atque ſi addictum pignus non fuiſſet creditori. Et olim quidem licebat luere poſt addictionem intra annum, vt *d. l. ſi quis in aliena*, §. *vlt.* hodie licet intra biennium ex conſt. Iuſtiniani, id eſt *ex l. vlt. hoc tit.* intra biennium poſt addictionem factam auctoritate principis. Et ex eadem conſtit. non addicitur pignus creditori iure dominii ante biennium poſt condemnationem debitoris, vel poſt denuntiationem ei factam vt pignus luat, ne diſtrahatur, videlicet ſi de pignore diſtrahendo nihil conuenerit inter contrahentes: Nam quod conuentum erit, tuendum eſt, ſiue conuenerit de tempore, quo veniret pignus, ſiue de loco, ſiue de pretio, ſiue de lege venditionis, vt in hac *l. vlt.* & *l. 5.* quæ ex hac l. explicanda eſt, *ff. de pign. act.* At ſi ea de re nihil conuenerit, ſi lex contractus huic rei non impoſuerit modum & finem, Iuſtinianus biennium præſtituit, non proſcribendo pignori, quod proſcribi & venum exponi quandoque poteſt, ceſſante ſolutione: ſed potiſſimum biennium præſtituit addicendo dominio pignoris poſt condemnatum, vel denuntiatum debitorem, vt ante biennium non addicatur dominium creditori auctoritate Principis: Et rurſus poſt addictionem, quæ fit tranſacto illo biennio, dat Iuſtinianus debitori aliud biennium luendo pignori, ſoluta omni pecunia, & vſuris, & ſumptibus litis factis in impetranda addictione a principe, & omnibus damnis æſtimandis, vt ait *lex vlt. iureiurando creditoris.* Atque ita ex iis longis temporibus quæ concedit Iuſtin. apparet ægre eum concedere creditoribus dominii impetrationem, & hoc quodammodo agere, vt nunquam obtineat, cum nolit addici ante biennium, & poſt biennium factam addictionem velit intra aliud biennium poſſe reſcindi oblato debito omni, & eo, quod intereſt, facta integra perfectaque luitione pignoris. Cetera ſunt facillima in *l. vlt.* & iam a nobis attacta in ſuperioribus.



AD TITVLVM XXXIV.

De pactis pignorum, & de lege commiſſ. in pignoribus reſcindenda.

In hoc tit. tractatur de pactis iuſtis vel iniuſtis quæ fieri ſolent in contrahendis pignoribus. Iuſtum eſt pactum, ſi debitor paciſcatur, *vt pecunia ad diem certam non ſoluta pignus cedat creditori.* Quo pacto *l. 1. h. tit.* hoc actum interpretatur, vt ad diem condictum non ſoluta pecunia, creditor pignus ſuo iure diſtrahat, non etiam vt id habeat iure emptionis pretio compenſato cum debito, & ſuperfluo præſtito, quod tamen agi poſſet inter contrahentes, & hoc pacto liberaretur

debitor, *l. 3. C. de luit. pignor:* qui tamen non liberatur A cedendo pignora, & sinendo, vt ea creditor distrahat: Nam si non sint idonea creditori, in eum superest actio de residuo *l. 1. sup. de pign.* Et hoc tantum velim vos adnotare *ad l. 1. h. t.* missis ceteris: Iustum etiam est pactum, vt pignus quod dedi euictionis nomine emptori, cui aliquis faciebat controuersiam rei, quam ei vendideram, ea re iudicata secundum emptorem, mihi restituatur, id est, vt perpetuo non teneatur in omnem causam euictionis, sed in hanc tantum, quæ vertitur inter emptorem & alium hoc tempore, hoc die, in qua si vincat emptor, hoc pacto agitur, vt pignus soluatur, & rata habenda venditio est, *l. 2. h. tit.* quæ tamen exigit, vt res sit integra, vt negotium sit in integro, id est, vt denuo idem pignus non sit obligatum eodem nomine *l. 4. sup. de remiss. pign.* Tres sunt leges h. t. Pacta, quæ proponuntur in *l. 1. & 2.* B iusta & rata sunt, vt iam exposui. At quod proponitur in *l. 3.* improbatur a Constantino, id est, pactum legis commissoriæ, vt vulgo appellatur non inepte: nam licet lex significet pactionem illo loco, licet lex commissoria sit pactio adiecta venditioni, vel pignori, tamen non male dicimus pactum legis commissoriæ, sicut pactum conditionis sæpissime. Hoc, inquam, pactum legis commissoriæ in pignoribus reprobatur, puta si conuenerit, vt ad diem non soluta pecunia, pignus fiat creditoris pleno iure, id est, vt ei committatur. Committi mihi dicitur, quod meum fit iure domini. Hoc, inquam, pactum, vt ad diem non soluta pecunia pignus adquiratur creditori improbatur: & tamen non improbatur in venditionibus, puta, vt ad diem non soluto pretio res committatur venditori, id est, redeat ad venditorem, & fiat C inempta, licet in venditionibus ea pactio Antonino displicebat, vt constat ex *l. Æmilius, ff. de minor.* Lex illa in pignoribus olim appellabatur *fiducia*, quia pignus mancipabatur creditori translato dominio ea lege, vt soluta pecunia ad diem remanciparetur debitori, non soluta remaneret apud creditorem perpetuo iure. Qua de causa Constantinus in hac *l. vlt.* damnata fiducia, id est, lege commissoria in pignoribus, ait creditorem rem amittere, quæ scilicet ei fuerat mancipata: *debitores*, inquit, *re amissa, iubemus recipere quod dederunt.* Ratio autem cur in venditionibus non sit improbata lex commissoria, & sit improbata in pignoribus, hæc est, vt opinor: quia in venditionibus nulla fraus existit, vel emptoris, vel venditoris, si ob non solutum pretium sua die resoluatur venditio. At in pignoribus plerunque est ingens fraus debitoris, & non toleranda, si non soluta pecunia D ad diem pignus adquiratur creditori, quia plerunque pro parua pecunia dantur pignori res pretiosissimæ, pretiosissima monilia: & iniquum est, vt ingentem hanc fraudem sustineat debitor. Ideoque merito hæc pactio est improbata in pignoribus, & tamen valet pactum, vt id, quod creditor redegerit ex venditione pignoris, totum sibi habeat, *l. vlt. sup. de distr. pig.* quia incertus est euentus venditionis: sicut e contrario valet pactum, vt si creditor, vel minimum redegerit ex venditione pignoris, eo sit contentus in vicem crediti *l. a Diuo Pio §. si pignora, D. de re iudicata.*



AD TITVLVM XXXV. E

De exceptionibus siue præscriptionibus.

PRopositis variis negotiis & actionibus ciuilibus, priusquam dicat de criminalibus quibus reseruat librum sequentem, dicere instituit de exceptionibus, quibus ciuiles actiones excludi solent, & de negotiorum ciuilium, de quibus superioribus libris tractatum est, adminiculis, siue vinculis quibusdam, veluti stipulationibus, deque aliis causis ad res ciuiles pertinentibus, quas superiores libri non habuerunt, veluti de patria potestate, de captis ab hostibus, de donationibus, & aliis quibusdam supra prætermissis, vt profligato, absolutoque omni tractatu rerum ciuilium expeditior veniat ad criminalem lib. seq. Et hoc de ratione titulorum satis est. Exceptio autem *est intentio rei opposita intentioni actoris:* vel, *defensio iusta, quæ obycitur actioni, defensio iuris, quæ eludit, elidit, opprimit actionem.* Actio est telum, exceptio clypeus, vt Grammat. loquuntur. Exceptio est aries, quo actio infringitur. M. Tull. in Topic. *Aries ille subycitur in vestris actionibus, si telum manu fugit,* magis quam iecit: nam illa, *si telum manu fugit,* est exceptio, qua eliditur actio legis Aquil. ex qua etiam D. Augustinus lib. de libero arbitrio, *cui,* inquit, *inuito & imprudenti telum manu fugit.* Et est sic legendum in *Can. si hominem, 23. quæst.* 5. Ac similiter in translatione D. Hieronymi Deuter. 19. *si ferrum manu fugit,* quam versionem sequitur Ionathas Chaldæus interpres. Et exceptio subiici dicitur actioni, quod vtraque simul a prætore detur, atque coniunctim, quod eodem tenore & contextu actioni addatur exceptio, vt *l. 7. de cond. instit.* ait in ipsa actione prætorem tueri reum, addita nimirum exceptione, hoc fere modo: *Sempronius iudex esto: si paret Lucium Titium Caio Seio ex causa crediti centum dare oportere, nisi de non petenda eo pecunia inter se pepigerint, Lucium Titium Caio Seio iudex condemnato.* Actioni inseritur & interponitur (vt ait *l. 2. D. de except.*) exceptio, vnaque orationis conceptione, vna saliua datur & actio, & exceptio. Et sic in *l. ex contractu, D. de re iud.* dandam actionem addita exceptione, *nisi culpa tutorum pupilla condemnata est.* Qua de causa recte in *l. exceptio, de except.* exceptio definitur esse conditio, addita scilicet actioni, vel inserta actioni, quæ actionem ipsam perimit, aut minuit, que actionem conterit, aut penitus excludit, vel illo verbo [*nisi*] vt *d. l. ex cont. l. 1. §. Labeo, de flumi. & in §. vlt. Instit. de replic.* vt ex veteribus est legendum, *nisi bonis cesserit:* vel etiam his verbis [*si non, at si non, extra quam*] vt sæpissime in libris nostris, & in aliis auctoribus exceptiones concipiuntur, & ita semper conditionaliter. Pura est actio, cui non adiicitur exceptio. Conditionalis est actio, cui inest exceptio. Et recte Cornif. 1. Rhet. ad Heren. *in priuata actione prætoriæ exceptiones sunt.* & Cic. 1. de Inuent. *Is, qui agit, iudicium purum postulat: is, quo cum agitur, exceptionem ait addi oportere.* Velim autem vos nullam ne minimam quidem differentiam facere inter exceptiones, & præscriptiones. vtraque appellatio idem potest: & in hac rubrica, *de exceptionibus siue præscriptionibus*, hæc coniunctio [*siue*] est connexio vocum idem significantium. Veniam nunc ad singulas leges huius tituli.

Ad L. I.

L. I. Debitores quidem hereditarij vnicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsoluisti, quibus nomen patris tui testator in diuisione adscripserat, doli mali exceptione aduersus alios agentes tueri te potes.

PRima est de exceptione doli mali, quæ obiicitur heredi agenti contra voluntatem defuncti, vt in *l. apud Celsum §. præterea, D. de doli except.* quia improbe, & impie facit heres, qui non obsequitur voluntati defuncti, & merito ei obiicitur exceptio doli mali. Et sciendum est, vt intelligatur sententia legis 1. diuisionem nominum, id est actionum, quas defunctus habuit, vel quibus obstrictus fuit. (Nam *nomina* dicimus non tantum, quæ nos debemus, sed etiam quæ nobis debentur; id est, vt vulgo loquuntur, *obligationes actiuas & pasiuas)* Diuisionem, inquam, nominum hereditariorum inter coheredes fieri aut ipso iure, id est, ex l. XII. tabul. pro hereditariis portionibus, quibus scripti sunt *l. ea quæ. sup. fam. ercisc. l. vlt. sup. de her. act. l. pacto, sup. de pact.* quam *l. 1. h. t.*

h. t. vocat *antiquam legem* est l. 12. tab. quæ pro hereditariis portionibus diuidit nomina inter coheredes, vt iam ea diuisionem non recipiant, quam semel receperunt ipso iure. Sed quandoque aliter, quam diuiserit lex XII. tab. diuisio nominum fit ex conuentione coheredum interpositis delegationibus vt *l. tale pactum §. post diuis. de pact.* vel ex iudicio testatoris, vt si testator in diuisione nominum, & rerum vni ex heredibus certa quædam nomina adscribat, quo casu coheredes ea nomina exigentes pro hereditariis portionibus, quia faciunt contra voluntatem defuncti, qui vnum ex eis ea voluit in solidum exigere, repelluntur exceptione doli mali, maxime si debitores (*vt ponit l. 1.*) ea nomina in solidum dissoluerint ei, cui erant adscripta in diuisione nominum testamento facta.

Ad L. II.

L. 2. Proportione tua, qua domum ad te pertinere dicis, si iudicatum non est, actionem dirigere potes: Nam exceptio rei iudicatæ ei demum obstat, vel successoribus eius, inter quos cognitum super ea re, & pronuntiatum est.

Lex 2. est de exceptione rei iudicatæ qua repellitur is, qui iudicio superatus est, vel heres eius, si rursus agat eadem de re: Nam alii contra quem nihil iudicatum est, exceptio rei inter alios iudicatæ nihil nocet, vt [quæ est species l. 2.] si domus sit communis inter me & te, & eam tu vindicaueris a possessore pro tua parte, & causa cecideris, mihi postea eandem domum vindicanti pro parte mea, non obstat exceptio rei iudicatæ, sed tibi duntaxat herediue tuo, & eleganter *l. Claud. in fi. qui potior. in pign. hab.* sine præiudicio sententiæ ei, qui non litigauit, vel qui per contumaciam iudicio non abfuit, ius suum integrum relinquit, *& l. is qui fundum, D. de vsuf. leg.* non posse arbitrum inter alios iudicando alterius ius mutare. Et sic in *l. 1. sup. quib. res iud. non noc.* Et de hac quoque exceptione rei iudicatæ ita M. Tul. 1. de Or. *Petitor rursus cum peteret, exceptione excluderetur, quod ea res antea in iudicium venisset*, sic leg. Et Sudas ex libris Rhetor. explicans quid sit παραγραφὴ, vtitur hoc exemplo exceptionis rei iudicatæ, his fere verbis: ὅταν λέγει ὡς τὸ πρᾶγμα περὶ τοῦ, &c. id est, *cum quis dicit, rem de qua agitur, iam ante in iudicium venisse, & de ea pronuntiatum fuisse.* & leges profert quæ vetant *his eadem de re quæri inter easdem personas*, videlicet hoc esse παραγραφὴν, hoc est, præscriptionem: speciem scilicet, παραγραφῆς. Et addit παραγραφὴν appellari, cum, qua de re quis agit, aduersarius contendit nullam legibus esse proditam actionem, *tendant aux fins de non receuoir*, quod tamen nos non vocamus præscriptionem vel exceptionem, sed allegationem generali nomine, qua asserimus actori nullam ipso iure actionem esse.

Ad L. III.

L. 3. Aduersus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelæ iudicio si expertus non es, proposita actione consiste, nec timueris exceptionem pacti, si in ea fraudem dolumque admissum probare potes: Nam replicatio doli opposita, bonæ fidei iudicium facit, & commentum fraudis repellit.

Lex 3. est *de exceptione pacti & doli mali.* Species est de fratre, qui fratris tutelam legitimam gessit, & plane legitimam, non fiduciariam, vt Glos. annotat: nam ponendum est, fratres nunquam exiisse familia patris, quo casu procul dubio maior 25. annis fratri impuberi est tutor legitimus deficiente testamentario, vt *l. tutor, D. ad Vell. l. 9. §. 1. D. de tutel. & rat. distrah. & l. 1. D. de legit. tutor.* dum ait, *legitimam tutelam conferri consanguineis:* Nam in iure *consanguinei* semper accipiuntur pro fratribus

A agnatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro cognatis, veluti emancipatis, non pro ceteris, vel agnatis, vel cognatis. sed ex constitutione Anastasii etiam frater emancipatus fratri impuberi, qui nunquam exiit familia, & potestate patris dum vixit, est tutor legitimus *l. 4. sup. de leg. tut.* At fratri impuberi emancipato, frater pubes siue sit suus, siue emancipatus, hoc solo casu est tutor fiduciarius, non legitimus, vt ostendi tit. *Inst. de fiduc. tut.* Finge igitur: Frater fratris tutelam legitimam gessit: finita tutela pubertate, cum inter eos controuerteretur de tutelæ rationibus, inter se pacti sunt facta transactione, vt nihil frater a fratre exigeret ex rationibus tutelæ. At is frater in tutela administranda multa admiserat per fraudem, & dolum malum, multa interuerterat, interceperat, quorum nomine nunc frater, cuius tutelam alter gessit, agit actione tutelæ aduersus fratrem,
B & opponitur ei exceptio pacti siue transactionis, qua conuenit inter eos, ne quid exigeretur ex tutelæ rationibus. Sed lex ait, *hanc exceptionem pacti elidi, & excludi replicatione doli mali*, quod frater dolo malo versatus sit in administratione tutelæ: *& generali pacto,* ne quid exigatur, *non intelligi remissam obligationem, quæ ex dolo tutoris venit l. tres fratres, D. de pact. l. 8. §. pen. & l. 9. D. de lib leg.* Vnde eleganter ait l. 3. *replicationem doli oppositam, iudicium bonæ fidei facere, & commentum fraudis repellere*, quia nihil est magis contrarium bonæ fidei, quam dolus malus. Et summe notanda est hæc sententia: *Exceptionem doli mali,* (nam & replicatio, duplicatio, triplicatio, exceptiones sunt) *Exceptionem*, inquam, *doli mali, iudium bonæ fidei facere,* etiam id, quod est strictum
C sui natura, *vt probat aperte l. Seia, D. de mort. causa don.* quod ad eam annotauit Doroth. Hoc igitur dico, hoc ipso quod Prætor actioni strictæ, veluti ex stipulatu, inserit & inijcit *doli mali,* eam actionem facere bonæ fidei: & quoties eandem exceptionem doli mali iniicit actioni bonæ fidei, veluti actioni tutelæ, vt in h. specie (quod superuacue facit: Nam bonæ fidei actioni tacite inest exceptio doli, etiam non opposita, non adscripta, non allegata, siue prolata in iudicio, *l. sed & si ideo, D. sol. matr.*) quotiens tamen nominatim prætor actioni bonæ fidei addit exceptionem doli mali, ea actio tunc non tam per se videtur esse bonæ fidei, quam fieri per exceptionem doli mali a prætore nominatim additam, aut quam maxime fieri bonæ fidei, quæ est bonæ fidei, si quæ tacite inest, etiam nominatim exprimatur exceptio doli mali.
D Et ita hic locus est explicandus. Magna ergo est vis exceptionis, siue replicationis doli mali: Nam omne iudicium bonæ fidei facit, *vt probaui.* Item per doli mali exceptionem etiam malæ fidei possessor retinet sumptus necessarios, vel vtiles, quos fecit in rem alienam, vt *l. Paul. respondit, D. de doli except.* & per exceptionem doli mali inducitur sæpe retractatio rei iudicatæ, restauratio litis, vt in *l. non distinguemus §. cum quidam, D. de recep. l. ex diuers. §. vlt. D. sol. mat.* Ac postremo exceptio doli mali latissime manat, & vi sua complectitur omnes exceptiones, siue concurrit cum aliis exceptionibus, veluti pacti, aut iurisiurandi, aut rei iudicatæ, aut non numeratæ pecuniæ, & similibus. Et hoc est, quod ait *l. qui æquitate, D. de excep. doli mali, Qui æquitate*, inquit,
E *defensionis cuiuscunque actionem infringere potest, doli mali exceptione tutus est,* id est, doli mali exceptio generalis est.

Ad L. IV. VIII. IX. pen. & vltimam.

L. 4. Cum nondum finitam sententia causam, sed dilatam allegetis: non est dubium, omnes integras defensiones vobis esse.

L. 8. Præscriptionem peremptoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, obycere quandoque licet.

L. 9. Si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac

confitendo, exceptione te munitum asseueras, de hac tantum agi conuenit. Nam si etiam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam, secundum asseuerationem suam petitor probauerit, huic esse locum monstrari conuenit.

L. vlt. Praescriptiones fori in principio litis a litigatoribus opponendas esse, legum decreuit auctoritas.

IN h. *l. 4.* explicatur etiam *l. 8. 9. pen. & vlt.* quae pertinent ad omnes exceptiones peremptorias, quas *l. 4.* docet, quandocunque ante sententiam opponi posse nondum causa finita, sed dilata, vt ait, veluti ampliata, iudice pronuntiante nondum liquere, vt in *l. Pomp. D. de re iud. l. Pomp. §. vlt. D. de recep.* Aliae sunt exceptiones peremptoriae, aliae dilatoriae. Peremptoriae sunt, quae actionem protinus excludunt atque consumunt, si iudici probentur esse verae, vt exceptio doli mali, longi temporis, pacti ne omnino pecunia petatur, exceptio rei iudicatae, SC. Macedoniani, aut Velleiani. Dilatoriae sunt, quae non excludunt protinus actionem, sed differunt, & sustinent, & impediunt, ne vim suam exerceat statim, vt *exceptio fori*, quotiens dicitur non apud eum iudicem agi, cuius ea de re iurisdictio est, & mutandum esse iudicem, vel exceptio procuratoria quoties alieno nomine agere dicitur is, cui procuratori esse non licet, & mutandum esse actorem, vt apud Fabium in 3. *Non licet tibi agere mecum, cognitor enim,* (id est, procurator) *fieri non potuisti:* Et in 4. *Male petis, procuratori enim tibi esse non licet, sed neque illi, cuius nomine litigas, habere procuratorem.* Eae sunt exceptiones, quae procuratoriae vocantur. vel etiam dilatoria exceptio est, quoties dicitur, non eo tempore agi, quo agi oportet, & tempus differendum: vt si dicatur agi die feriato, vel ante diem, intra quem conuenerat ne pecunia peteretur. Et hae quidem dilatoriae exceptiones opponendae sunt statim initio litis contestandae, vt ait *l. vlt. h. t.* praescriptiones fori, quibus dicitur iudex esse incompetens, & incongruus, esse opponendas in principio litis. Idemque probat *l. excep. sup. de probat. l. 4. sup. de iurisdict. omn. iudic. l. ita demum, sup. de procurat. l. sed & si suscepit, initio, D. de iudic.* Opponendae, *inquam,* sunt initio litis, in ipso limine quaestionis, vt ait Symmachus 1. *Epist. ad Theod.* scribens de procuratoria exceptione, quam dicit esse contestandam in ipso limine quaestionis dilatoriae. ergo exceptiones opponendae sunt initio litis, & probandae etiam initio, postquam actor probauit intentionem suam: Nam frustra probas exceptionem, si nondum actor fundauit intentionem suam, *d. l. excep.* post litem contestatam dilatoriae exceptiones praepostere opponuntur, & mulctatur etiam aduocatus, qui post litem iudicatam in dilatoria exceptione opponenda peruicaciter perstat, *l. pen. h. t.* Peremptoriae autem exceptiones *quandoque, vt ait l. 8.* id est, quandocunque, si forte omissae fuerint initio litis contestandae, ante sententiam obiici possunt *d. l. 8.* vbi *omissam,* id est, non contestatam peremptoriam exceptionē initio litis, quod sufficeret nihilominus, quandocunque opponi post litem contestatam, ante sententiam posse, vt *l. 2. sup. sentent. rescindi non posse.* Et illo loco legis 8. alias non male legitur, *vel omissam,* sed vt dilatoriae exceptiones, ita etiam peremptoriae non sunt probandae antequam actor probauerit intentionem suam *l. emptor sup. de praesc. long. temp. & l. 9. h. t.* quia actore non probante, nihil superest aliud, quam vt reus absoluatur, etiamsi nihil ipse praestet, vt eleganter ait *l. qui accusare, de edendo,* id est, etiamsi exceptionem forte, quam contestatus est, minime probet, quia probatione non indiget exceptio: & retro reus non indiget exceptione actore non probante. Nec omittendum, nonnunquam etiam peremptorias exceptiones opponi posse post sententiam, actioni iudicati scilicet. Et huius generis est exceptio Senatusc. Macedoniani & Senatusc. Velleiani, quae recte opponuntur etiam post sententiam, quod ius est ex ipsis SC. *l. tamen, D. ad SC. Maced.* Huius etiam generis sunt omnes exceptiones, quae dantur militibus ex constit. Antonini *l. 1. sup. de iur. & fact. ignor.* & haec exceptio, ne teneatur vltra facultates, quae donatori competit. Nam haec etiam opponitur post sententiam ex constit. D. Pij, *l. Nesennius §. vlt. de re iud. l. qui id quod D. de donat.* Et hae solae sunt exceptiones peremptoriae, quae opponi possunt etiam post sententiam, quae significantur in *l. 2. D. de except.* dum ait, *exceptiones excludere ea, quae in intentionem, vel condemnationem deducuntur.* Quomodo condemnationem? quia, quaedam sunt, quae opponuntur post condemnationem, & subiiciuntur actioni iudicati. Non est etiam omittendum, vno casu peremptoriam exceptionem perinde ac dilatoriam esse opponendam initio iudicij, puta, si opponatur exceptio lapsi temporis in causis appellationis. Casus est singularis in *l. 2. sup. de tem. ap.* Regulariter dilatoriae exceptiones opponuntur initio litis: peremptoriae vel initio litis, vel post litem contestatam ante sententiam. Et ratio differentiae inter exceptiones dilatorias & peremptorias haec est, quia exceptiones dilatoriae ea respiciunt, quae iudicium potissimum constituunt, vt cum quaeritur, an apud eum agatur, qui sit iudex competens in praescriptione fori: vel cum quaeritur an is agat, qui agere potest, an cum eo agatur qui cum agi potest. denique an iustae & legitimae sint personae litigatorum, vel cum quaeritur an quo tempore agi potest, agatur. Quas quaestiones Rhetores translationes appellant, quia cum haec proponuntur, videtur actio indigere translatione & commutatione. Et iidem Rhetores translationis & praescriptionis eandem definitionem addunt, quam dedi exceptioni peremptoriae & dilatoriae. Verba sunt Curij Fortunatiani, qui idem & Rhetor & IC. fuit: *Quid interest,* inquit, *inter translationem & praescriptionem? quod,* inquit, *praescriptio excludit actionem, translatio autem differt.* Hoc ergo interest, quo interesse nos dicimus exceptionem peremptoriam a dilatoria. Quia autem dilatoriae exceptiones sunt de constituendo iudicio, & de personis, quibus iudicium constat, vel de tempore & loco, quo iudicium oportet institui, plane necesse est, eas ante iudicium opponi, excuti, disceptari, quia iam constituto iudicio praepostere agitur de eo constituendo, quod vtique semper agitur oppositis dilatoriis exceptionibus. Cic. in Part. *De constituendis actionib. accipiēdis subeundisque iudiciis.* Ea fere generis huius sunt, vt etsi in ipsum iudicium saepe delabantur, tamen ante iudicium tractanda videantur. Peremptoriae autem, quia non sunt de constituendo iudicio, sed de iam constituto finiendo & profligando, quia rem ipsam feriunt, finiunt, qua de agitur, & proprie reorum defensiones sunt, ideo quandiu iudicium durat, quandoque opponuntur. Quod etsi edicto perpetuo cautum sit, vt ait *l. 2. sup. sentent. resc. non poss.* tamen & naturae congruit, vt vbi quandocunque pulsemur, integrum nobis sit promere nostras defensiones.

Ad L. V. VI. VII. & X.

L. 5. Licet vnde vi *interdictum intra annum locum habeat, tamen exceptione perpetua succurri ei, qui per vim expulsus post retinuit possessionem, auctoritate iuris manifestatur.*

L. 6. Si pactum intercessit, in exceptione sine temporis praefinitione de dolo replicare potes.

L. 7. Si ex maiore debiti quantitate minor tibi soluta est, nec liberationem debitori tuo praestitisti: petere, quod non probatur redditum, contra exceptionem pacti replicationem tuam adiuuans intentionem, minime prohiberis.

L. 10. Non exceptionibus actores, quibus reis auxilium tribuitur, certis ex causis, sed replicationibus suam intentionem, si quam habeant, muniant.

Lex

Lex 5. *h. tit.* est de exceptione, *quod vi metusve causa factum sit*, quam ea lex docet eo distare ab interdicto vnde vi, quod hoc sit annale, *l. 2. sup vnde vi.* exceptio de vi sit perpetua: vt si is, qui per vim possessione sua depulsus est, eam casu aliquo recuperauit, retinebit eam aduersus illum, a quo expulsus fuerat, proposita exceptione perpetua, quod vi se pridem expulerit, id est, eo, qui cum vi expulit, agente rei vindicatione, vel actione momenti, possessor tuebitur se hac exceptione, *si non aduersus me agat, qui me per vim possessione deiecerat.* quæ est exceptio perpetua. Hæc est sententia *l. 5.* Denique actio de vi siue interdictum est annale, exceptio de vi perpetua. Et ita actio de dolo iure veteri est annalis: ex constit. Constantini est biennis, *l. vlt. sup. de dolo.* At exceptio doli est perpetua. Et hæc ratio differentiæ proponitur in *l. pure, §. vlt. ff. de doli except.* Exceptionem doli vel de vi esse perpetuam, quæ reo competit, quia reus non habet in sua potestate, quando conueniatur, & consequenter quando se defendat, & eam exceptionem opponat: actor autem habet in sua potestate, quando agat; quæ ratio est probabilis, & ea etiam Imperator vtitur in *l. pen. sup. de tempor. in integr. restit.* Valebat plurimum hæc ratio, cum non dabatur vnquam exceptio sine actione. Sed placuit (quod notandum) etiam sine actione exceptionem publice contestari posse in modum querelæ, vt sit querela verius, quam exceptio quando nemo agit. Quare exceptio non numeratæ pecuniæ finitur biennio, quia in potestate debitoris est, qui cauit se accepisse pecuniam, quam nunc dicit se non accepisse, exceptionem non numeratæ pecuniæ contestari, etiam nemine agente de pecunia credita *l. 8. 9. & l. in contr. initio, sup. de non numer. pec. l. vlt. sup. de cond. ex lege.* Sed probabilitas supradictæ rationis cōfirmatur addita hac communi ratione, quod *fauorabiliores sint rei, qua actores*, exceptiones perpetuæ sunt, vbi actiones sunt temporariæ. Et notandum maxime, non tantū exceptionem, sed etiam adiectionem doli plerunque esse perpetuam: Nam sciendum est aliā esse actionē doli, aliam esse adiectionem doli. actio de dolo per se consistit: adiectio de dolo, est appendix alterius actionis. Et ita actio de peculio dicitur hanc habere adiectionem, *& si quid dolo malo captus fraudatusque actor est*, adiectionem de dolo, sic vocatur in *l. bonæ fidei, in fi. D. de pecul.* quod etiam confirmat *l. 1. § filiumfam. D. depos. l. 1. initio, D. quando de pecul. act. annal. sit.* Hæc autem adiectio de dolo affixa actioni de peculio, est perpetua, sicut actio ipsa de peculio, cui adhæret, nisi forte prætor in actione de peculio non patiatur eam adiici post tempus constitutum actioni de peculio, quod forsitan non patietur prætor motus æquitate quadam: alioqui adiectio de dolo erit perpetua. Et ita est explicanda lex *quæsitum §. vlt. D. de pecul.* vbi pro *obijciendo & obiici*, malo, *adijciendo, & adijci*, quoniam loquitur, non (vt vulgus arbitratur) de replicatione doli, sed de adiectione de dolo malo affixa actioni de peculio. At replicationem doli mali etiam constat esse perpetuam, *vt patet ex l. 6. h. t.* quia actio, cui opitulatur, est perpetua, *& ait lex 6.* in exceptione pacti de dolo replicari sine præfinitione temporis, id est, perpetuo. Vnde notandum, vt in actione exceptionem *(quod heri ostendi)* ita in exceptione addi replicationem, exceptionem autem pacti elidi, & irritam constitui replicatione doli mali. Et hoc vult *l. 6.* Hoc idem ostendit *sup. l. 3. & l. 7.* Exceptionem pacti excludi posita replicatione doli mali in hac specie: si creditor, qui partem pecuniæ accepit, ipse mox recipiendæ alterius partis, non transigendi animo cauerit se omnem pecuniam accepisse, nilque amplius petiturum, & petat reliquam pecuniam, & opponatur ei exceptio pacti siue cautionis ab eo perscriptæ, tuebitur se replicatione doli mali, vt in *l. si inter j. de solut.* Et ita est explicanda *l. 7.* Replicationes sunt subsidia actorum, exceptiones vero subsidia reorum *l. 10. h. t.*

Ad Leg. XI.

L. 11. Defensiones siue exceptiones ad intercessores extendi, quibus reus principalis integro manente statu munitus est, constat.

Restat tantum ex tit. de except. lex 11. in qua proponitur hæc regula, *Defensiones siue exceptiones, &c.* Ergo exceptiones, quæ debitori principali competunt ad excipiendam iniquitatem actionis, competunt etiam intercessoribus eius, id est, fideiussoribus, vel mandatoribus, vel iis, qui pro eo pecuniam se soluturos constituerunt, & aliquando etiam *expromissoribus*, id est, in quos translata est obligatio nouationis genere, vt in *l. 1. §. except. D. quar. rer. act. non det.* Et huius regulæ duplex est ratio: vna, ne fideiussor pecuniam amittat, ne in damno versetur, si forte debitor principalis soluendo non sit, nec possit fideiussori reddere, quod pro eo soluit, Qua de causa etiam inuito reo quæ ei prodest exceptio, prodest & fideiussori eius, *l. fideiuss. D. de don. l. omnes, D. de except. l. si stip. & l. ex pers. de fideius.* Altera ratio hæc est, quia nil prodest exceptio debitori, nisi etiam prosit fideiussori eius, vel alii accessioni, siue intercessioni, propterea quod fideiussor, vel alius intercessor, quod soluerit, mox a debitore potest repetere actione mandati. Et hoc est quod dicitur, eum qui a fideiussore petit, τῇ δυνάμει, vi ipsa a debitore petere, *l. aduersus, D. de recept. qui arb. recep.* Quare quibus casibus fideiussori, qui soluit, non est actio mandati, non est regressus aduersus debitorem, pro quo soluit, sane iis etiam omnibus casibus hæc regula cessat, id est, *quæ debitori prodest exceptio, non prodest etiam fideiussori:* vt si fideiusserit donandi animo, vel in rem suam *l. si quis reum D. de liber. leg.* vel si fideiusserit pro inuito debitore, *l. si pro te, D. mand.* vel si fideiusserit iussu testatoris, vt in casu *l. tribus, D. de vsufr. earum rer. quæ vsu consum.* vel si debitor aduersus fideiussorem in integrum restitutus fuerit, *l. 1 sup. de fideiuss. minor.* qua ratione etiam huic regulæ tantum locus est integro manente statu debitoris, *vt ait hæc l.* id est, debitore capite non deminuto: Nam debitore principali capite deminuto, veluti deportato in insulam, debitor quidem ipse omnimodo liberatur, *l. si deb. D. de fideiuss. l. 2. D. de cap. min.* fideiussor autem eius non liberatur, *l. 1. inf. de fideiuss.* Et ratio ea est, quam ante notaui, quod cesset actio mandati, id est, (vt dicam solicitius) quia si fideiussor soluerit, aduersus debitorem capite deminutum non habet actionem mandati, nec vllum alium regressum, aliamue viam repetendæ ab eo pecuniæ, quam pro eo soluit, sed habet tantum regressum aduersus fiscum, ad quem bona deportati peruenerunt. Qua de causa apud Quintilianum in debitore adultero, id est, *in declam. 273.* fideiussor sic loquitur: *integro statu debitoris mei, si a me petere maluisses, ad debitorem reuerterer.* Vtitur iisdem verbis, quibus *h. l. 11. integro statu debitoris:* quia capite deminuto debitore, si fideiussor soluerit, ad eum reuerti non potest. Verum huic sententiæ obiicitur *l. sed & si quis, in princ. Si quis cautio. ind. sist.* quæ l. ait, *eo qui datis fideiuss. promiserat stipulanti iud. sisti in diem certum atque condictum: eo*, inquam, *mortuo vel capite minuto*, id est, *mortuo ciuiliter ante diem, quo sisti debuit, fideiussor non tenetur.* Ergo capite minuto debitore etiam fideiussor liberatur. Sed hoc casu ratio est euidens, cur & fideiussor liberetur, sicut debitor, qui liberatur morte naturali, vel ciuili, id est, capitis deminutione, quia desiit posse sisti in iudicio antequam committeretur stipulatio iudicio sisti, id est, ante diem exhibitionis, quo exhiberi & sisti debuit: Nam si post diem quo sisti debuit, id est, post commissam stipulationem, moriatur debitor vel capite minuatur, proculdubio cum fideiussore vtiliter agi potest, quod non exhibuerit hominem condicto die, quod fefellerit ad condictum, vt in *l. si*

decess. D. qui satisd. cog. Idemque est in stipulatione iudicatum solui, si quis pro alio fideiubeat iudicatum solui, & ille post iudicationem, post condemnationem moriatur, vel capite minuatur: Nam & hoc casu cum fideiussore recte agitur, quia commissa fuit stipulatio, antequam promissor moreretur, vel capite minueretur, non etiam si mors contigerit naturalis, vel ciuilis ante condemnationem, quia iam desiit condemnari posse, ac proinde iam desiit committi posse stipulatio iudicatum solui: nec enim mortui condemnantur aut capite minuuntur ex suis negotiis, vel litibus ab eis institutis. Et ita est accipienda *l. 5. D. qui satisd. cog.* non vt vulgo, vt idem in ea proponatur, quod in *l. 4. ex continenti,* cum *l. 4.* sit de stipulatione iudicio sisti. *l. 5.* vt condemnationis nomen demonstrat, de stipulatione iudicatum solui. Verum in vtraque idem iuris est. Illud etiam adnotandum est, nos B loqui generaliter de debitore capite deminuto, quæcunque capitis deminutio ei contigerit: nam semper fideiussores eius manent obligati, & regulæ tantum locus est, manente integro statu debitoris. Sed hoc tamen interest inter minimam & maximam vel mediam capitis deminutionem, quod qui maximam vel mediam capitis deminutionem patitur, id est, qui libertatem vel ciuitatem amittit, liberatur omni iure naturali & ciuili, *l. si deb. D. de fideiuss.* Vbi tota obligatio tollitur, id est, etiam naturalis, nec in eum vlla actio restituitur vnquam, *l. 2. l. tut. §. pen. & vlt. D. de cap. minut.* qui autem patitur minimam capitis deminutionem, vt qui adoptatur in alienam familiam, vel qui emancipatur, liberatur iure ciuili, non iure naturali, & actio quoque ciuilis in eum restituitur a prætore post minimam capitis deminutionem *d. l. 2. de* C *cap. min.* Facilius restituitur obligatio, quæ iure naturali consistit, quam quæ nullo iure consistit. Etiam illud notandum: huic regulæ, etiam integro manente statu debitoris, aliquando locum non esse, vt si debitor bonis cesserit beneficio leg. Iuliæ: Nam exceptio hæc *si non bonis cesserit,* ei quidem prodest: verum fideiussori eius non prodest *§. vlt. Instit. de replic.* qui non vtitur hac ratione, quod hæc exceptio personæ cohæreat, vt fingunt omnes interpretes omittentes rationem traditam in eo §. statuentes, ideo hanc exceptionem non prodesse fideiussori, quod cohæreat personæ debitoris, quod est falsum. Nam si cohæreret personæ debitoris, non competeret heredi eius: Nam cohærere personæ, est non transire in heredem eius personæ *l. & si fid. & l. seq. de re iud.* At nemo negabit, quod si defunctus bonis cesserit, cessio bo- D norum prodest heredi. Quare etiam ille *§. vlt.* exceptionem cessionis bonorum, quæ debitori competit, non ideo negat competere fideiussori, quod cohæreat personæ: nam certissimum est personæ cohærentes aliis non prodesse. Et hæc exceptio opponitur huic regulæ, quæ est de exceptionibus cohærentibus rei siue causæ: sed hæc ratio redditur in *hoc* §. quia fideiussor in hoc accipitur, vt facultatibus lapso debitore, creditor ab eo suum consequatur, siue bonis cesserit, siue bona eius capite deminuti in alium translata fuerint. Ergo non est æquum in necem creditoris fideiussori prodesse hanc exceptionem. Et ita Fabius Declam. dicta *sponsor in hoc,* inquit, *accipitur, ne creditor in damno sit.* Et ita auxilium restitutionis in integrum, quod aduersus creditorem datur minori 25. annis, si deceptus & lapsus sit re ipsa, non do- E lo creditoris, non prodest fideiussori: non quia cohæret personæ minoris (nec enim cohæret, cum transeat in heredem minoris *l. non solum D. de rest. in integ.* sed quia in hoc potissimum fideiussor accipitur ab eo, qui contrahit cum minore 25. annis, quod ei potius quam minori fidem habeat. Ergo æquum est, vt ei frustra non sit, id est, ne in vanum ei cedat satisacceptio. Et hæc etiam ratio notanda in *l. in causæ, D. de mino.* alioquin, quæ minori 25. annis circumscripto dolo aduersarij, datur exceptio ex lege Lætoria (quod notandum) posset dici eadem ratione cohærere personæ minoris 25. annis, quæ

A tamen datur hoc casu etiam fideiussori eius *l. 2 sup. de fideiuss. min. l. 7. inf. D. de except.* Locus est valde notandus & referendus ad legem Lætoriam, dum ait, *minore 25. ann. circumscripto dolo aduersarij* (vt recte supplet glossa) *non tantum ei subueniri per exceptionem,* scilicet, *ex l. Lætoria,* quia tractat de exceptionibus, & circumscriptio adolescentum vindicatur lege Lætoria, *vt ait Cicer. 3. Offic.* sed etiam subueniri eodem modo fideiussori, data eadem exceptione ex lege Lætoria, quæ lex etiam definit adolescentiam vsque ad 25. annum, qua ex re ea ætas vocatur legitima, quia definita est lege Lætoria, vt ait nominatim l. 2. *C. Theod. de donat. intra annos legis Lætoriæ.*



AD TITVLVM XXXVI.

De litigiosis.

Hic tit. est de exceptione litigiosi, qua scilicet actori obiicitur vitium litigiosi. Et *litigiosi* appellatione non tãtum res continetur mobilis vel immobilis, de cuius proprietate litem habet is, qui eam in alium transfert, vt definit Nouella 112. sed etiam nomen debitoris, de quo agitur, & actio in iudicium deducta, siue ambiguum chirographum, *vt loquitur l. 3. h. tit.* Et quamuis ipso iure tenet venditio, aut pigneratio, vel donatio, vel quæ alia alienatio rei vel cautionis siue actionis litigiosæ, *l. 17. & 18. ff. de rei vindic.* tamen ad irritum constituitur & rescinditur, vt aperte ostendit *l. 2. & vlt. h. tit.* & perinde est, atque si ea alienatio non interuenisset, re eodem loco restituta, quo fuit ante: per eosdem peragitur lis in quos inchoata fuit, nec mutantur personæ litigatorum propter alienationem factam pendente lite ab vno ex litigatoribus, quoniam rescinditur, & emptor vel donatarius vel creditor, si eam rem persequatur, quam ab eo accepit, qui de ea litem habuit cum alio, repellitur exceptione litigiosi, vt in *l. 1. ff. eod. l. 1. §. vlt.* D. *quæ res pignor. oblig. poss. l. bona, §. 1. ff. ad Senatusc. Vellei.* & hoc indistincte, siue sciuerit rem esse litigiosam emptor, aut donatarius, aut creditor: siue ignorauerit, vt constat ex principio *legis vlt.* Et ratio hæc est, quia debuit esse curiosus, & diligenter inquirere, quæ res sibi venderetur, nec temere emere ab improbo venditore, qui pendente lite rem diuendit, vel alio modo alienat, vt duriorem faciat conditionem aduersarii, puta opposito fisco, vel alio potentiori aduersario, cui diuendit rem. Qua ratione quãuis quis rem vendiderit ante litem motam futuræ litis, quam prospicit, mutandæ gratia, is aduersario tenetur actione in factum in id, quod est ex edicto de alienatione iudicii mutandi causa facta, quamuis vendiderit rem non litigiosam, quia vendidit futuræ litis prospectu. Quod si vendiderit rem litigiosam post motam litem, etiam aduersario tenetur in duplum ex XII. tabul. si rem vt dixi alienauerit post litem motam, puta si eam in sacrum dedicauit, quia ea dedicatio rescindi non poterit, quia iudices & Pontifices religioni fauent. Ideoque, qui hoc genere rem litigiosam alienauit, quia irrita fieri alienatio non potest, aduersario tenetur in duplum ex 12. tabulis *l. vlt. ff. de litigios.* Idemque dicendum opinor eadem ratione, si quis seruum litigiosum manumiserit, vt teneri debeat aduersario in duplum, in cuius fraudem manumiserit consulta opera, quia vix manumissio rescindi potest, quia prætores fauent libertatibus, *l. 3. §. 1. ff. de alienat. iud. mut.* Sed si alio genere, quam dedicatione, vel manumissione rem litigiosam alienauerit, aduersario non tenetur, in cuius fraudem hoc fecit, quia satis est aduersario, quod alienatio irrita constituitur, & emptor vel quiuis alius, in quem res est alienata, repellitur exceptione litigiosi. Priori casu, id est, re vendita ante motam litem, emptio non rescinditur, nec

emptor vlla exceptione repellitur. Sed qui vendidit, *vt dixi,* tenetur aduersario in id quod interest, quæ distinctio est valde notanda. Et hæc quidem locum habent, cum quis rem litigiosam accepit ex causa emptionis, vel donationis, vel permutationis, vel ex causa pignoris, vel vsusfructus, aut emphyteuseos: non etiam, si cui testamento vel codicillis res litigiosa legata sit: Nam ad hanc speciem non pertinet exceptio litigiosi, quia huius alienationis occasio est mors litigatoris, non cupiditas vexandi aduersarii: vnde qui eam rem petit ex testamento vel codicillis, nulla exceptione submouetur, sed ex sententia *l. 3. h. tit.* heredes ei præstant æstimationem, non rem ipsam, de qua lis pendet, & litem peragunt heredes suo periculo. Legatum igitur rei litigiosæ magis in æstimatione, quam in corpore consistit ex *l. 3. h. tit.* Quæ tamen corrigitur in *Nouella* 112. ex qua tale legatum consistit in euentu litis, ita vt si vicerit heres, debeatur: si non vicerit, non debeatur; qua de causa & liti adesse legatarius potest, & ius defuncti tueri, ne quid per collusionem fiat inter heredem & aduersarium, vt in *l. si suspecta, D. de inoff. testam.* Vtut sit, res litigiosa omnimodo recte relinquitur in testamento, vel codicillis, nec exceptio litigiosi pertinet ad hoc genus alienationis. Constat etiam, recte in alium transferri rem litigiosam ex causa transactionis, & diuisionis rerum hereditariarum factæ inter coheredes, *l. vlt. h. tit.* & rationem reddit Iustinianus in *d. Nouella*, quod diuisio omnium rerum hereditariarum facta inter coheredes non videtur esse alienatio, cum ad eos res litigiosa iure hereditario peruenit, & in *l. vlt.* hæc verba [*transactionis vel diuisionis*] quæ non capiunt glossæ, ego pro vno eodemque negotio accipio, videlicet, cum transactionis causa inter se coheredes faciunt diuisionem bonorum. Vix vnquam fit diuisio inter consortes sine transactione, ideoque sæpe diuisioni iungitur transactio *l. tres fratres, D. de pact. l. cum proponas 2. sup. eod. l. qui Romæ §. vlt. D. de verbor. oblig. l. cum putarem, in fine. D. famil. ercisc. l. 2. sup. int. al. act. vel iudic. al. non noc.* Placet etiam rem litigiosam in alium transferri posse ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, *l. vlt. h. tit.* Et ratio hæc est, quia & occasio huius alienationis est affectio nuptiarum, dum forte non suppetit alia res, quæ in dotem detur, non cupiditas vexandi aduersarii. Iis igitur causis exceptis, legati, diuisionis & transactionis, & dotis, ac donationis propter nuptias, ex aliis omnibus causis, qui rem litigiosam accepit a litigatore, sciens vel ignorans, repellitur exceptione litigiosi si agat, & redhibere rem cogitur, & in suum locum reponere, vt iidem peragant litem, qui eam inchoarunt. Adnotandum, non tantum esse exceptionem litigiosi, sed etiam pœnam litigiosi quandam *l. 2. D. de litigios.* quæ fisco præstatur *l. 1. D. de iur. fisci.* & definitur in *l. vlt. hoc tit.* Exceptio litigiosi obstat, & scienti & ignoranti, vt ante dixi: Pœna proponitur scienti duntaxat *d. l. 2.* ita scilicet, vt qui sciens rem litigiosam emit, vel ex donationis causa accepit, vel qua alia ex causa superius non excepta, pretium quanti emit, si emit præstet fisco: cui etiam fisco tantundem præstat venditor, quanti vendidit: vel si iam venditor pretium accepit ab emptore, fisco venditor præstat duplum, emptor nihil, exemplo domus venditæ demoliendi causa *l. vlt. D. de dam. infecto, l. senatus, D. de contrah. empt.* Donator quoque, & donatarius, qui sciebant rem esse litigiosam fisco conferunt duplum veri pretii, quanti res est. Et ita puniuntur scientes: Ignorans autem emptor, vel donatarius (nam falsum, quod aiunt Accursius & Ioannes Faber, legem vltimam non distinguere inter scientem & ignorantem donatarium, sed emptorem tantum. Ignorans igitur emptor, vel donatarius, qui rem litigiosam accepit a litigatore, & a sciente igitur, tantum abest emptione rescissa, vt teneatur in pœnam, vt litigator, qui in eum rem transtulit, teneatur potius emptori reddere pretium conuentum, aut donatario verum pretium, quanti res donata est, & hoc amplius tertiam partem pretii, fisco autem duas partes, vt quidam peritissimi viri, & acutissimi notarunt hoc loco, teste Accursio, fisco, inquam, duas partes, ita vt sciens plectatur in duplum, nimirum præstando ei, quem decepit, pretium rei, & eiusdem quantitatis partem tertiam, & reliquas duas partes fisco propter improbitatem & reticentiam suam, qui emptori vel donatori non dixit, se in eum transferre rem litigiosam. Et ita accipienda est lex *vlt. huius tit.*



AD TITVLVM XXXVII.

De contrahenda & committenda stipulatione.

INitio 35. tituli, de except. iam dixi (vt constaret vobis ratio dispositionis titulorum) peracto tractatu negotiorum actionumque ciuilium, primum proponi exceptiones, quibus actiones ciuiles, vel honorariæ excluduntur, deinde vincula & remedia iuris, quæ adhibita negotiis & obligationibus ciuilibus eis adminiculari solent. Hæc iuris remedia sunt stipulationes, vt in *l. licet, sup. famil. ercisc. Stipulationis*, inquit, *& iuris remedio adhibito*, id est, *stipulationis iustæ remedio,* ἐν δικαίῳ, *stipulationis iustæ, stipulationis legibus cognitæ, l. 10. hoc tit.* Et vincula obligationum ciuilium stipulationes sunt, omnes obligationes sunt vincula. Sed longe plurimum valent vinculorum vincula, quæ stipulationes sunt, vincula & catenæ, vt est in Satyra Horatij:

----*mille adde cathenas:*

Effugiet tamen hæc sceleratus vincula Protheus.

Intelligit enim stipulationes, quas Iurisconsulti introduxerunt, vt cæteris obligationibus subiicerentur, earum adstringendarum & firmandarum gratia, tam ciuilibus, veluti ex contractibus iuris gentium, vel iuris ciuilis, quam naturalibus tantum, veluti ex pactis conuentis, vnde & nomen traxere. Paulus 5. Sententiarum, *Stipulationes*, ait, *appellatæ sunt, quod per eas firmitas obligationum constringitur: Stipulum enim*, inquit, *veteres firmum appellabant.* Et quod additur, *Institutionibus initio tit. de verb. obligat.* [*forte a stipite descendens*] debet intelligi, non de quolibet stipite, neque enim firmi & robusti sunt omnes, sed de stipite, cui argilla, vel creta, vel cera superimposita figuli simulacra aut vasa, quæ fingunt, firmare solent. Verbo [*firmare*] in ea re Festus vtitur. Et is stipes Græce κάναβος dicitur auctore Polluce & Hesychio, & a Tertull. *crux & patibulum*, in Apologet. cap. 12. & 16. Stipulationes igitur per se solæ non consistunt, sed aliarum obligationum fulmenta & accessiones sunt, vt ostendit *l. 5. §. conuentionales, D. de verb. oblig.* vt scilicet, id de quo prius inter aliquos conuenit, mox verbis quoque stipulationis concludatur & confirmetur *l. si dominus, D. de præscriptis verbis*, & quæ ex priori conuentione, vel causa non competit actio, competat ex stipulatu, vel vt præter eam, quæ competit ex priore causa, competat etiam ex stipulatu, vel vt nouetur prior causa. Exemplo sit stipulatio soluendi legati, quæ interponitur, vel quod ex testamento peti nequeat, vt *l. fideicommissum D. de condict. indeb.* vel vt non tantum ex testamento, sed etiam ex stipulatu peti possit *l. Titius, in fine, D. ad Senatusconsf. Trebell.* vel vt causa testamenti nouetur, *l. 8. §. 1. D. de nouat.* & vt etiam ex stipulatu agi possit, quia etiamsi alia suppetat actio, & sufficiat, tamen nulla alia actio est, vel bonæ fidei, vel stricta, quæ sit actori commodior, aptior, vtilior ad ius suum obtinendum, & quidem summum, quam actio ex stipulatu: & vtique actio stricta semper est melior actori, quam sit actio bonæ fidei, tametsi Accursii aliud sit iudicium in *l. si cui, §. si Titio, D. de leg. 1.* Sed refellitur, quia in iudicio bonæ fidei nimia est licentia iudicis, quæ res materiam sæpe præbet gratiæ, vel ambitionis,

vel sordium. In iudicio stricto nulla, vel arcta admodum est licentia iudicis. Et sic in *l. si vendidero §. si Titius, D. de furt.* & *l. cum quis §. 1. D. de solut.* ostenditur, actori meliorem esse condictionem furtiuam, quæ est stricta, quam negotiorum gestorum, quæ est bonæ fidei. Sic fit vt plurimum contractibus bonæ fidei subiiciantur stipulationes, vt etiam ex stipulatu agi possit, si malit actor agere directo & aspero iudicio. Denique ex iis, quæ diximus hactenus, apparet, stipulationem sine causa aliqua non fieri, quæ præcedat, vel sequatur, quæ subsit. Sane, si quando fiat stipulatio nulla existente conuentione vel causa, per exceptionem doli mali irrita constituitur, *l. 2. §. circa, D. de doli except. l. si stipulatus esses, D. de fideiussor.* Et rectissime Caius in Institut. *verborum obligationem*, ait, *contrahi ex interrogatione dantis & responsione accipientis.* Verba illa [*dantis & accipientis*] demonstrant, stipulationem pendere ex alio contractu, ex alia conuentione, vel causa, quæ præcedat stipulationem, vel etiam sequatur, vt si crediturus pecuniam, antequam eam adnumeret, eam sibi reddi stipuletur. Semper enim causa, propter quam interponitur stipulatio, intelligitur esse prior, licet tempore posterior, vt *l. petens, sup. de pact. l. 3. §. vlt. l. contra D. ad Senatusc. Macedon.* Ex supradictis etiam apparet, cur stipulationes strictæ appellentur. Boetius 6. Commentario in Topic. Cic. *In bonæ fidei iudiciis*, inquit, *iudices non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quærunt.* Strictas appellat stipulationes, tum quod alias conuentiones adstringant, tum etiam quod ipsæ strictas interpretationes recipiant, vt ostendit *l. quidquid adstringendæ, D. de verb. oblig.* & omnium optime lex *stipulatus 44. D. de fideiuss.* Et de vi quidem, natura, & vsu stipulationis hactenus. Nunc quia hic titulus duo pollicetur se demonstraturum, vt contrahatur, & vt committatur stipulatio, videamus primum, vt contrahatur. Et hoc nemo ignorat, stipulationem contrahi propriis verbis, hodie quibuscunque verbis ex Constitutione Leonis, id est, ex *l. 10. h. tit. l. 4. §. si quis autem, sup. de receptis arbitris.* Olim non contrahebatur, nisi solemnibus, & directis, vt ait lex 10. id est, *ciuilibus, & legitimis*, quibus scilicet, leges & legum consulti vti solent, non vulgaribus verbis, sed verbis iuris ciuilis, veluti *spondes? spondeo: fidepromittis? fidepromitto: fideiubes? fideiubeo.* Quare & in contrahendis stipulationibus adhibebantur Iureconsulti, qui earum formulas dictarent, vel præirent. Ouid. in Epist. Acontii ad Cydippen.

Dictatis ab eo feci sponsalia verbis,
Consultoque fui iuris amore vafer.

Significat amorem ei fuisse Iurisconsultum, & dictasse verba sponsionis. Idemque primo Amorum Eleg. 13.

Atque eadem sponsum consultum ad atria mittis,
Vnius vt verbi grandia damna ferat.

Nam ex stipulatione obligamur vno verbo, veluti, *spondeo*: vt idem Marcus Tullius pro Cæcinna: *Si quis*, inquit, *id, quod spopondit, qua in re verbo se vno obligauit, non præstat, maturo iudicio condemnatur.* Ergo, quia stipulatio olim non contrahebatur, non fiebat, nisi verbis directis & legitimis, proinde non fiebat, nisi latinis verbis, quia verba directa sunt Latina, verba iuris ciuilis. Sed postea receptum est longe ante constitutionem illam Leonis, vt & quacunque lingua stipulatio fieri possit vtilitatis gratia, quia stipulatio accedit omnibus negotiis iurisgentium aut potest accedere, quæ quacunque lingua contrahuntur, & conueniens congruumque est eundem esse accessionis sermonem, & negotii principalis. & ita definitur *l. 1. §. vlt. D. de verb. oblig. l. Græce, D. de fideiussor.* Verum hac in re hoc exigebatur alia lingua, si fieret stipulatio, quam Latina, vt ita fieret, sicut fieri solet Latina. cuius rei argumentum est in *l. an inutilis, in fi. de acceptilat.* Quod hodie tamen Leo non exigit. Id etiam ante Leonem receptum fuit, si instrumento cautionis, id est, stipulationis redactæ in literas,

A scriptum sit, promisisse aliquem illud vel illud, nullo alio adiecto, puta eo non dicto, promisisse interroganti vel stipulanti, vel promisisse solemni stipulatione, omnia præsumi solemniter acta, præcessisse scilicet interrogationem conceptam verbis directis, & sequutam responsionem congruam, & comparem, si modo (quod notandum) ita ex scripto res gesta sit inter præsentes, quæ est sententia *l. 1. h. tit. & l. Titia §. pen. D. de verb. oblig.* Et hunc modum [*si res gesta sit inter præsentes*] ex his duobus locis adiectum volo ad *l. sciendum, de verbor. obligat.* & §. *vlt. Institut. de fideiussor.* & §. *si scriptum, Instit. de inutil. stipulat.* vbi dicitur, *si scriptum sit promisisse aliquem, omnia videri transacta solemniter.* Sed addendum omnino, *si hoc scriptum sit inter præsentes, non si inter absentes*: Nam inter absentes facta stipulatio nul-
B lius est momenti. Nam quod fit inter absentes, nudo consensu fit, non verbis. Verba sunt tantum præsentium, mutant verba præsentes, non absentes, & stipulationis substantia consistit ex verbis. Præsumptio autem illa non potest fieri inuita substantia ipsius rei, inuita natura. Ergo non inducitur, nec fit, nisi, *vt dixi*, ita res ex scripto gesta sit inter præsentes. Et inde si quæras, an recte fiat stipulatio per epistolam, dicam intrepide, & incunctanter, recte fieri, sed inter præsentes tantum: nec enim absentibus tantum emittuntur epistolæ, sed & præsentibus, maxime cautionales. Multa genera epistolarum afferunt Rhetores, nostras omittunt epistolas cautionales, quæ emittuntur, & exponuntur inter præsentes, vt in hac *l. 1.* & in *d. l. Titia §. pen.* ponitur, epi-
C stolam, qua quis cauit vel promisit alteri, se daturum aliquid, vel facturum, factam fuisse inter præsentes. Recte igitur fit stipulatio per epistolam inter præsentes. Epistolæ quædam sunt cautionales, id est, quæ continent stipulationem, quæ tantum fiunt inter præsentes, non inter absentes: aliæ sunt, quæ fiunt & inter præsentes, & inter absentes; *vt fideicommissariæ*, quas etiam Rhetores omittunt, *l. cum quis §. pater, de leg. 3. l. 7. sup. qui testamen. fac. poss.* quibus scilicet quis alteri fideicommissum relinquit præsenti vel absenti. Et *epistolæ conuentionales*, quibus paciscimur aliquid cum alio, vel constituimus nos soluturos pro nobis ipsis, vel pro aliis, vel contrahimus emptionem aut venditionem, aut locationem, aut alia negotia, quæ nudo consensu
D perficiuntur, vt *l. 2. D. de pact. l. 2. D. de obligat. & action. l. 9. D. de prec. l. qui autem §. vlt. D. de constit. pec.* Et epistolæ, quibus libertos nostros aliis assignamus, epistolæ *assignatoriæ libertorum*, quæ ius patronatus transferunt in alium *l. 7. de assign. libert.* & quibus restituimus hereditatem, *l. restituta, D. ad Trebell.* vel quibus recusamus adire hereditatem, *l. 6. eod.* vel quibus cedimus bonis nostris creditoribus *l. vlt. D. de cess. bonor.* Et hæc quidem omnia fiunt per epistolam, sed inter præsentes tantum, non inter absentes. Et ita in *l. ea quæ, D. de donat. inter vir. & vxor.* intelligere oportet stipulationem factam fuisse per epistolam inter præsentes, alioquin inutilis esset stipulatio.

E

Ad Leg. II.

L. 2. Si filiæ tuæ, quam in potestate habebas, pecuniam dari stipulatus es: paratam obligationem exercere non prohiberis.

Lex 2. docet, patrem stipulantem pecuniam dari filiofamil, vel filiæfamil. sibi adquirere obligationem, quamuis non sibi, sed filio stipulatus sit, & ex ea stipulatione agere posse. Ratio hæc redditur in §. *ei vero, Inst. de inutil. stipul. quia*, inquit, *vox patris tanquam vox filij est*, id est, ipse filius sibi stipulatus intelligitur: ergo tanquam per filium patri confestim obligatio adquiritur, sicut si ipsemet filius sibi dari stipulatus esset. Vinculum potestatis vnius vocis & vnius personæ intellectum inducit, sicut

sicut in domino & seruo, *l. si seruus communis, D. de dam. inf.* Vt ex contrario solutio potestatis, veluti emancipatio aut manumissio diuidit personas patris & filii, domini & serui, *l. si Pamphilo, D. de opt. leg.* & Theophilus noster in §. *an seruo, Instit. de legat.* Et in iis causis etiam, in quibus filiusfam. pro patrefam. habitus, non adquirit patri, vt in causa castrensis, vel quasi castrensis peculii, sane duæ intelliguntur esse personæ, patris & filii, atque adeo, si ex causa castrensis peculii, quod pertinet ad filiumfam. pater filio dari stipuletur, nihil agit, quia stipulatus videtur alteri & extraneo, *l. 15. §. 1. D. de castrensi pecul.* Et certissimum est, alteri factam stipulationem, id est, extraneo sui iuris, non homini nostro iuri subiecto, aut cuius iuri nos subiecti non sumus, nullius momenti esse. Item in iis, quæ sunt facti, id est, quæ in actu filii consistunt, diuiduntur personæ patris & filii, quia facta naturalia sunt, & fictione iuris, non natura, pater & filius vnius personæ loco sunt. In iis igitur, quæ natura constant, & in quibus natura sola valet, & spectatur, vtique semper distinguimus personam patris a persona filii, vt si filius stipuletur *sibi soli ire agere licere per fundum L. Titij:* vel, *sibi soli tenere licere fundum Lucij Titij,* quo genere nudum factum in stipulationem deducitur, nuda itio, nudus actus, nuda detentio, soli filio ire, agere, aut tenere licet ex ea stipulatione, non patri §. *sed cum factum, Instit. de stipulat. seruor. l. stipulatio ista §. ij qui sunt, D. de verb. obligat.* quia naturaliter factum cohæret personæ facientis, aut electi ad faciendum, nec diuelli ab ea, & in aliam personam transire potest: ius facile commeat a persona in personam, factum non item: vt mortuo testatore ius hereditatis aditæ protinus transit in heredem, possessio æque non transit, quæ facti est, nisi sit apprehensa corpore heredis. Et similiter factum, quod alius explere debet in personam filii, non potest explere in personam patris, in cuius potestate est: vt si quis a testatore conditionis implendæ causa iussus sit dare, tradere, vel soluere filio Titii, soli filio dare, tradere, vel soluere debet, non patri, *l. qui heredi, D. de condit. & demonstrat*, quia factum ita cohæret personæ facientis, vt si collatum sit in aliam personam, id is, qui facit, qui factum explet, explere tantum possit in personam, in quam collatum est: & consequenter, si pater stipuletur filio ire agere licere, aut tenere rem illam licere, quæ facti sunt & corporis, omnino inutilis est stipulatio *l. quod dicitur, D. de verb. obligat.* Ratio hæc est, quia ex ea stipulatione, neque pater, neque filius agere potest. Ergo est inutilis. Non pater, quia factum adiectum est personæ filii, non patris. Denique ex ea stipulatione frustra ageret pater, quia ex ea ei ire, agere, aut tenere non licet, sed filio tantum. Non potest etiam ex ea agere filius, alioqui per patrem videretur filio adquiri obligatio, quod est absurdum. Filii est adquirere patri, non patris filio, *l. cum dos. D. de pact. dotal.* Et econtrario, si filius stipuletur factum patri, patri ire agere aut tenere licere, proculdubio hæc stipulatio per filium adquiritur patri iure potestatis *d. l. quod dicitur:* Ait autem hæc lex 2. patrem stipulatum filiæfamil. *pecuniam dari:* quid si fieri filio, vel filiæfamil. puta domum exædificari filiofamil.? Et placet hanc quoque obligationem, siue stipulationem adquiri patri, perinde atque si filius ipse sibi fieri stipulatus esset, *l. quodcunque, in prin. D. de verb. obligat.* Nam factum filii hac stipulatione non continetur, sed promissoris tantum. Et tale est factum, ædificatio domus, vt in personam filii ipsum non expleatur, sicut traditio, & solutio. Denique hac stipulatione ius solum confertur in filium, & mox a filio transit ad patrem.

Ad L. III.

L. 3. Si cum pecuniam tuam crederes, accommodato nomine Iuliani stipulatio in personam eius absentis directa est: cum nihil sit actum ea verborum conceptione, intelligis su- perasse tibi rei contractæ obligationem, ac propterea, si pecuniam a debitore tuo Iulianus exegerit, eamque solutionem ratam habuisti, habes aduersus eum negotiorum gestorum actionem.

Species legis tertiæ hæc est: Lucio Titio credidi pecuniam meam meo nomine, & stipulatus sum eam reddi Iuliano cuidam absenti & ignoranti: inutilis est stipulatio, quia alteri, id est, extraneo, in cuius potestate non sumus, vel quem in potestate non habemus, frustra stipulamur, ex regula iuris. Consistit tamen obligatio mutui. nulla est stipulatio, manet tamen & competit mihi condictio creditæ pecuniæ aduersus Lucium Titium. Denique verbis contracta obligatio non consistit, re contracta obligatio consistit, nec inutilis vtilem vitiat. Quod si forte L. Titius Iuliano soluerit pecuniam, lex ait, Iulianum mihi teneri actione negotiorum gestorum, si solutionem ei factam ratam habuerim, vt mihi restituat, quod perceperit. Quæ postrema pars huius legis repetita est in *l. si pecuniam, sup. de negot. gest.* Quæ tamen alii inscripta est, nempe, Salustio, hæc Hadriano, nec scio vnde error proficiscatur. Nam illa pars est istius. Posui (quod etiam Lex ponit) me stipulatum absenti Iuliano, sed hoc arbitror legem sumere, ex facto proposito: Nam idem est, si stipuler præsenti Iuliano. Denique alteri stipulari non possum, neque absenti, neque præsenti; quia neque si præsenti sim stipulatus, potest videri ille stipulatus, qui præsens fuit & tacuit: Nam in stipulationibus sermone opus est stipulantis: qua de causa mutus inutiliter stipulatur nutu, vel quo alio signo, *l. 1 ff. de verb. oblig.* Ergo ita constituo, alteri absenti vel præsenti neminem vtiliter stipulari posse. Posui etiam cum Accursio, me pecuniam meam credidisse meo nomine: nam si nomine Iuliani credidissem, Iuliano competeret condictio certi, *l. certi §. si nummos, ff. de reb. cred.* quam etiam notauit Accursius. Et tamen lex, *certi* condictionem ex numeratione pecuniæ aperte dicit mihi competere, non Iuliano. Et illa verba legis [*debitore tuo*] demonstrant etiam mihi creditam pecuniam deberi, non Iuliano. Et quod subiicitur, *non recte solui eam pecuniam Iuliano, nisi ratam fecero solutionem,* etiam demonstrat, mihi, non Iuliano, ex numeratione debitam fuisse pecuniam. Et secundum hoc, quod satis iam comprobatum est in *h. l. 3.* verbum [*crederes*] est subdistinguendum, & tollenda est subdistinctio a nomine *Iuliani,* vt ita omnino sit eadem species huius legis, quæ *l. certi §. quoniam, ff. de reb. credit.* Glossa in verbo [*directa est*] recte ait: *Nota, quod hic tenuit obligatio contracta re, non verbis.* hoc est verum: Sed quod postea subiicit: *Et præterea aut in dando, aut in faciendo consistit, &c.* Ea omnia obliteranda sunt, quia neque mentem vllam habent, neque rei propositæ conueniunt. At alia Glossa recte ponit Iulianum exegisse pecuniam nomine meo, ex quo sequitur, me cum eo recte agere negotiorum gestorum, vt reddat pecuniam, quam recepit meo nomine. Vltima autem glossa tentat, Iulianum, qui exegit pecuniam a me creditam Lucio Titio, qui eam exegit meo nomine, mihi teneri mandati, non (vt lex ait) negotiorum gestorum ex regula iur. *l. semper qui non prohibet, D. de reg. iur.* Qui ratum habet quod gestum est, mandati obstringitur: Ego ratam habeo solutionem factam Iuliano. Ergo mandati teneor. Et in hac re explicanda, siue diluenda valde laborant tum hoc loco, tum in *d. l. si pecuniam.* Sed nihil est, quod tam facile possit expediri. de eadem re non est absurdum, si detur & negotiorum gestorum, & mandati actio, etsi sit in arbitrio actoris, vtra malit vti negotiorum gestorum, quod res gesta sit sine suo mandato, vel mandati, quod ratihabitio mandato comparetur, & retrotrahatur. Ergo quæ lex dat actionem negotiorum gestorum, non ideo denegat mandati actionem: vel contra, quæ dat mandati, non ideo denegat actionem negotiorum gestorum. Sed est in potesta-

te actoris, ex eadem causa, hac vel illa experiri, quia & ratihabitio pro mandato est. & ita in *l.5. D.de except. rei iud.* proponitur eum, qui egit de eadẽ re mandati, postea agere negotiorũ gestorum, & tamen repelli exceptione rei iudicatæ, quia licet agat alia actione, tamen agit eadem de re. Quod fuisse in formulis Iurisconsultorum, in formula nimirum exceptionis rei iudicatæ M. Tullius indicat 5. de finibus. *Vt in actionibus*, inquit, *præscribi solet, de eadem re egit alio modo*. Et 13. epist. scribens ad Iurisconsult. Seruium Sulpitium, *vt in formulis vestris, sic ego in epistolis, de eadem re alio modo*. quæ res non impedit exceptionem rei iudicatæ. Vtut sit, verissimum esse hoc constat ex *d.l.5.* in arbitrio esse actoris, de eadem re, qualiscunque illa sit, vt agat mandati aut negotiorum gestorum, si ratum habuerit quod gestum est.

Ad L. IV.

L. 4. Secundum responsum Domitij Vlpiani præfecti annonæ Iurisconsulti amici mei, ea, quæ stipulata est, cum moreretur, partem dimidiam dotis cui velit relinquere, reddi sibi cum moreretur, eam partem dotis stipulata videtur.

Est singulare in *h. l.4.* responsum Vlpiani, quod non exstat alibi: & ex eo responso Alexander Imperator rem, de qua rogatus fuerat, dirimit: quem etiam *h. lex 4.* indicat, fuisse præfectum annonæ sub Alexandro his verbis: *Domitij Vlpiani præfecti annonæ, Iurisconsf. amici mei*, vt hodie Principes nostri etiam solent scribere, *à nostre amé & feal*, vt in *l. Diui D. de iure patr. & l.vlt. D. de offic. præfect. vigil. & l.1. §. denique, de appell. l. 1. C. Herm. ex delict. defunct. l.1. C. Greg. si aduers. donat.* & Treb. Pollio in Claudio, *Gratianus Imperator Claudio duci Illyrici parenti & amico suo*. Alia lex Alexandri, nempe *l.4. sup. de loc.* ostendit etiam, Vlpianum fuisse præfectũ prætorio sub Alexandro. Et Lampridius etiam, & idem magistrum scrinii. Et solus Zosimus auctor est, quod nemo intellexerat ante editionem Zosimi, vt Papinianum; sic etiam Vlpianum fuisse occisum a Prætorianis militibus seditione motis. Singulare autem responsum Vlpiani est, vt si mulier stipulata est a marito cum moreretur partem dimidiam dotis reddi ei, cui ipsa vellet relinquere. incertæ igitur personæ, vt valeat stipulatio, quia hoc genere, non alteri, sed sibi ipsi videtur stipulata. Ideoque si eam partem nulli reliquerit testamento, vel codicillis, transmittet stipulationem ad legitimum heredem, quia non est inutilis, cum hoc genere sibiipsi videatur stipulata, cum est stipulata ei, cui illa moriens vellet relinquere.

Ad L. V.

L. 5. Nuda pollicitatione, secundum ea, quæ sæpe constituta sunt, ad præstanda ea, quæ promiserat, vrgeri quenquam non semper iura permittunt. Verum quoniam praterea, si contra pactum fecerit, quanti ea res est, dari tibi stipulantis, aduersarium tuum promisisse proponas: huiusmodi etiam obligationis post motam litem extitisse conditionem, & eius summæ, quæ in hac quoque stipulatione continetur, petitioni locum factum esse conuenit.

Superiores leges fuerunt de contrahenda stipulatione: lex 5. de committenda stipulatione. committitur, stipulatio cum ex ea agi potest. Pura igitur stipulatio committitur statim: conditionalis, cum conditio extiterit: concepta ad diem, cum dies venerit. Lex 5. est de stipulatione conditionali, cui iniecta est hæc conditio, *si aduersus pacta conuenta factum erit*. Et ait initio, nuda pollicitatione; vt ex pacto nudo non nascitur actio, quæ regula iuris dicitur in *l. iuris gentium §. idem responsum, D. de pact.* & νόμιμον ψήφισμα in *Nouella Leonis* 72. Ita ex nuda pollicitatione etiam non nascitur actio, aut multo minus nascitur. Paulus 5. Sententiarum, *ex nuda pollicitatione*, inquit, *nulla actio nascitur*. Et ideo subiicit ibidem Paulus id, quod est in *l.vlt. D. qui testam. facere poss.* bona eius, qui se Imperatorem heredem facturum iactauerat (quæ *iactatio* pollicitatio est) non posse a fisco vindicari, quia ex nuda iactatione, siue pollicitatione non nascitur actio. Differentia inter pactum & pollicitationem nota est ex *l. pactum, D. de pollicit.* Pactum est, quod placuit inter duos pluresue. Pollicitatio est solius offerentis promissio. Cæterum vt pactum sæpe transit in contractum, *l. si vnus §. idem dicemus, D. de pact.* Pactum, inquit, proficit ad nouum contractum. Qua re fit, vt eadem conuentio veluti arræ datio modo appelletur pactum, modo contractus, quia ex pacto abiit in contractum, ex pacto exiit contractus, *l. 3. sup. quando liceat ab empt. disced. l. contractus, sup. de fid. instru.* Ita pollicitatio sæpe transit in pactum vel in contractum. In contractum, vt in specie *l. vlt. §. vlt. de obligat. & act.* quæ est elegantissima. si vltro per epistolam tibi pollicear salarium tot aureorum quotannis, si distracta omni re tua ad me venias, operas mihi præstaturus illas vel illas, & tu distracta omni re tua veneris, pollicitatio transit in contractum, quia ex parte tua sumpsit effectum, quoniam distraxisti omnia tua, & venisti ad me: & ideo salarii nomine tibi in me competit actio præscriptis verbis, quasi ex articulo do vt facias, vt in *l. cum mota, sup. de transact.* quia inspicitur ratio initi, non impleti contractus. Initus autem ita fuit, *Dabo salarium*, & licet tu cœperis facere pro tua parte quod volui, priusquam darem salarium, tamen res non dicetur gesta hoc modo, *facio vt des*, ex quo articulo non datur actio præscriptis verbis, sed inspecto initio, vt in *d. l. cum mota* res ita gesta dicetur, *do vt facias*, ex quo negotio constat nasci actionem præscriptis verbis. Pollicitatio autem transit in pactum, si quod vltro tibi pollicitus sum per nuntium, vel per epistolam, tu ratum acceptumque habuisti, vt in *l. qui negotia, D. mand. l. 15. D. de fund. dot.* Et hoc casu eadem conuentio & pollicitatio & pactum dici potest pollicitatio, inspecto initio, pactum, inspecto exitu, quia pollicitatio desciuit in pactum, vt in hac lege, vbi eadem conuentio dicitur nuda pollicitatio, & nudum pactum, nimirum re gesta in hunc modum, & hæc est species legis, *Quod tibi sum pollicitus*. finge, quod voles cumque, tu ratum habuisti: atque ita hac de re confectum est pactum inter me & te, cui mox subiecta est stipulatio, non pœnalis, vt Bartol. ait, sed quanti interest, ita scilicet, vt si contra pactum facerem, quanti ea res esset, tantam pecuniam darẽ adscripta certa summa, vt suadet lex *vlt. ff. de prator. stipulat.* Male enim glossa, huius stipulationis summam fuisse incertam. Porro hæc stipulatio committitur agente te ex pacto, ita scilicet, vt vel pacto paream, vel ex stipulatione præstem id quod interest, aut eam summam, quæ vice est eius, quod interest, & in stipulatione taxata & comprehensa est, vt in *l. si pacto sup. de pact.* Ita, *inquam*, agente te, stipulatio committitur, si pacto non paream. Denique committur stipulatio, lite de pacto, & de summa stipulatione comprehensa, mota, vt ait, id est, contestata: semper enim inuenio litem motam accipi pro contestata, *vt l. postquam liti, sup. de pact. & l. si sine §. Marcellus, D. rem rat. hab.* Et ita recte dicitur in *l. cum quærebatur §. proinde, D. iudic. sol.* stipulationem ob rem non defensam, quanti ea res est, id est, quanti interest, re non defensa, protinus non committi, sed lite contestata ex ipsa stipulatione. Et ita in specie proposita, lite contestata ex pacto, simulatque ex ipsa stipulatione, continuo plane committitur stipulatio, quasi existente conditione stipulationis. non potest quidem agi ex pacto nudo per se solo. Fateor, quod hæc lex ait *sæpe constitutum fuisse*, id est, abiisse in regulam iuris, vt ex nuda pollicitatione, & pacto, non semper, inquit, nascatur actio. Et ait, *non semper*, quia excipiuntur certi casus. Et eadem forma loquendi [*non semper per liberam personam adquiri obligationem.*] *l. solutum §. pen.*

pen. §. ff. de pignor. act. l. per procuratorem, de procur. Sed nihilominus lite mota de pacto, & de stipulatione, quanti ea res est simul, si non agnosco bonam fidem, si non sto conuentis, si refugio pacti conuentionem, statim planum fit & indubitatum, commissam esse stipulationem, quanti ea res est, quia extitit conditio stipulationis, id est, quia admonitus iudicio, pacto non parui. Et hæc est sincera huius legis interpretatio, ad quam nemo propius accessit, quam Ioannes. Cætera Accursij, & aliorum, Syrii Magni.

Ad L. VI.

Scire debuisti, quæ sub transactione dari placita sunt, certi vel incerti stipulatione subsecuta peti posse.

LEx 6. docet, transactioni factæ pacto conuento solere subiici stipulationem, vt quæ ex pacto nasci non potest actio, nascatur ex stipulatu. Quod etiam ostendit *l. iuris gentium, §. quod fere, ff. de pact.* Et Paulus *2. Sent. Omnibus*, inquit, *pactis stipulatio subiici solet, vt ex stipulatu actio nasci possit: & eam stipulationem aut esse certi, aut incerti*, vt, *l. stipulationum, ff. de verb. obligat.* Certi esse, si certam summam comprehendat, vt posui in *l.* superiore: Incerti esse, si incertam summam, veluti quanti ea res est, non adiecta certa quantitate, *l. non autem, ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et ex hac stipulatione incerta proprie nascitur actio *ex stipulatu*: ex certa autem certi condictio, *l. si quis certum, ff. de rebus creditis.*

Ad L. VII.

Lex 7. Neque tutoris neque curatoris absentia quicquam stipulationi nocet: cum & fœminam minorem 25. annis absente curatore stipulari posse non ambigatur.

LEx 7. docet, recte pupillum, & minorem 25. annis, stipulari sine tutoris, vel curatoris auctoritate, & repetita est ea lex aut portio eius in *l. 1. sup. de auctor. præst.* Recte autem ait, *stipulari*, quod est interrogare promissorem: Nam pupillus non potest promittere sine tutoris auctoritate. Et hoc est, quod legitur in Instit. *de auctoritate tutorum, pupillum meliorem suam conditionem facere posse sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutoris auctoritate.* Pubes autẽ minor viginti quinque annis, ex l. Lætoria promittendo non obligatur cum effectu. Suetonius 4. *Prætorum. Lex Lætoria*, inquit, *vetat minorem 25. annis stipulari*, quod verbum eo loci accipitur in patiendi significatione, pro *interrogari*, vt Priscianus docuit, quo auctore etiam Glossa vtitur in hanc rem, in *§. præterea, Instit. quib. mod. toll. oblig.* vbi tamen ea glossa male verbum [*stipulatus*] accipit passiue, cum sine læsione vlla sensus, aut contextus, rectissime accipiatur actiue. Sed sunt tamen plures alij loci, in quibus id verbum passiue accipitur manifestissime, vt in *l. si non sortem §. si decem, ff. de cond. indeb. l. vlt. in fi. de administr. tutor. l. 7. de eo, quod cert. lo. l. 5. §. pen. de solut.* & etiam in *l. 112. §. vlt. ff. de verb. oblig.* Quia autẽ lege Lætoria, vt Suetonius ait, minor 25. annis non obligatur vtiliter, ideo apud Plautum in *Rudente*, is quo cum agitur ex stipulatu, has exceptiones habet, *ni dolo malo instipulatus sies, niue etiam dum siem 25. natus annos.* & quæ ab eodem in *Pseudolo* dicitur *lex quinauicenaria*, ea proculdubio est lex Lætoria: a qua etiam dicta est ætas legitima, ætas 25. annorum, vt aperte ait lex 2. *C. Th. de donat. intra annos legis Lætoriæ*, inquit, *constitutus*, id est, vicesimum quintum. Et de lege Lætoria non ita dudum recte accepi *l. 7. in fi. ff. de except.* dum docet minori 25. annis circumscripto, quo verbo vtitur, subueniri data exceptione, nimirum ex lege Lætoria, qua nominatim M. Tullius scripsit lib. de Offic. *vindicari circumscriptionem adolescentium.* Sed quod Suetonius lege Lætoria caueri ait, ne *minor 25. annis stipuletur*, id est, ne interrogetur, vt promittat aliquid: quibus verbis significari videtur, minorem viginti quinque annis ex stipulatu non obligari: hoc pugnat cum *l. puberes, ff. de verb. obligat.* quæ aperte ait, *puberes minores 25. annis, etiam sine curatoribus suis, etiam sine auctoritate curatorum, quos habent, obligari ex stipul.* Vnde constituenda est differentia inter pupillum, & minorem viginti quinque annis: Nam pupillus sine tutore suo non obligatur ex stipulatu: minor obligatur, quæ noua videri non debent. Nam & aliam in stipulationum causa inuenies differentiam inter pupillum, & puberem minorem quam 25. annis natum in *l. vlt. §. pupillus, ff. de verb. obligat.* vbi ait, *pupillum, qui est in patris potestate, ne auctoritate quidem patris obligari ex stipulatu: puberem obligari tanquam patremfamilias ex stipulatu.* Et ita inuenies etiam, non pupillum, sed puberem minorem vigintiquinque annis, nouare posse obligationem, non adhibito curatore, & ita facere conditionem suam deteriorem *l. 9. ff. de nouat.* Vnde ita constituamus: obligari quidem minorem viginti quinque annis ex stipulatu, etiam non adhibito curatore suo, sed ex lege Lætoria restitui posse in integrum, atque ita nullum erit dissidium. Sed rursus obiicitur lex *3. sup. de in integr. rest. min.* quæ minore 25. annis vendente res suas mobiles (nam immobiles non possunt vendi sine decreto) ait, ipso iure nullam esse venditionem, quam fecit sine curatoris auctoritate. Ergo non esse necessariam restitutionem in integrum. Nil moueor illa lege, quia non loquitur de stipulatione, sed de venditione rerum minoris ab eo facta sine auctoritate curatoris, quam ait ipso iure irritam esse. Cur vero ita? quia rerum administratio non pertinet ad minorem, sed ad curatorem, quem habet: Et consequenter ita sensi: semper, ex causa administrationis susceptæ, vel assumptæ a minore viginti quinque annis sine curatore suo, vt puta in ea specie, ex causa venditionis rerum suarum, eum non obligari empti venditi. Hoc enim est consequens, vt si ipso iure nulla est venditio, nullo iure obligetur minor, qui vendidit sine curatore suo. Et addi potest ratio, quia obligatio empti venditi est iuris gentium *l. 1. §. 1. de contr. empt.* quo iure non minus exigitur auctoritas curatoris, quam tutoris. Obligatio autem verborum est iuris ciuilis, & solemnitatem iuris desiderat, ad quam inutilis est auctoritas curatoris, ad solemnia iuris non adhibetur curator, *l. cum in vna §. vlt. ff. de appellat.* Et ita liquido hæc res est diluenda & explicanda. Agamus iterum ea de re. Lex Lætoria (vt Suetonius scribit) vetat minorem vigintiquinque annis stipulari, id est, interrogatum, vel interrogatam respondere stipulanti. Et in fœmina quidem minore vigintiquinque annis verum est, eam interrogatam & promittentem stipulatori, non obligari sine tutoris auctoritate. Vlpianus libro Regularum titulo vndecimo: *tutoris auctoritatem necessariam esse mulieribus, si se obligent, vel si ciuile negotium gerant.* Idemque indicat *hæc l. 7.* cuius duæ sunt partes. Primæ partis verba hæc sunt: *neque tutoris neque curatoris absentia.* Quæ verba proprie pertinere ad pupillum, qui tutorem vel curatorem habet demonstrat ea pars legis relata integrior in *l. 1. sup. de auctor. præst.* vbi adduntur hæc verba: *neque tutoris, neque curatoris absentia quicquam stipulationi pro pupillo habitæ nocet, & cæt.* Nam quod vulgo additur [*vel adulto*] spurium est, *vt probant omnes veteres libri*, a quibus, & recte, absunt illa verba [*vel adulto.*] Ergo prior pars legis pertinet ad pupillum tantum, non ad puberem, siue adultum. Posterioris autem partis verba hæc sunt: *Cum & fœminam minorem viginti quinque annis, & cæt.* Quæ verba ex contrario nobis argumentum præstant, vt non possit fœmina minor vigintiquinque annis stipulanti promittere sine tutore suo (vt olim mulier etiam pubes fuit in perpetua tutela) vel hodie sine curatore suo. Cur vero ait *fœminam minorem?* nisi quia marem minorem viginti quinque annis, verum est sine curatore suo ex stipulatu obli-

gari, id est, sine auctoritate curatoris, quem habet *l. puberes, ff. de verb. oblig.* Sed obligato ex stipulatu succurritur, primum decepto in re ipsa, non dolo aduersarii, subuenitur data restitutione in integrum: circumscripto autē dolo aduersarii subuenitur lege Lætoria data præscriptione *l. 7. in fi. de except.* quod etiam innuit inscriptio *d. l. puberes,* quæ est *de præscr.* & vt dicebam nudiustertius, Comœdia Plauti, quæ stipulationi has addit præscriptiones siue exceptiones: *Ni dolo malo instipulatus sies, niue etiam dum siem quinque & viginti natus annos.* Neque nouū est hac in re distare puberem a pupillo, quem constat non obligari ex stipulatu sine tutoris auctoritate: Nam & in aliis rebus in hac ipsa causa stipulationum plurimum inter se distant, vt in *l. vlt. §. 1 ff. de verb. oblig.* Pupillus, qui est in potestate patris, ne auctore quidem patre ex stipulatu obligari potest, quod etiam rescriptum est in *Inst. §. pupillus, in fine, de inutil. stip.* At pubes perinde ac paterfam. ex stipulatu obligari potest, vel adhibito patre, vel non: sicut, vel adhibito curatore quem habet, vel non, *d. l. puberes.* Et alia etiam differentia notatur in *l. 9. ff. de nouat.* Pupillus sine tutoris auctoritate nouare obligationem non potest, quod etiam ostendit lex *20. §. 1. eod. tit.* Pubes nouare obligationem potest, quod fit per stipulationem, nec in eam rem exigitur, vt puberi nouanti curator auctor adhibeatur. Ergo hæ sunt tres differentiæ in causa stipulationum inter pupillum & puberem minorem viginti quinque annis. Extra causam stipulationis, vt ostendi in *d. l. puberes,* etiam in aliis quamplurimis inter se distant pupillus, & pubes: vt ecce debitor recte non soluit pupillo quod ei debet sine tutoris auctoritate: recte soluit puberi, etiam non adhibito curatore, sed aduersus solutionem minor potest restitui in integrum: quod si solutio ei fiat adhibito curatore, non solet restitui in integrum, quia recte facta est. Et non potest negari sine manifesta calumnia, hoc ita proponi in *l. ait prætor, ff. de minor.* Et præterea pupillus debitori suo iusiurandum deferre non potest sine tutoris auctoritate *l. 17. §. 1. ff. de iureiur.* In pubere autem deferente iusiurandum non exigitur auctoritas curatoris *l. 9. §. si minor, eod.* Item ex causa fideicommissi pupillus non recte restituit hereditatem sine tutoris auctoritate: puberi ad eam rem non est necessaria curatoris auctoritas *l. 1. §. fuit, ff. ad Senatusc. Trebell.* Pupillus non potest adire hereditatem sine tutore suo: contra pubes potest sine curatore suo: Nam ad adeundam hereditatem, quod fiebat solemniter, inutilis est auctoritas curatoris *l. cum in vna §. vlt. ff. de appellat.* Item obligatio pupilli, pupillo interpellato non perpetuatur, nisi adsit tutor cum interpellatur pupillus *l. 24. ff. de verb. oblig.* Præsentia tutoris exigitur in interpellatione pupilli, quæ nunquam exigitur in interpellatione puberis, id est, non exigitur curatoris eius præsentia. Ac postremo si nauem exerceat pupillus, non etiam si pubes, inuenio exigi auctoritatem tutoris, non etiam curatoris *l. 1. §. exercitorem, ff. de exercit. act.* Verum supradictæ legi *puberes,* quæ statuit, puberem obligari ex stipulatione interposita sine curatoris auctoritate, quem habet, obiicitur *l. 3. sup. de in integ. restit.* qua in re est omnis labor huius quæstionis. Lex tertia ait, *si curatorem habens minor 25. annis post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet.* Sententia ergo hæc est, puberem habentem curatorem vendentem res suas sine curatore suo, nihil agere, nullam venditionem contrahere, quia minor, qui habet curatorem, est similis prodigo, cui prætor bonis interdixit, dato curatore. Videamus, an recte d. lex tertia obiiciatur legi *puberes.* Lex *puberes* loquitur de stipulatione: lex tertia non loquitur de stipulatione, sed de venditione & alienatione rerum minoris 25. annis: Nam etsi lex dicat tantum, *vendidisti,* quid vetat me subintelligere, & *tradidisti,* & contractus nomine, contractum impletum intelligere, impletum traditione: illo loco legis tertiæ, quod subaudire licet in iure plusquā mille locis, e quibus vel vnum notare putidū est & in eo argutari sophisma ticum. Porro venditio illa & alienatio quam fecit minor curatorem habens sine curatore suo, ipso iure nulla est, *vt ait lex 3.* hac ratione, quia rerum administratio non pertinet ad minorem, tametsi dominus sit earum rerum, sed ad curatorem suum. Quam rationem spectasse Imperatorē in *l. 3.* prodigi comparatio demonstrat, cui etiam ius rerum suarum administrandarum non competit. Et consequenter si venditio ipso iure nulla est, nec ex causa venditionis factę sine curatoris auctoritate minorē obligari, quiuis etiam me tacente intelligit: quia nullius contractus nulla potest esse obligatio. Et arbitrari me aliter sensisse, arbitratus est non sani hominis. Cæterum extra rerum suarum administrationem & alienationem, & negotia ciuilia iuris gentiū, quale est negotium emptionis venditionis, ex aliis causis, quæ solemnitatem iuris desiderant, vt si masculus minor 25. annis dotem dicat, quod fiebat adhibitis solemnibus iuris quibusdam, vel si adeat hereditatem, quod etiam desiderabat solemnitatem iuris, vel si creditori stipulanti promittat, quod etiam fiebat solemniter, ita sensi eum obligari per se solum nullo auctore adhibito: quia ad solemnia iuris soli tutores adhibentur, quos pubes masculus non habet. curatores vero quos habet non adhibentur ad ea solemnia *d. l. cum in vna §. vlt. l. curatorem, ff. de auct. tut.* Et quod obiicitur, alienare minorem viginti quinque annis videri, si solutam sibi pecuniam a debitore accipiat: recte, *sine curatore suo,* quia alienat obligationem, accipiendo solutam pecuniam. Hoc est verissimum. Sed quia solutio accipienti est adquisitionis species, quia adquirit dominium eius rei vel pecuniæ, quæ soluitur. nil videtur amittere, qui recipit, quod sibi debetur, & quatenus id sibi adquirit, quod soluitur ea parte, eaque ratione, solutio tanquam adquisitio spectatur potissimum, & valet ipso iure, etiamsi facta sit non adhibito curatore: cum & Marcus Tullius auctor sit in Topicis mulieri puberi recte solui pecuniam sine tutoris auctoritate. Eademque ratio est iurisiurandi delati a pubere minore viginti quinque annis, quia iusiurandum solutionis loco cedit, *l. 27. D. de iureiur. l. Stichum §. naturalis, D. de solut.* (vt ante dixi) ex causa fideicommissi minor restituit hereditatem sine curatoris auctoritate, vt *l. 1. §. fuit, ad Trebell.* quia (vt & refractarii agnoscunt) restituendo hereditatem ex fideicommisso minor nil alienat de propriis bonis, sed de bonis defuncti. Verum in hoc manifesta calumnia mihi falso imponitur, quod recte soluatur minori, quod recte iureiurando soluat, quod recte restituat hereditatem, quod recte adeat hereditatem sine curatore suo, ex eo me colligere minorem 25. annis obligari sine curatore suo, quod nemini sano ita colligere contigit, aut sobrio aut sicco, sed manifesto in *d. l. puberes,* hæc protuli in medium, vt inter pupillum & puberem, quot quantæque differentiæ essent, commonstrarem.

Ad L. VIII.

L. 8. Non moriturum præstari seruum, impossibilis promissio est. Post mortem autem eius stipulatus, recte solutionem postulat.

AD leg. octauam notanda sunt, hanc stipulationem, *illum hominem non moriturum, aut non moriturum hominem dari,* non valere, quia impossibilis est, cum neque præstari, æstimatio possit. Immortalitas enim est res inæstimabilis. At si quis stipuletur hominem sibi debitum, ex causa furtiua quem scit esse mortuum, aut post moram defunctum, valet stipulatio, vt in *l. inter §. pen. ff. de verb. oblig. l. eum, qui §. 1. ff. de iureiur.* Dico debitum, quia sine causa debiti stipulatio non consistit. Ea vero stipulatio hominis mortui valet, & in æstimatione consistit, non in corpore, quod præstari non potest. Et hoc ita etiam a contrario sensu demonstrat §. 1. *Institut. de*

inutil. stipulat. quia dum ait, *inutilem esse stipulationem, si quis stipuletur Stichum, qui mortuus sit, quem viuere credebat*, ex diuerso innuit, *eum, qui sciens stipulatur Stichum sibi debitum, quem scit esse mortuum, non inutiliter stipulari, & Stichi æstimationem peti posse.* Et ita etiam, vt additur in hac lege, *si quis stipuletur Stichum sibi debitum* (nam omnis stipulatio causam exigit) *Stichum inquam, sibi debitum dari cum mortuus erit, valet*, quasi sub alia quauis conditione stipulatione concepta *argum. legis 20. ff. de verb. obligat.* Et hoc est, quod ait lex octaua: *Eum, qui stipulatus est seruum post mortem eius serui, recte solutionem postulare.* Et delenda omnis glossa Accursii in hunc locum. Ad l. 8. ne quid desideretur, hoc vnum addam, hæc verba, *post mortem autem eius stipulatus*, sic esse interpretanda, vt valeat stipulatio, & possit ex ea peti æstimatio serui, si quis stipulatus sit, Stichum sibi debitum dari, cum is mortuus erit, quasi stipulatione facta sub conditione, si morietur: vel cum morietur, quod idem est *l. quodcunque §. pen. ff. de verb. oblig.* Et valere hanc stipulationem sicut factam sub qualibet alia conditione, *argum. leg. 20. de verb. obligat.* probaui. Et hæc est vera interpretatio: Nam hæc verba [*post mortem autem eius stipulatus*] si ita interpretemur, quod sane verba non refugiunt, vt valeat stipulatio, si stipuler hominem mortuum, quem scio esse mortuum, si hanc potius admittamus interpretationem, quam (*vt dixi*) etiam verba ferunt non minus, quam illam, nimis multa erunt supplenda, quæ non debuit lex omittere, si hanc mentem habet. Erit nempe subaudiendum, hominem mortuum deberi ex causa furtiua, quia fur non liberatur morte serui furtiui, *l. vlt. ff. de condict. furt.* vel etiam erit subaudiendum ex alia causa debitum hominem fuisse mortuum post moram debitoris, quia mors contingens ante moram liberat debitorem, *l. si ex legati causa, ff. de verb. oblig.* Et hæc ita subaudienda forent, vt ostendit lex *inter §. pen. ff. eod.* & lex *eum, qui §. 1. ff. de iureiur.* quas adduxi ante, & adduxit etiam glossa hoc loco. Igitur ne tot verba omisisse lex videatur, ne tot suppleamus, melius est priorem interpretationem, vt simpliciorem, amplecti.

Ad L. IX.

L. 9. Siquidem Zenoni stipulanti mortis vel cruciatus corporis territus timore spopondisti: aduersus experientem exceptione proposita defendi potes. Sin vero nihil tale probetur, accusationis institutæ, vel futuræ prætextu, non ob turpem, sed probabilem causam habita stipulatione, promissio non infirmatur. Sin autem ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de huiusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur.

EX hac l. intelligimus ex stipulatione metu exorta, nasci quidem actionem, sed eam repelli exceptione metus, vt *l. pen. tit. seq. l. 7. sup. de iis, quæ vi met. caus.* Et metum definit hæc lex, non quemlibet timorem, sed mortis, vel cruciatus corporis timorem, vt in *l. 3. ff. ex quib. caus. maior. l. interpositas, sup. de transact. l. si voluntate, sup. de rescind. vendit.* Nec igitur metu extorta videtur stipulatio, quæ quo alio timore extorta est, sed quæ timore tantum mortis, vel cruciatus corporis, quem *magistrianum timorem* vocat Fulgentius Placiades in expositione continentiæ Virgilianæ, *Caieta*, inquit, *nutrice sepulta, id est, magistriani timoris proiecta grauedine.* Et alibi, *feriatum æuem vitæ post magistrianum timorem*, id est, *mortis.* Non ergo dicimus metum, quemlibet timorem, non timorem accusationis institutæ, vel instituendæ: Nam si huius timoris prætextu dicam, me stipulanti promisisse, quod promisi ex honesta & probabili causa, veluti ex causa creditæ pecuniæ agenti ex stipulatu, nihil obstat exceptio metus, quod hæc lex ostendit, & lex *accusationis, sup. de iis, quæ*

A *vi metus caus.* Sed si stipulanti promisero ex turpi causa quod etiam proponit lex nona, puta, ne aduersus me criminis accusatio institueretur, hoc casu, qui agit ex stipulatu, repellitur, si quid ei promisero, ne me accusaret, & repellitur quod turpiter stipulatus sit, quia (vt hæc lex subiicit) de crimine pacisci, ne accusatio instituatur, & pactum deducere in stipulationem turpe est, neque licet, vt *l. transigere, sup. de transact.* Et hoc significat Paulus, 1. *Sentent.* dum ait, *De criminibus propter infamiam nemo cum aduersario pacisci potest*: propter infamiam, id est, quia turpe est. Sed ne fallamur, hoc tantum debet intelligi de criminibus non capitalibus, id est, quorum pœna mors non est. De crimine non capitali pacisci aut conuenire non licet per stipulationem: at de capitali pacisci & transigere licet *d. l. transigere*, B quia vt Marc. Tullius ait pro Milone, *Omnis est honesta ratio expediendæ salutis.* Ergo qui paciscitur de crimine capitali, cuius extimescit accusationem, non ex turpi causa, sed ex honesta paciscitur, vt vitam suam tueatur. Excipitur tantum adulterium in *d. l. transigere*, quod hodie est capitale, & tamen de eo pacisci non licet. Cur excipiatur adulterium, vera ratio hæc est, quia olim ex lege Iulia non fuit capitale crimen, quod omnes fatentur. Ergo hoc verum est. Et ideo olim non licebat pacisci de adulterio, quia non erat capitale: Sed hodie licet adulterii crimen factum sit capitale ex constitutione Constantini *l. quamuis, ℑ. ad leg. Iul. de adult.* tamen id etiam effectum non est vlla constitutione abrogato iure veteri, vt liceret pacisci de adulterio. Manet igitur quod abrogatum non legitur, quamuis per consequentiam C videretur abrogandum. Nam noua iura semper restrictius accipiuntur, nec licet ex iis ducere argumenta a consequentibus, vel a maiori aut minori. Et tamen de raptu pascisci licet *l. pen. sup. quib. ex caus. serui pro pretio libert. consequ.* Et hæc est vna differentia inter raptum, & adulterium: Nam de adulterio pacisci non licet. Est etiam alia, quod non eadem lege hæc crimina vindicantur, sed adulterium lege Iulia de pudicitia: raptus lege Iulia de vi. Item, quod adulterii accusatio finiatur quinquennio, raptus accusatio sit perpetua, *l. 5. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* At rursus, ab eo, quod diximus, *de crimine non capitali pacisci non licere*, excipitur accu- D satio falsi, de qua pacisci licet: Nam in *d. l. transigere, articulus citra*, exceptionem facit, vt, ne nouum hoc videatur, in *l. vn. §. extraneum, sup. de rei vxor. act. Extraneum* inquit, *dicimus, omnem citra parentem virilis sexus*, id est, *præter parentem.* Et ita Latini & Græci interpretes omnes semper illa verba habuerunt pro exceptione, quod docet etiam *Obseruat. 6.* Et ratio exceptionis non potest pendere ex alia causa, quam ex ipsa lege Cornelia de falsis, quæ de accusatione falsi transactionem nominatim permiserit, vt permisit nominatim lex Cornelia de iniuriis, transactionem de iniuriis. & de falsis, quia plerunque accusatio falsi pertinet ad pecuniariam causam siue priuatam, & nominatim etiam approbatur transactio de falso, *l. 7. & l. pen. in fine, ℑ. ad leg. Cornel. de fals. l. 2. sup. de iis, quibus vt indig.* quas tamen leges non desunt, qui vitilitigent, sed eorum ego ineptos sermones sino pertransire. Non desunt etiam E spurciores qui peruertant & loco permutent verba legis *transigere*, eamque conturbent totam, quos anguilla nostra satis coercuit.

Ad L. X.

Lex 10. Omnes stipulationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed quibuscunq; verbis consensu contrahentium cōposita sunt, vel legibus cognita, suam habeant firmitatem.

LEx decima est de verbis, quib. concipitur stipulatio, de verbis promissiuis, vt loquuntur Grammatici, de quibus satis diximus in *l. 1.* nec quod alibi docuimus

pluribus refellemus hoc loco, id est, quod scripserunt quidam ea verba esse *symbola* siue signa stipulationis, quod refutaui initio *tit. de verb. obligat.* Et vero manus potius est symbolum stipulationis: Nam promittere integra oratione, est promittere manu fidei teste, vt Lucanus ait:

Elatasque alte quæcunque ad bella vocaret,
Promisere manu.

Ita Festus, *Mancipem, quiquid a populo emit, vel conducit, manu sublata declarare, se emptionis vel conductionis auctorem esse.* Et in sacris literis, *lauare manus, & efferre*, est iurare & promittere, vt semper Ionathas Chaldeus exponit *Exod. 6. & Numerorum 24.* Imo & apud Orphæum in Argonaut.

Ὅρκια. δειμαίνοντες ἐσημήναντο δὲ χερσίν.

Alias elatio manus aut digitorum aliquot, est symbolum, siue signum indicti silentii, vt in *Act. Apost. ad fin. cap. 21.* D. Paulus verba facturus ad Populum ait, κατέσεισε τῇ χειρὶ τῷ λαῷ; *manu populo indixit silentium.* Et ita Dio in Adriano: ὁ κῆρυξ ἀνατείνας τὴν χεῖρα καὶ ἐξ αὐτοῦ τούτου εἰσιγήσας, ὥσπερ εἰώθασι ποιεῖν. *Præco*, inquit, *erigens manum, & ita imperans silentium, vt solent facere*, & hoc duobus digitis, indice & medio erectis, cæteris supinis. Et signum, quo vtuntur Episcopi, hoc modo, non est benedictionis, sed indictionis silentii, quam facit concionaturus. Fulgentius in expositione continentiæ Virgilianæ: *Compositum*, inquit, *in dicendi modum erectis in isto duobus digitis, pollice compresso, ita verba exorsus est.*

Ad L. XI.

L. 11. Scrupulosam veterum inquisitionem, vtrum, post mortem, *an* cum moreretur, *vel* pridie quam moreretur, *stipulatus sit aliquis, vel in testamento legati, vel fideicommissi nomine aliquid dereliquerit, penitus amputantes omnia, quæ vel quocunque contractu vel stipulati, vel pacti sunt contrahentes, vel testator in suo testamento disposuit, etiamsi* post mortem *vel* pridie quam moreretur, *scripta esse noscuntur, nihilominus pro tenore contractus, vel testamenti valere præcipimus.*

HÆc lex vndecima tollit veterem differentiam iuris veteris inter pactionem, vel stipulationem ita conceptam, [*cum morieris dari, vel cum moriar dari*] quæ valebat *l. 45. §. 1. & pen. ff. de verbor. oblig.* & stipulationem conceptam hoc modo: [*post mortem meam, vel tuam dari, vel pridie, quam moriar dari, vel pridie quam morieris dari*] quæ non valebat. Et hæc erat differentia inter has formulas stipulationum, eademque differentia erat in legatis & fideicommissis: Nam legatum relictum, *cum morietur heres, vel cum morietur legatarius*, valebat *l. 1. §. dies, l. heres meus, de cond. & demonst. l. 4. ff. quando dies leg. ced.* Legatum autem relictum post mortem heredis, vel legatarii, aut pridie quam moreretur heres, vel legatarius, non valebat, & fideicommissum tamen valebat relictum post mortem, vt scribit Vlpianus *libro regularum tit. de fideicommiss.* & probat *lex si fuerit, ff. de legat. 3. & l. 1. §. si emancipato, ff. de collat. bon.* Et huius differentiæ veteris rectissime Theophilus noster (qui nobis debet esse grauissimus auctor) in §. *post mortem, Institut. de legat.* docet rationem pendere ex regula Iuris veteris, quæ vetabat incipere obligationem ab herede, vel contra heredem, quæ non cœpisset a defuncto, vel contra defunctum *l. dubium C. Theod. de diuers. rescript. l. nam sicut §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Ideo enim valet stipulatio ita concepta [*cum moriar vel cum morieris*] quæ confertur non in tempus mortis, sed in tempus morientis, quæ sunt diuersa tempora, hæc, *inquam* stipulatio valet, quia momentum moriendi vitæ potius damus, quam morti, nec sequimur Platonē, qui neque vitæ neque morti id tempus de-

A dit, vt Gellius docet lib. *6. cap. 16.* Videtur ergo in tēpus moriendi illa stipulatio, [*cum moriar*] esse concepta, manente adhuc vita, atque ita videtur cœpisse a defuncto, vel contra defunctum. At stipulationem conceptam hoc modo (*post mortem dari*) manifestum est, non cœpisse, dum vixit a persona defuncti. Et eadem est ratio stipulationis conceptæ hoc modo (*pridie quam moriar*) quia & hæc in tempus, quo mortuus ero, collata videtur, quia antequam dies mortis venerit, scire non possumus, quis dies pridie mortis fuerit. Et ita apparet, illam differentiam pendere ex illa regula & principio iuris. Nec (vt facit Accursius) ab illa regula excipienda est stipulatio conditionalis, vel in diem, mortuo promissore ante conditionem, vel diem, quæ transmittitur in heredem: Nam hæ stipulationes dicuntur ex præsen-
B ti vires accipere, & suspendi tantum petitionem earum, *l. vsusfructus, ff. de stipul. seru.* Ergo vires acceperunt viuo eo, qui stipulatus est actiue vel passiue, vires acceperunt in personam stipulatoris, vel promissoris. Et fateor, posse quidem pleniorem obligationem heredi, vel in heredem competere, vt scilicet in plus teneatur heres, quam defunctus, *vt in l. si per imprudentiam §. non mirum, & l. qui a pupillo, ff. de euict. l. 25. ff. de re iud.* pleniorem transire, inquam, sed non, quæ non cœperit a defuncto, secundum ius vetus. At Iustinianus in *h. l. 11.* tollit illam veterem differentiam inter formulas stipulationum, & inter legata, constituens & legatum post mortem relictum, & pactionem siue stipulationem collatam in tempus mortis valere: & tamen Iustinianus sublata hac differentia, non sustulit veterem illam regulam iuris, ex qua pendebat ratio illius differentiæ, quæ tamen videtur tolli per consequentiam. Sed nunquam di-
C cimus iure quicquam mutari per consequentiam, nisi directo expressum sit, vt de adulterii exemplo probaui in *l. 9.* Igitur post hanc legem biennio post, vt subscriptiones docent, quod erat consequens, id etiam sustulit Iustin. id est, veterem illam regulam in *l. 1. sup. vt action. ab hered. vel cont. hered. incip.* & posuit contrariam regulam superiori, nimirum, vt ab herede incipiat obligatio, quæ non competiit defuncto. Sed ex *h. l.* hoc non potest constitui, nisi dialectice, non legitime.

Ad L. XII.

L. 12. Magnam legum veterum obscuritatem, quæ
D *protrahendarum litium magnam occasionem vsque adhuc præbebat, amputantes, sancimus, vt si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel quæ stipulator voluit, promiserit, & adiecerit, quod si statuto tempore minime se posse debitor ad euitandum pœnam adiicere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœnæ pro stipulationis tenore fiet obnoxius: cum ea, quæ promisit, ipse in memoria sua seruare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.*

LEx duodecima est de committenda stipulatione pœnali, & hanc continet speciem. Stipulanti promisi me certa die, *puta Calend. Martiis, daturum aut facturum aliquid*, subdita stipulatione pœnali certæ summæ, si ea die non darem aut facerem, quod promisi: idque
E promisi vel stipulanti sibiipsi, vel alteri dari aut fieri, & pœnam sibi, si alteri non darem aut facerem, quod recte fit, quia pœna committi potest etiam ei, cuius nil interest *l. stipulatio ista §. alteri, ff. de verb. obligat, l. cum pœna ff. de recept. qui arbitr. recep.* Et in hac *l. 12.* (quod notandum) omnino est legendum ex fide antiquorum, & meliorum librorum, (*si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori, alius, quem stipulator voluit, promiserit.*) vulgo legitur, *stipuletur, vel quæ stipul. vol. & stipuletur* accipitur passiue, *vt glossa notat.* Sed si legatur, *stipuletur*, & vt necesse est, *stipuletur*, accipiatur passiue, frustra subiicit, *promiserit.* Item cum dixerit,

dixerit, *facturum se aliquid, vel daturum*, quibus verbis A omnia, quæ in stipulationem deduci possunt, comprehenduntur: Ideoque in definitione stipulationis tantum hæc duo notantur, *daturum, facturumue*, quæ est in *l. 5. ff. de verb. oblig.* Cum igitur ante dixerit, *facturum esse aliquid vel daturum*, (quæ verba omnia continent, quæ venire possunt in stipulationem) frustra subiicit vt vulgo legitur, *vel, quæ stipulator voluit*: nam quæ alia possunt esse præter dationem, & factionem? Itaque restituamus & retineamus veterem lectionem, quam etiam Haloander retinuit ex parte, qui pro [*stipuletur*] recte legit ita (*stipulatori.*) Sed sequentia etiam ita restituantur, (*vel alij, quem stipulator voluit, promiserit.*) At in proposita specie, si ad diem dictã non dedero vel fecero, quod promisi, quæritur an stipulatio pœnalis, an pœna committatur, etiam me non interpellato, non con- B uento, vt darem vel facerem, non admonito, non denuntiato. Quidam exigebant interpellationem, ex quibus videtur fuisse Labeo, quia & Labeo non exstante debitore qui interpellare possit, exigit contestationem *l. 2. & vlt. ff. de naut. fœn.* Exstante igitur debitore videtur exegisse interpellationem debitoris etiam obligaris ad diem certam. Sabiniani, qui sunt longe diuersæ sectæ a Labeone (ex quibus est Affricanus in *l. traiectitiæ ff. de oblig. & act.*) in hac specie non exigunt interpellationem, & secundum eos Iustinianus pronuntiat in *h. l.* vt scilicet etiam omissa interpellatione creditoris stipulatio pœnalis statim atque exiit dies dicta solutioni committatur. Et placet ratio legis, quia debitor diem promissi, diem in quem promisit, memoria tenere, debet nec exspectare, vt eam sibi creditor reducat in C memoriam. Et eleganter Græci interpretes apud Harmenop. *lib. 3. tit. 3.* ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων ἑαυτῷ ὑπομιμνήσκειν ὀφείλει, id est, *qui debet ad diem, seipsum admonere & interpellare debet, nec indiget alio interpellatore, & vt eleganter ait l. quoties §. sicut, ff. de administrat. tutor.* de tutore, quod & de quocunquo alio dici potest, vnumquemque sibi verum, & debitum denuntiare debere, nec indigere monitore in iis quorum conscientia eum sua satis admonet. Et hæc est sententia huius legis. Neque vero quod dicat lex, *die præterito statim pœnam committi absque interpellatione*, id est, non interpellato promissore, ex eo necessario sequitur, & ex ea die moram fieri, quia pœna non ex mora venit, sed ex obligatione. Verum ratio huius legis demonstrat, & moram facere eum, qui ad diem dictam non soluit, etiamsi in- D terpellatus non sit, quia ipse seipsum debuit interpellare, & in memoriam redigere, quam in diem promiserit, quia dies ipsa, quæ condicta est promisso, satis eum interpellat. Idem etiam ostendit *l. 9. in fine, ff. de vsur.* quæ nominatim, *moram* ait, *fieri ex die solo, sed inculpatam esse, si debitor non habuit, cui offerret pecuniam*, quod sup. explicaui. Idem etiam ostendit *l. quod te ff. de reb. credit.* quæ ait, *debitorem stare*, quod est, *debitorem facere moram, si iusta causa fuerit, propter quam intelligere, debuerit ipsemet se dare oportere.* Iusta autem causa est dies promissorum, quem adesse aut præteriisse non ignorat. Ergo moram facit ex eo die, cuius non est immemor, aut esse non debet, etsi non apelletur, non conueniatur. Ex quo etiam sequitur (si nolumus cauillari, quod E Iurisconsulto est indignissimum, debet n. esse amantissimus veri) verissimum esse id, quod vulgo dicitur, Diem certam & condictam interpellare pro creditore, quod est, aliam interpellationem non esse necessariam. Et hoc ego verissimum esse puto, non tantum si obligationi principali, quæ est ad diem, sit subiecta stipulatio pœnalis, vt in specie huius legis, & *d. l. traiectitiæ, & l. ad diem, ff. de verb. oblig.* sed etiamsi pœnalis stipulatio subiecta non sit, vt in *l. 4. §. vlt. ff. de lege comm.* si conuenerit inter emptorem & venditorem, vt ad diem pretio non soluto res fiat inempta, & resoluatur venditio, nulla subdita stipulatione certæ pœnæ, plane res fiet

A inempta, si sua die emptori non obtulerit pretium vltro, etiam non interpellatus. Et in *l. 9. §. 1. ff. de vsur.* sorte non soluta ad diem, stipulatio vsurarum, (quam eadem lex facit diuersam a stipulatione pœnæ, vsuras separans a pœna) ea, inquam, stipulatio vsurarum committitur sorte non soluta ad diem, etiamsi debitor interpellatus & conuentus non fuerit: sed excusatur, vt subiicit, & mora eius inculpata est, si mortuo creditore, & forte nondum adita eius hereditate, debitor non habuit, cui sortem offerret ad diem dictam, aut statim post diem dictam: Nam & diem omnem præteriisse oportet ante quam debeatur, quod ad diem promissum est. Et eadem est excusatio in *d. l. 4. §. vlt. & l. vlt. ff. de leg. commiss. & l. pen. ff. de naut. fœn.* Illud idem probat etiam *lex 2. sup. de iure emphyt.* in B cuius specie nulla proponitur interposita fuisse stipulatio pœnalis, sed ex solo triennii lapsu, si tanto tempore emphyteuta cessauerit domino soluere debitam pensionem, siue canonem, aut emphyteuma soluere cessauerit domino, lex ait, statim emphyteutam etiam non interpellatum cadere iure emphyteuseos. Lex illa est Iustiniani, & in ea idem Iustin. facit mentionem huius legis, vt pote prioris, qua ait se generaliter constituisse, *vt opus non sit interpellare debitores obligatos ad diem certum.* Quod si generalis hæc lex est, *vt ait in d. l. 2.* si generalis ratio huius legis, vt apparet, quia dies satis interpellat, quia ipse se debitor diei non immemor interpellare debet, & sibi denuntiare bonum & æquum, nec expectare, vt ab alio, vel a creditore sui officii commoneatur, consequens est, non debere hanc legem coangu- C stari ad eam speciem solam, quæ in hac lege proponitur, si ad diem debita pecunia, vel re non soluta, aut non perfecta, pœna promissa sit, sed etiam ad similem speciem, si quid aliud vice pœnæ pecunia non soluta conuenerit, puta, vt præstarentur vsuræ ex eo die, quo soluta non esset pecunia, vel vt resolueretur venditio, & emphyteusis, vel quis alius contractus, vel iis omissis, quod ipso iure ita se habet ex regula iuris *l. si seruum ff. de verb, obligat.* vt perpetuaretur obligatio, re aut pecunia debita exstincta post diem: & ita, vt non liberetur debitor, re perempta post diem dictam, quia perempta est post moram. Et quod dicitur in multis locis, moram non fieri nisi interpellato debitore *l. mora, ff. de vsur. l. si ex legati causa, ff. de verb. oblig.* & aliis similibus, recte docent fere omnes non pertinere ad obligationes, quæ D diem habent certam, quia in eis dies pro interpellatore est. Quod item *l. cum filiusfamil. §. vlt. de verb, oblig.* ponit, interpellatum fuisse eum, qui in diem promisit, mouere nos nullo modo debet: Nam & idem ponit *d.* lex *traiectitiæ*, interpellatum fuisse eum, qui promiserat ad diem, quæ tamen docet non esse necessariã interpellationem debitore obligato ad diem certam. Et in ea sententia omnino perstandum mihi videtur. Verum ad hæc notandum, vulgo ex hac lege doctores colligere, quod etiam glossa Accursii potissimum tractat, moram ex die contractam non emendari, non purgari debitore post diem offerente pecuniam debitam, nec per eam oblationem, pœnam semel commissam resolui, aut refringi, quod etiam verissimum est, vt probat euidenter E *d.* lex *traiectitiæ*, in qua hac de re tractaui fusius, persequens omnes leges Africani, nec id reponam hoc loco; quod longius quam vnius horæ spatium requirit, quoniam, etsi verum illud sit, quod colligunt & statuunt doctores, tamen perperam illud colligunt ex hac lege. Ratio est euidens, quia lex non dicit, nihil debitori prodesse ad euitandam pœnam, si post diem offerat pecuniam, sed nihil ei prodesse ad euitandam pœnam, si dicat se interpellatum non fuisse. Denique hoc tantum vult hæc lex, ex die solo, in quem promiserat debitor, cum is dies præterit, pœnalem stipulationem committi absque interpellatione. Si quæras, an stipulatio resoluatur post diem oblata pecunia, alia est

quæstio, quam quæ proponatur & definiatur in hac lege.

Ad L. XIII.

L. 13. Veteris iuris altercationes decidentes, generaliter sancimus, omnem stipulationem, siue in dando, siue in faciendo, siue mixta ex dando, & faciendo inueniatur, & ad heredes & contra heredes transmitti, siue specialis heredum fiat mentio, siue non. Cur enim quod in principalibus personis iustum est, non ad heredes, & aduersus eos transmittatur? Et sic æstimentur huiusmodi stipulationes, quasi tantummodo in dando fuerint conceptæ, cum nihilominus & heredes factum possint adimplere: illa subtili & superuacua scrupulositate explosa, per quam putabant non possibile factum ab alio compleri, quod alij impositum est. Et quare, cum pene similis omnium hominum natura est, non etiam facta, omnes, vel plus, vel paulo minus adimplere possint: ne ex huiusmodi subtilitate cadant hominum voluntates?

Stipulationum aliæ consistunt in dando, veluti *fundum dari, decem dari*: aliæ in faciendo, *veluti domum ædificari*: aliæ mixtæ sunt, quæ partim in dando, partim in faciendo consistunt, veluti *actus, siue administrationis rationes reddi*, quæ & in dandis reliquis consistit: nec enim reddit rationes, nisi qui & reliqua, si qua sunt, reddit: & consistit etiam in offerendo libro rationum, & in rationibus ipsis examinandis, computandis, & dispungendis, quod nudi facti est, quo scilicet ius transfertur in eum, cui rationes redduntur: datio reliquorum ius transfert, *id est*, dominium, in accipientem *l. cum seruus, ff. de condit & demonstrat.* quam etiam Accursius hoc loco citat. Sed adde leg. *6. §. vlt, D. de statuliber.* Hæc autem est vetus differentia inter eas stipulationes, quæ in dando, & eas, quæ in faciendo consistunt, quod, quæ in dando consistunt, ad heredes, & contra heredes transferantur, quia in eis ius vertitur, id est, dominium, cuius adquirendi commodum, vel amittendi incommodum sequitur heredem, si defunctus vel stipulatus sit sibi dari, vel promiserit se daturum rem, aut pecuniam certam, neque interest, heredum facta sit mentio, nec ne, vt ait hæc lex rectissime, quia plerunque tacito intellectu non tantum nobismetipsis cauemus, sed etiam heredibus nostris, etiamsi eorum mentionem non fecerimus, *l. si. pactum 9. ff. de probat.* & non tantum cautionibus nos obstringimus, sed etiam heredes nostros, etiamsi eorum mentionem non fecerimus. Denique nullæ cautiones dandi sunt personales, quæ scilicet cohæreant personis contrahentium, nisi id nominatim actum sit, sed omnes cautiones dandi sunt in rem & generales. At stipulationes, quæ in faciendo consistunt, personales sunt, *id est*, neque ad heredes, neque aduersus heredes transmittuntur, secundum veterem differentiam stipulationum dandi & faciendi: vt si quid defunctus promiserit *se facturum* id heres eius facere non tenetur, vel si quid defunctus stipulatus sit *sibi facere licere*, idem heredi eius facere non licet, vel si quid *fieri sibi* stipulatus sit, veluti se literas edoceri, id heres eius vt sibi fiat, postulare non potest, quia (vt eleganter ait lex *6. §. vlt. ff. de statuliber.*) facta cohærent personis, quibus adscribuntur, ita scilicet, vt vel ea faciant, atque compleant, vel patiantur: Nam & pati si nere, non prohibere, non facere, facere est. Et vt dicunt Stoici, (priuatio actionis est actio) Qua ratione, quod filiusfamilias, *sibi dari* stipulatur, transit in patrem, quia stipulatur quod iuris est. Quod autem stipulatur *sibi fieri*, vel *sibi facere licere*, non transit in patrem, non adquiritur patri, *vt docui in l. 2. h. tit.* Item conditio testamento imposita statulibero *si heredi decem dederit*, ex duodecim tabulis transit in emptorem, cui heres statuliberum vendidit, vt Vlpianus scribit libro *Regular. tit. 2.* quod porrigitur etiam ad heredem legitimum, qui heredi scripto hereditatem euicit, & ad quemcunque nouum dominum statuliberi, licet lex duodecim tab. de emptore tantum locuta sit. Et hoc ostendit in *l. 6. §. non solum, l. statuliberi a ceteris ff. de statuliber.* At hæc conditio si sit imposita statulibero, *si filium heredem meum literas edocuerit*, non transit in emptorem, sed cohæret personæ filii, *vt d. l. 6. §. vlt.* Mixta autem conditio, veluti *si heredi meo rationes reddiderit*, scinditur, seu diuiditur, & quæ pars in dando consistit, id est, in reliquis dandis, transit in emptorem statuliberi: quæ in faciendo, puta in excutiendis & percensendis rationibus consistit, non transit *d. l. 6. §. vlt.* Et hæc differentia quidem inter ea, quæ sunt iuris, id est, quæ in dando consistunt, & ea, quæ
B sunt facti, etiam hodie manet, & perseuerat, cum quæritur, an ea transeant ad patrem, quæ filiusfamilias stipulatus est, vel cum quæritur, an quæ adscripta sunt, & iniuncta sub conditione statulibero, transeant ad emptorem. Sed cum quæritur, an quæ quis stipulatus est, vel promisit, transeant ad heredem vel contra, illa vetus differentia inter ea, quæ sunt iuris, & ea quæ sunt facti in *hac l.* a Iustiniano sublata est, qua constituit, non tantum stipulationem, quæ in dando consistit, sed etiam eam, quæ consistit in faciendo, transire ad heredes & contra, & mixtam stipulationem igitur non scindi, vt partim transeat, partim non transeat in heredes, sed transire totam. Ergo vt exemplis res planior fiat, si quid defunctus promiserit *se facturum*, puta, se stipulantem instructurum peritia literarum, id heres eius si possit
C præstare debet, id est, docere literas stipulatorem, siue id melius sit facturus, quam defunctus, siue non ea sedulitate, eo ingenio, ea arte & methodo qua defunctus fecisset. Item si stipulatus sit defunctus, *se institui & imbui literis*, heres eius si literarum studio teneatur, recte postulabit eis se litteris institui, quibus se institui a promissore cauit defunctus. Et vtitur Iustinianus hac ratione, quia licet inter homines sit differentia ingeniorum & doctrinarum, tamen pene similis est omnium hominum natura: ita vt quod vnus potest facere vel suscipere, id etiam alter, quamuis non ad amussim, tamen (vt ait) vel magis vel paulominus facere possit. Veteris differentiæ auctores rem exigebant ad amussim, quo modo est impossibile, quod facit vnus, quodve vni iniunctum est, vt faceret, vt faciat alter ad eundem
D modum, & eandem subtilitatem, qua faceret is, cuius opera electa est. Sed Iustinianus non vult rem examussim, & scrupulosius, id est, ἀκριβέστερον æstimari, sed satis esse, si heredi fiat, vel si heres faciat qualiter qualiter, quod vt fieret sibi, vel vt ipse faceret defunctus cauit. Et hoc vtique procedit in factis, quæ heredes vtcumque adimpleri possunt: Nam si faber promiserit *se suis operis, suis manibus domum ædificaturum*, non suis sumptibus: nam si suis sumptibus, proculdubio stipulatio transit in heredem eius, *l. vn. §. ne autem, sup. de cad. tollend.* Sed si suis manibus faber promiserit se domum ædificaturum, stipulatio non transit ad heredem artis fabricæ imperitum Item si Grammaticus defuncto promiserit docere Grammaticam, hæc stipulatio non transit ad heredem rusticum, ineptum, incapacem literarum. Et ita hæc lex intelligenda est. Accursius in hanc
E legem adducit leg. *centesimis §. 1. ff. de verb. oblig.* quæ potius pertinet & propius ad quæstionem legis *vlt. h. tit.* vt ibi explicabitur. Item adducit *legem si non sortem §. liber, D. de condict. indeb. & l. inter artifices, D. de solut.* quæ nihil pertinet ad propositam quæstionem, *an stipulatio, quæ in faciendo consistit, transmittatur ad heredes.* Sed hoc tantum ex eis intelligitur, inter artifices plerunque esse longam differentiam ingenii, & naturæ, & artis, & institutionis, id est, methodi, & vt est in Prouerb. πόῤῥω τὰ Φρυγῶν καὶ τῶν Περσῶν διαφέρει. Et ideo licet fideiussor, vel alius, quod quis se daturum promisit dando

dando pro eo liberet promissorem etiam inuitum & ignorantem, *l. soluendo, D. de solut.* si tamen quis se facturum aliquid promiserit, veluti *nauem fabricaturum suis operis*, eam alius fabricando, vel fideiussor vel extraneus, non liberat promissorem, quia aliud pro alio solui videtur, quod non fit recte inuito creditore, quia alia est fabrica huius fabri, & alia illius, nec est idem factum, non eadem opera, in specie scilicet: nam in genere est eadem, nempe fabricatio nauis. Et inde alia differentia, vt fideiussor dandi possit esse in mora: fideiussor faciendi non item *l. si libertus moram, D. de oper. libert.* quia fideiussor faciendi, id est, qui pro eo intercessit, qui se aliquid facturum promisit, non tenetur ad faciendum, & faciendo nil agit, sed tenetur tantum ad id, quod interest, si promissor non faciat *l. stipulatus est, D. de fideiussor.* Et possunt addi multæ aliæ differentiæ inter obligationem dandi & faciendi, veluti, vt mihi vni ex heredibus meis dari inutiliter stipuler, quia dari nihilominus oportebit omnibus heredibus, contra quam si stipuler mihi & vni ex heredibus meis fieri, quoniam ei soli fieri poterit *l. continuus* §. *vlt. D. de verb. oblig.* Item quod obligationes dandi sint diuiduæ, obligationes faciẽdi indiuiduæ, & quod obligationes dandi perpetuentur post morã, obligationes faciendi non perpetuentur, sed in locum earum succedat obligatio in id, quod interest, vt *l. stipulationes non diuiduntur, l. si fundum, D. de verb. obl. l. si quis ab alio,* §. *vlt. D. de re iudic.* Sed hæ differentiæ nihil habent commune cum illa veteri differentia inter obligationem dandi & faciendi, quam Iust. abrogat in *h. l.* Nihil etiam ad quæstionem propositam pertinet lex *nemo D. de duobus reis*, quam hic adducit Accurs. cuius sententia, vt intelligatur, sciendum est, eam legem esse ex libro Iuliani 22. ff. quo libro tractatur *de operis officialibus*, id est, quas liberti officii ergo patronis suis debent, & eas contulit cum aliis operis, non officialibus, sed fabrilibus forte, aut pictoriis. Et cum dixisset, officiales operas non alii promitti debere, aut solui posse, quam patrono, quod est verissimum in *l. 11. 12. ff. de operis liber. l. si patroni D. ad Senat. Trebel.* adiecit Iulianus, quod est in *d. l. nemo*, alias operas, quam officiales scilicet, neminem ignorare promitti cuilibet posse: Nam in ea lege dixit [*alienas*] pro [*alias*] vt in *l. 3. ff. de vindic. aliena capita*, id est, *alia*, & *veteres, vt alienus*, pro *alius*, ita dubienus pro dubius, socienus pro socius. Et ita necessario in illo loco, *alienas*, id est *alias*, quam officiales, quia constat alienas, id est, non suas operas promitti inutiliter, quia de se quisque promittere debet, non de alio. Et hoc est, quod dicitur *alieni facti*, puta, *alienarum operarum nullam promißionem esse l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. l. sicuti, ff. de fideiuss.* Ergo sententia *l. nemo* hæc est, *alias operas, quam officiales, puta fabriles recte promitti*, & consequenter huic obligationi fideiussorem adhiberi recte, qui promittat quanti interest, & ex hac causa etiam duos reos promittendi constitui posse, vt si duo fabri eiusdem peritiæ easdem operas promittant, vel duos reos stipulandi, vt si ab vno fabro duo stipulentur fabriles operas, quod exemplum legis plane ostendit, in ea agi de aliis, quam de officialibus operis, quæ solis patronis debentur.

Ad L. XIV.

L. 14. Optimam quæstionem & frequenter in iudiciis versatam, satis humanum est saltem in præsenti dirimere, ne diutius nostram remp. molestare concedatur. In multis etenim contractibus, & maxime in fœneratitiis cautionibus, solitum est adscribi, stipulationes per certos seruos celebrari: sed quidam indeuotione tenti, ex hoc materiam altercationis acceperunt, & alij quidem, non esse seruum adhibitum contendebant: alij vero non eius seruum esse, ad quem pertinere scriptura protestabatur. Et si non per seruum, sed inter præsentes celebratam esse rem fuerat scriptum, & hoc iterum dubitabatur debere ostendi partes esse præsentes. Cum itaque satis vtile est, in contractibus, & seruos adhiberi, & præsentes esse personas adscribi, forte propter personas dignitate excelsas, vel mulieres (quas naturalis pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit) sancimus tales scripturas omnifariam esse credendas: & siue adscriptus fuerit seruus & ad quandam personam dicitur pertinere, credi omnimodo & seruum adfuisse & fecisse stipulationem, & eam esse scripto domino adquisitam: & non dubitari, si seruus ipse præsto fuerit, vel eius dominus pro quo scriptus est, fecisse stipulationem. Et si inter præsentes partes res acta esse dicitur, & hoc esse credendum: si tamen in eadem ciuitate vtraque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is, qui dicit, sese vel aduersarium abfuisse ac manifestissimis probationibus & melius quidem, si per scripturam vel saltem per testes vndique idoneos, & omni exceptione maiores ostenderit sese vel aduersarium suum, ea die ciuitate abfuisse, sed huiusmodi scripturas propter vtilitatem contrahentium esse credendas.

HAnc legem Iustinianus in §. *item verborum, Institut. de inutil. stipul.* ait, se scripsisse ad Cæsarienses Aduocatos, id est, qui erant in Cæsarea metropoli Cappadociæ omnium celeberrima earum, quæ sunt eiusdem nominis, vt Cæsarea Palestinæ, Phœniciæ, Mauritaniæ: iis præcellit omnibus aut præcellebat Cæsarea Cappadociæ, de qua Nouella 30. Et licet in eo §. dicat se hanc legem scripsisse ad Cæsarienses aduocatos, id est, ad interrogata eorum, ad consultationes, tamen eam non ad eos mittit, vt huius legis inscriptio demonstrat, sed ad Ioannem præfectum prætorio Orientis & Illyrici. Et ita quam legem in *Instit. tit. quibus alienare licet, vel non*, Iustinianus dicit, se promulgasse ad Cæsarienses aduocatos, eam dirigit ad eundem Ioannem *l. sancimus s. sup. de administrat. tut.* ac similiter *l. vlt. sup. de pact. & l. si maior, sup. de legit. hered.* quas se fecisse dicit interrogatum a Cæsariana aduocatione, id est, ab iisdem aduocatis eas mittit ad eundem præfectum prætorio. Mittit etiam ad eundem responsa, quæ facit Palæstinis & Illyricianis aduocatis, id est, corpori aduocatorum in *l. pen. J. de fideiussor. l. vlt sup. de verbor. signific. l. vlt. sup. vnde vi, l. vlt. sup. de aduoc. diuers. iud.* Ex quo apparet Ioannem non Orientis tantum, sed etiam Illyrici prætorio præfectum fuisse, cum & responsa ad Illyricianam aduocationem, ad eum dirigantur. Responsa autem, quæ fiunt aduocatis Alexandrinæ ciuitatis, conuenienter etiam mittuntur ad proprium magistratum, & maiorem in Ægypto, cuius ciuitas est Alexandria, nempe ad Ducem Ægypti, & præfectum Augustalem. sic est restituenda inscriptio *l. petitiones sup. de aduocat. diuers. indic.* quæ a. fiunt aduocatis Syriæ secundæ, quæ mitti potuerunt etiam ad Ioannem, dum fuit præfectus prætorio Orientis, quoniã vtraq; Syria est in Oriente, mittitur tamen ad Sergium præfectũ prætorio, qui tunc erat Orientis. Et sic restituẽda est inscriptio *l. petitiones, sup. de adu. diu. iud.* Et ex his apparet, Principes leges mittere ad sũmos magistratus quib. respondẽt quæstionib. postulationibus, interrogationibus, consultationibus aduocatorum, vt per eos magistratus innotescant Aduocatis & vniuersæ ditioni suæ. Quod qui non obseruant, dubitant, an sit vera inscriptio huius leg. *& d. l. sancim.* & similium quoque de inscriptione dubitatur, sed absque causa dubitandi, cum non sit inconueniens, vt qua de re principem aduocatus rogauit, de eo responsum Princeps remittat ad summum eius diœceseos magistratum, non ad aduocatos, quanquam & non improprie ad eos scribi dicatur, quod alii rescribitur ad illorum interrogata. Nunc de sententia huius l. tractemus. quemadmodum si inter præsentes scriptum sit instrumento cautionis promisisse aliquem, non quæritur, an rite sit conce-

pta stipulatio, sed siue rite fuerit concepta, siue non, omnia præsumuntur rite & solemniter acta, vt diximus in *l. 1. h. t.* Ita ex hac l. intelligimus, si instrumento cautionis etiam priuato scriptum sit, *seruum L. Titij interuenisse, & stipulatum fuisse domino suo*, si scriptum sit rem gestam fuisse inter præsentes, non est quærendum, an res ita se habeat, an is seruus interuenerit, quem interuenisse scriptum est, an seruus sit L. Tit. an res gesta sit inter præsentes. hoc non est quærendum, sed omissis his quæstionibus fides habenda est instrumento, licet reuera is seruus L. Titii non fuerit, aut reuera non fuerit res gesta inter præsentes, quod mirum videtur, vt stetur falsæ scripturæ potius quam veritati, & quod de veritate non possit inquiri contra scripturam. Sed constitutio nititur optima ratione: *quia plerique sunt, qui nolunt nomina sua instrumentis inscribi*, licet reuera ipsi sint qui præsentes contrahunt, maxime honestiores viri, id est, dignitate celsiores, & fœminæ, & absque dolo malo, absque consilio vllo fraudi curant inscribi nomina seruorum suorum, vel alienorum tanquam suorum *l. pupill. §. sane si quidem, ff. de auctor. tut.* Et Iustinianus in edicto 7. *Ingenuos homines & honestiores plerunque nolle contractus suos publicari.* τὰ ἑαυτῶν δημοσιεύεσθαι συναλλάγματα. Seneca 2. de benefic. *Quidam*, inquit, *nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios*, id est, *mediatores, nec signatores aduocari, nec chirographum dare. Alij quidam instrumentis patiuntur quidem inscribi, se fuisse præsentes, & præsentes tamen in contrahendo esse nolunt, sed rem agunt per seruos suos. Alij, scilicet honestiores viri, & matronæ potissimum, quæ in publicum prodire erubescunt, quas*, inquit, *naturalis pudor in omnibus perperam sese manifestare concedit*: vbi perperam, id est, temere aut petulanter, vt in glossis antiquis, Perperus est περπερής, & perperam ago, περπερεύομαι. Et ad hoc quod ait *de pudicitia & verecundia matronarum*, pertinet etiam *lex 1. sup. de offic. diuers. iud. & lex maritus, sup. de procurator. l. vlt. sup. de recept. arbit. l. 2. sup. de iis qui ven. ætat. impetrau.* quod sit earum proprium, se domo continere. Vnde & a D. Paulo vocantur, οἰκουροί. Vnde & illud Symbolum οἰκουρίας, *Venus testudinem calcans.* Quia igitur hæc plerunque falso inscribuntur instrumentis, cogente pudore & verecundia contrahentium, absque dolo malo fiunt impune, sicut cum quis falsum nomen assumit absque dolo malo *l. 1. inf. de mutat. nom.* Falsum quod scribitur sine dolo malo non est crimen: imo, quæ ita inseruntur instrumentis, sine alia fraude, præsumuntur esse vera, nec in dubium reuocari possunt. Vnum tantum exigit Iustinianus in *h. l.* cum scriptum instrumento est, præsentes fuisse contrahentes, vt fides instrumenti in dubium non vocetur: exigit, *vt qua die, quaque ciuitate instrumentum est conscriptum, in ea præsentes fuerint*, licet quo loco scriptum est instrumentum, præsentes non fuerint: Nam si manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes omni exceptione maiores, doceat quis, se vel aduersarium ea die, ea ciuitate abfuisse, & peregre profectum in aliam ciuitatem, tum non præsumemus præsentem eum fuisse. Ratio hæc est, quia præsumptiones nunquam fiunt recte, nisi cum natura non repugnat. Hæ solæ præsumptiones sunt legitimæ, & iure proditæ, quæ cum natura non pugnant. At natura possibile non est, vt præsens fuerit, qui in eadem ciuitate non fuerit. Et Arist. in Rhet. ad Alexand. *hunc* ait, *esse elenchum eorum, quæ natura sunt impossibilia, si quem aduersarius dicit nos Athenis habuisse contractum certa die, ea ipsa die probemus nos in alia ciuitate fuisse.* Igitur non vtimur hac præsumptione pro scriptura, cum ciuitate abfuerunt contrahentes vel vnus ex illis. Et ita ex hac *l.* apparet hanc allegationem, *se alibi fuisse*, in causis ciuil. non aliter admitti, quam si ciuitate abfuerit, non si in eadem ciuitate fuerit. Quod & in causis criminalibus obseruari velim: Et ita audio fuisse iudicatum, vt reus criminis non releuetur, si probet se in eadem quidem ciuitate fuisse, sed in aliis ædibus, quam quibus cædes commissa est: & recipi tantum hanc allegationem, si probet se extra ciuitatem fuisse. Et de hoc genere defensionis Cicer. de Inuent. 2. *Si vos me istud eo tempore fecisse dicitis, ego autem eo ipso tempore trans mare fuerim, relinquitur, vt id quod dicitis non tantum non fecerim, sed ne potuerim quidem.* Itaque ab eo, qui allegat se alibi fuisse, exigitur probatio, vt ita probet se alibi fuisse, vt nec fecerit, nec facere potuerit per rerũ naturam. Et ita Liuius lib. 3. *Cæsonem quendam rerum homicidij postulatũ Romæ commisisi probasse se his temporibus, in quæ testes crimen coniiciebant, Romæ visum non fuisse, idque multis indiciis*, vt ait: Nam & in hac lege *liquidis ac manifestis probationibus*, id est, argumentis, indiciis rerum apertissimis, signis, rationibus; nam cum probationibus additur manifestissimis, non intelliguntur instrumenta, non testes, sed argumenta tantum, & indicia, quæ non admittuntur nisi sint omni luce clariora, vt ait *l. vlt. sup. de probat.* ex Cicerone pro Cælio: *Signis*, inquit, *omni luce clarioribus crimina repellimus.* Et ita probationes pro indiciis accipi oportet, quod sit additum, *manifestissimis, l. 2. sup. de in lit. iur. l. 3. §. præterea D. de suspect. tutor. l. libertas §. vlt. de manum. test. l. plane §. 1. de legat. 1.* Et ideo subiicit in hac lege, *se vel aduersarium, vt non stetur huic præsumptioni, in alia ciuitate fuisse, esse docendum manifestissimis probationibus.* Et melius, vt subiicit, *per aliam scripturam, aut testibus omni exceptione maioribus.* Qui ordo verborum demonstrat, se probationum nomine non intellexisse scripturam, vel testes, sed coniecturas, vel signa. Et notandum, quod testes desiderat idoneos, & omni exceptione maiores, *sans reproche*: excipere testes, *reprocher les tesmoins l. si quis testes, sup. de testib.* & præscribere testibus, aut testes. Rufinus 2. Inuectiua: *Proferam testem præualidum, cui præscribere non poterit.* Ergo testes omni exceptione maiores sunt, quibus nil præscribi potest.

Ad L. vlt.

Dictum est in *l. 13. sup. stipulationes in faciendo conceptas transmitti ad heredes, si res ferat, & contra heredes.* Dubitabatur an definitioni legis 13. locus sit stipulatione concepta hoc modo, *cum morieris te domum ædificaturum*, quam veteres habebant pro impossibili, propterea censebant esse inutilem, quod in ipso momento moriendi nemo possit per se, vel per alium, domum ædificare. Et ita fuit concepta stipulatio, *cum morieris domum te ædificaturum tuis sumptibus*? Et Iustinianus in hac lege vltima definit, sicut [*cum morieris dari*] valet stipulatio, ita valere stipulationem, *cum morieris domum ædificari*, ex mente contrahentium, qui hoc sensisse videntur, vt inciperet obligatio a defuncto, & impleretur ab herede eius. Et in hac re igitur nil distare obligationem faciendi ab obligatione dandi. Idemque esse in legatis ita relictis: *heres meus Lucio Titio cum morieris domum ædificabis*, quæ erunt implenda per heredem heredis. Verum, vt *l. 13.* ita *hæc lex vltima*, est accipienda de factis, quæ per heredem, vel per alium impleri, vt constructio domus, non de factis, quæ per alium, aut per heredem impleri non possunt: vt si ita concepta sit stipulatio, *cum morieris, Romam venire spondes*? Hæc omnino inutilis est *l. centesimis, D. de verb. obligat.* Et ita ea lex male opponitur, vel huic legi vltimæ, vel illi l. 13. quia quod in iis legibus constituitur, non pertinet ad quæcunque facta, sed ad ea tantum, quæ per alios expleri possunt.

AD TITVLVM XXXVIII.

De inutilibus stipulationibus.

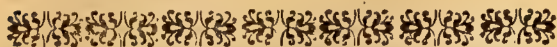
Superior titulus fuit de stipulationibus, quæ pro vtilibus semper habitæ sunt, vel quæ inutiles olim fuerunt, nunc sunt vtiles, vt *l. 11. & l. vlt.* vel quæ etsi sint inutiles, non tamen inutilem faciunt obligationem, ex qua pendent, vt *l. 3.* Hic autem titulus propriè est de inutilibus stipulationibus, id est, quæ obligationem non pariunt, vel quæ infirmantur per exceptionem doli, aut metus, vt stipulatio dolo aut metu expressa, extorta, *l. pen. hoc tit.* de qua actū est etiam *tit. super. l. 9.* Sed respectu alterius stipulationis, vtilis, vt etiam titulo superiore *l. 8.* agitur de stipulatione inutili, sed ex aduerso, siue ex opposito alterius stipulationis, quæ est vtilis. Stipulationes autem inutiles, quæ hoc titulo proponuntur, hæ sunt, qua pupillus spopondit aliquid sine tutoris auctoritate *l. 1. h. tit.* Vbi obseruandum, eam tantum loqui de pupillo, nimirum ad differentiam puberis, qui ex stipulatione obligatur etiam sine curatoris sui auctoritate, vt ostendi tit. super *l. 7.* Item, qua libertas matrimoniorum constringitur vinculo pœnæ *l. 2. hoc tit.* cuius legis propositio est generalis, libera matrimonia esse debere, id est, nullo constricta metu pœnæ, tam in contrahendo scilicet, vt in *l. Titio centum §. 1. D. de cond. & demonstr.* quam etiam in distrahendo. Ergo propositio legis est generalis, id est, locum habet, & in contrahendo, & in distrahendo siue dirimendo matrimonio. Species autem, quæ subiicitur in *h. l. 2.* est de distrahendo matrimonio, si vir & vxor inter se stipulati sint, *ne cui eorum liceat distrahere matrimonium, & qui distraxerit facto diuortio, vt tot aureos daret pœnæ nomine.* quæ stipul. est inutilis, nisi contineat diuortii pœnam legitimā, quæ definita est lege Iulia, aut Papia, aut constitutionib. *l. cōsensu, sup. de repud.* Stipulari licet pœnam diuortii iniusti lege definitam. At grauiorem illa stipulari nōn licet, quia (vt ait eleganter *l. 19. D. de verb. oblig.*) contenti esse debemus pœnis legibus comprehensis: & loquitur specialiter ea lex de pœnis diuortiorū. Sed & generaliter verum illud est, nos contentos esse debere pœnis legitimis, vt ostendit *l. vnica in fi. sup. de sent. quæ pro eo qu. inter.* Legibus seueriores esse non possumus. Ideoque toto cœlo errat ille, qui existimat a fure nec manifesto, qui l. 12. tab. tenetur tantum in duplum, nos posse stipulari triplum vel quadruplum, quia pœnis legibus comprehensis contenti esse debemus, id est, legibus seueriores esse non possumus. Et ita in hac specie matrimonia ne soluantur temere, sine iusta causa vinculo legum constringuntur, non vinculo nostro, non nobis aut pœnis nostris. Nec obstat l. quam adducit Accurs. *l. ea quæ, D. de don. inter. vir. & vxor.* Mittamus, quod respondet idem Acc. & adferamus id, quod est euidens: in specie legis *ea quæ,* non esse deductam in stipulationem pœnam diuortii, sed pecuniam vxori donatam reddi, si diuortium fieret, hoc est, *reddi marito, quod suum est,* quod proculdubio pœna non est. Item *ex hoc tit.* intelligimus, *inutilem esse stipulationem, quæ fit inter absentes l. 3.* quia non fit verbis, qua de re satis *l. 1. & pen. tit. super.* Ex eadem *l. 3. & vlt. h. t.* intelligimus inutilem esse stipulationem, quæ fit alteri, puta, *Lucio Titio dari promittis?* Verum hæc *l. 3.* addit duas exceptiones, siue duos casus, quib. stipul. facta alteri valet. Primus hic est: si stipuler patri, vel auo, in cuius potestate sum: & adde, vel si stipuler ei, quem habeo in potestate, quod satis exposuimus *l. 2. tit. super.* Alter casus hic est, si mea intersit alteri dari, cui stipulor, qui casus merito excipitur: Nā regula illa iuris, vt alteri nemo pascisci, vel stipulari possit, de eo tantum est, qui cum sua nil interesset, alteri

Cod.

A dari, stipulatur *l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig.* Ergo *si stipuler alteri, cum mea intersit alteri dari,* stipulatio valet, non vt alter agat, sed vt ego possim agere in id, quod interest, quod alteri datū non sit, siue subiecerim stipulationem quanti ea res est, siue omiserim, vt *d. l. stipulatio ista §. si stipul. & §. si insulam, & §. seq.* Vel si dari stipuler procuratori meo, qui mea negotia gerit: vel si stipuler dari creditori meo, cui debeo pecuniā ad diem certam sub pœna, & mea maxime interest, ne incidā in pœnam, ei ea die pecuniā solui: Vel etiam si promiserim *me L. Titio domum ædificaturum meis sumptib.* & stipuler a fabro quodam L. Titio domū ædificari, stipulatio valet & continet, quanti mea interest Titio domum ædificari. Idemq; erit si tutor, qui cœpit administrare tutelā, cessa administratione contutori suo, ab eo stipuletur *rem*
B *pupilli saluam fore, pupillo* stipulatur, & valet stipulatio, non vt ex ea pupillus agat, sed vt ipse, qui stipulatus est, aduersus contutorem agat ex ea stipulatione .i. ex eius vi & potestate, quanti sua interest, rem pupilli saluam esse. Idem euenit etiā, si promiserim *Titio fundum Mæuium daturum, & si Mæuius non daret, pœnam me daturum:* Nam recte stipulamur de Mæuio Titio fundū datu iri, quia mea maxime interest dari. Idem euenit in specie *l. 3.* quæ nobis necessario ponenda est. Azo propius accessit ad speciem veram. Scripta lex est ad Isidorū patrem, (Et sic est inscriptio emendanda, vt scribatur *Isidoro, non Isidoræ,*) qui mortua in matrimonio filia, cum genero suo pactus est, *vt dotis a se profectæ partem dimidiam retineret gener nomine filii ex eo matrimonio procreati, partem alterā restitueret nepoti cuidam eiusdem Isi-*
C *dori, si is nepos viueret,* quoniam de eius absentis salute erat incertus, *vel si mortuus esset, vt alteram partem restitueret Iuliano cuidam extraneo & absenti,* subiecta stipulatione, *Iuliano reddi partem dimidiam dotis profectitiæ, aut si non redderetur, sibi præstari, quanti ea res est.* Finge interfuisse Isidori Iuliano dari, forte procuratori, aut creditori suo: Si gener eam partem Iuliano non reddat, Isidoro cōmittitur stipulatio in id quod interst, cæterum ipsi Iuliano nulla competit actio, quia absens fuit, cū id socer de genero stipulabatur: Et ita in hac *l. 3.* proponitur alteri absenti inutiliter facta stipulatio. Et idem omnino similiter proponitur *l. 3. tit.* superioris, alteri absenti inutiliter factā stipulationem. Vnde ex diuerso dicendum videtur ex *l. 3. h. tit. & ex l. 3. tit. superioris,* alteri præsenti, & tacenti recte stipulationem fieri: Hoc
D (vt aliquantulum attigi in *d. l. 3.*) non est verum ipso iure, sed ex æquitate: Nec n. si quis sit stipulatus alteri præsenti, dabitur actio directa, sed vtilis, vt in *l. si procuratori 79. D. de verb. obligat.* si procurator stipulatus sit domino præsenti, domino dari ex stipulatu vtilem actionem: ac similiter si quis stipulatus sit alteri præsenti, videtur ei danda esse vtilis actio ex stipulatu, quia ipsemet præsumitur stipulatus, licet reuera stipulatus non sit, quæ præsumptio non potest fieri de absente, cui quis stipulatus est, quia præsumptiones, & fictiones conuenire naturæ oportet. In stipulationib. præsumptiones admittamus, vt si scriptū sit in instrumento promisisse aliquē, præsumimus præcessisse interrogationē, nec quicquam mutat, si non præcesserit *l. 1. tit.* super. Et similiter, si scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes, præsu-
E mitur ita fuisse gestam, & præsumptio potior est veritate. *l. pen.* tit. super. Et ita cum stipulor præsenti, præsumitur is ipse, cui sum stipulatus, sibi stipulari, licet reuera stipulatus non sit, ideoque ei datur vtilis actio. Postremo ex *l. 4. h. tit.* intelligitur, inutilem esse stipulationem de mutua successione, vt si tu me heredem facturum promittas, & vicissim ego te, quia non pactis, sed testamentis deferuntur hereditates. Pactum non est modus dandæ hereditatis legitimus: imo est contra bonos mores constringere libertatem testamentorū pactis vel stipulationibus, puta ne tu alium, quā me heredem facias, & ne ego vicissim alium, quam te. Et ita *l. 4.* est accipien-

KK k

da de pacto, & stipulatione mutuæ successionis. Quod A indicat verbum [*vos habere actionem*] quod etiam Græci, ex quibus Harmenop. noster, hanc legem 4. ponunt sub titulo ἀλληλοκληρονομίας, id est, *de mutua successione*, quæ tamen pactio inter commilitones recipitur iure singulari, non passim vbique, sed in ipso procinctu possunt se inuicem interpositis stipulationibus heredes facere, *l. licet, sup. de pact.*



AD TITVLVM XXXIX.

De duobus reis stipulandi & promittendi.

REi nomen commune est actoris, & eius quo B cum agitur, vt in illa lege 12. tabul. *Si quid horum fuat vitium iudici arbitroue reoue dies diffisus esto*, reoue, id est, alterutri ex litigatoribus vt in *l. 2. §. si quis iudicio D. si quis caution.* nec mirum si sit commune nomen actori, & ei cum quo agitur, cum sit commune contrahentium omnium, siue contrahentis vtriusque, creditoris & debitoris, stipulatoris & promissoris. Vnde & reus credendi dicitur, & reus debendi *l. si duo D. de recept.* & reus satisdandi, & reus satis accipiendi, *l. qui hominem §. quidam D. de solut.* & reus stipulandi, & reus promittendi, vel vt veteres loquebantur, reus stipulãdo, & reus promittendo. Reus stipulandi est is, qui suo nomine ab alio stipulatus est, nõ is, qui alteri adstipulatus est. Reus *promittendi* est, qui suo nomine, vel pro altero quid promisit. quæ definitiones sunt Ælii Galli Iurisc. & ostendunt bellissime, nos posse pro altero promittere, veluti fideiubendo, quod proprie est *adpromittere*, non tamen posse alteri stipulari. C Denique adpromittere nos posse, adstipulari non posse, exceptis certis casibus, de quibus diximus titulo superiori. Duo autem vel plures rei stipulandi sunt, qui ab vno, vel pluribus eandem rem, vel pecuniam singuli in solidum, & in partem virilem stipulati sunt. vel, apud quos ius stipulationis est commune, vt in *l. si rem §. vlt. D. de nouat.* Duo vel plures rei promittendi sunt, qui eandem rem, vel pecuniam ex eadem causa singuli in solidum, & in partem virilem suo nomine, vel pro altero, vni vel pluribus promiserunt. In solidum, & in partem virilem, vt ait *lex inter eos. D. de fideiuss.* quod in Idiotismo dicimus, *chacun pour soy, & chacun pour le tout.* Non exigo, vt rei promittendi nominatim & specialiter se in solidum D obligauerint, sed vt stipulator siue creditor intuitus sit singulorum personas in solidum vt *l. cum apparebit D. loc.* vel tacite actum sit, vt singuli tenerentur in solidum: nec enim id exprimi olim necesse erat, *l. his verbis, D. de duob. re. const.* quæ lex valde facit ad confirmandam sent. *l. 1. sup. de contrah. stip. & l. Titia §. pen. D. de verb. oblig.* Vt sicut si instrumento scriptum sit promisisse aliquem, ita si in instrumento scriptũ sit, promisisse aliquos eandem pecuniam, qui præsentes fuerint, cum id ageretur, vt essent plures rei promittendi, vt omnia præsumantur solemniter acta, id est, vt singuli, qui præsentes fuerunt, intelligantur se obligasse in solidum: Nam de absentibus idem præsumi non potest, quoniam præsumptiones debent esse probabiles, nec abhorrentes a ratione naturali. Nam absens non intelligitur promisisse, E etiamsi scriptum sit eum promisisse, nisi etiam scriptum sit, rem fuisse gestam inter præsentes illos, vel illos, & in eadem ciuitate fuerint, quod exigit lex pen. *sup. de contrah. stipulat.* Verum ad rem. Ergo olim duo rei promittendi constituebantur, si id ageretur vel tacito intellectu, tametsi non exprimeretur specialiter. Hodie tamen *ex Nouella* 99. non sunt duo rei promittendi, nisi specialiter dictum sit, vt singuli tenerentur in solidum, & in partes viriles.

Ad L. I.

Prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniæ a quo velit. Et ideo si probaueris te conuentum in solidum exoluisse, rector prouinciæ iuuare te aduersus eum cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur.

IN specie *l. 1. hoc tit.* rei promittendi sunt, qui communiter, id est, pro indiuiso mutuam pecuniam acceperunt, & eam se creditori reddituros spoponderunt. Ii & re, quia mutuam pecuniam acceperunt communiter, & verbis stipulationis sunt rei promittendi, quia communiter spoponderunt, & est in arbitrio creditoris, a quo solidam pecuniam petat. vt in *h. l. 1. & l. 2. l. si diuisa, sup. de loc. l. 3. §. 1: de duobus reis.* Cæterum, vt additur in *h. l.* ei, qui solidam pecuniam soluit, quem elegit stipulator, subuenitur aduersus conreum, συνυπεύθυνον, vt Græci loquuntur, vel creditore ei cedente suam actionem, puta creditæ pecuniæ, vel ex stipulatu, vel ei subuenitur data actione pro socio, vel communi diuidundo, si socii fuerant, vel actione mandati, si vice mutua fideiusserint, quod fit plerunque, non etiam actione data negotiorum gestorum, quod male tentauit glossa in *l. 1.* quia solidum soluit, quo se liberare aliter non poterat, qui tenebatur in solidum: nam si in virilem partem duntaxat tenebatur, & soluit solidum, tum sane ei de restituenda parte aduersus alterum debitorem dabitur actio negotiorum gestorum, vt *l. si in rem sup. si cert. pet.* quia potuit se liberare soluendo partem, nec cogebatur soluere solidum quod soluit. Et hoc secundum distinctionem relatam multis locis, *l. his consequenter §. vlt fam. ercisc. l. frater a fratre, D. de condict. indeb. l. pen. D. de reb. credit. l. si communis ff. de negot. gest.* Vt autem in specie *d. l. si in rem* de restituenda parte datur actio negotiorum gestorum ei qui solidum soluit, cum teneretur duntaxat in partem virilem: ita in specie huius *l. 1.* ei, qui solidum soluit, cum & in solidum teneretur, dabitur actio, quam ei cessit, & mandauit creditor, vel actio pro socio, aut communi diuidundo, vel mandati de restituenda parte tantum, *vt est in Basilicis*, in hac *l. 1.* περὶ τῆς ἡμίσεως μέρους, *de restituenda parte dimidia.* Quæ autem in hoc titulo vulgo est l. 1. & incipit ab iis verbis, *si duo pluresue, &c.* omnino delenda est, tanquam adulterina. Est quidem in editione Haloandri, sed plane νοθεύεται, cum nec verba eius vllum referant sensum idoneum, nec sit in Basilicis, nec in veteribus codicibus, vt glossa vlt. testatur *ad authen. hoc ita*, quam Irnerius posuit sub *h. tit. ex Nouella* 99. & vero ita est: nulli veteres Codices habent *illam legem, si duo*: nulli doctores eam etiam agnoscunt, & vt significant verba eius, portenta sunt, non verba. Sed vt de ea Nouella dicamus, cuius sententiam Irnerius subiecit *l. 1. h. tit.* ea Nouella tollitur electio, quæ datur creditori, vt conueniat in solidum, quem volet ex reis debendi *l. 1. & 2.* videlicet, si duo rei promittendi se nominatim in solidum non obligauerint, vel si se nominatim obligauerint, & omnes soluendo, & præsentes sint, quia his casibus stipulator cogitur inter eos diuidere actionem suam, ita vt singulos conueniat in partes tantum viriles. Et ita plures rei promittendi his casibus, hodie habent beneficium diuisionis, nisi ei renuntiauerint. Epistola D. Hadriani notissima etiam tabellionibus quibusque hodie, quæ pertinebat ad confideiussores & conreos constitutæ pecuniæ, etiam porrecta est ad reos principales, vt supra dictis casibus habeant beneficium diuisionis, nec possint singuli conueniri in solidum arbitrio & electione creditoris. Creditori adempta est electio generali Constitutione Nouellæ, quæ olim

olim non potuit adimi creditori rescripto speciali, vt ait *l.2.h.tit.* quia rescripta Principum ad neminis iniuriam pertinere debent. Rescripto Principis non potest confirmari vitiosa possessio, puta, quam quis vi adeptus est *l.3.sup.vnd.vi.* non potest rescindi venditio iure perfecta *l.3 sup. de rescind. vend. l. incivile, sup. de rei vindicat.* non donatio, *l.3.* ℸ. *de reuocand. donat. l. 9 sup. de donat. ante nupt.* non testam. *l.10.sup de test.* Ad hæc notandum, ex *l.3.h.tit.* si vni ex reis promittendi pecunia sit numerata, cæteros, quibus numerata non est, non habere ἀναγωγὴν, id est, exceptionem non numeratæ pecuniæ, quod etiam confirmat *l.5.sup.si cert.pet.* Non potuit singulis numerari in solidum, sed necesse fuit vni numerari nomine omnium, ideo cæteris nil proficit exceptio non numeratæ pecuniæ, quia, quæ numerata est vni, videtur esse numerata omnibus, sicut ex *l. vlt.* mox intelligemus, vno ex reis promittendi agnoscente debitum, & cæteros agnouisse videri: agnitionem vnius esse generalem. Itemque conuento vno ex reis promittendi, & cæteros conreos videri conuentos, & interpellatos, conuentionem esse generalem, omnesque complecti, quorum est vna & communis obligatio. qua in re est valde singularis *l. vlt.* quæ vt intelligatur sciendum est, actionem ex stipulatu perimi præscriptione 30. ann. sed eam variis modis interrumpi, vt litis contestatione, conuentione executoris, & libelli admonitione, vt *l. sicut, & l. cum notissimi in prin.sup.de præscrip.30.ann. l. vlt.sup. de annal. exc. l.2.sup. vbi in rem act. exerc. l. pen.sup. de recept. arb.* Interrumpi etiam non extante debitore, qui conueniatur protestatione habita publice *l. 2.sup. de ann. except.* Interrumpi agnitione debiti, puta, cautione noua, & nouo chirographo, vel solutione vsurarum, vel partis debiti *d.l.cum notissimi §.sed & si quis arg. l. cum fidem sup. de non num. pec.* Vel etiam datione fideiussoris, vt recte sentit Accurs. *l. cum quis §. pen. D. de solut.* Siue autem plures sint rei stipulandi, & plures rei promittendi, & ex persona vnius ex reis promittendi interrumpatur præscriptio ab vno, vel quibusdam reis stipulandi, vt si ille agnoscat debitum vni ex reis stipulandi, vel quibusdam, non omnibus reis, vel si conueniatur ille solus, non cæteri conrei promittendi, ab vno vel quibusdam reis stipulandi; siue etiam plures sint rei stipulandi, & vnus reus promittendi, ex cuius persona vnus, vel quidam ex reis stipulandi interrumpant præscriptionem 30. annor. aliquo ex supradictis modis, siue sint plures rei promittendi, & vnus stipulandi, in cuius personam ab vno vel quibusdam reis promittendi præscriptio interrumpatur, non ab omnibus, ea interruptio cuiuscunque modi sit, generalis est, id est, prodest omnibus creditoribus, etiamsi non sit facta in omnium personam, & nocet omnibus debitoribus, quia vna est obligatio, atque communis.

AD TITVLVM XL.

De fideiussor & mandat.

Svperiores tituli fuerunt de iis, qui quid suo nomine principaliter promittunt: hic titulus est de iis, qui pro altero stipulanti, vel stipulantibus qui *adpromittunt*, salua manente obligatione, nec nouata rei principalis. Ii sunt *fideiussores*: quibus adfines sunt *mandatores*, puta, qui rogant: mandare est rogare alii pecuniam mutuam dari: Nam & qui promisit fideiubere, satis promisso facit mandando credi pecuniam, vel quid aliud dari, fieriue, *l.vlt.§.vlt.D. mand.* & eleganter *l. si hereditatem, eod. Quicunque contractus tales sunt, vt quicunque eorum nomine fideiussor obligari possit, & mandati obligationem consistere: Nec multum referre præsens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet.* Sed ex eo loco etiam intelligimus, hanc esse differentiam inter fideiussores & mandatores, quod non tantum præsens, vt *l. 22. §. si curator, eod.* sed etiam absens mandet, quia mandatum solo consensu contrahitur; fideiubeat autem præsens duntaxat, quia hoc fit per stipulationem interrogato fideiussore, vt ait *d. l. si hereditatem, & l.3. §. vlt. D. de administrat. rer. ad ciuit. pertin. l. 12. hoc tit.* de qua satis in fine *Obseruat.* 14. Qua ex re etiam fideiussor olim dicebatur *præs*, quo nomine respondens interroganti fideiussor significabat se præsentem, atque adeo auctorem credendi esse. Non quicumque præsens fuit in contrahenda obligatione inter aliquos, habetur pro fideiussore, vt *l. 6. h. tit.* non is qui tabulas contractus adsignauit vt testis, vt in *l. sup. de administ. tut.* qui vt curator interfuit: sed is qui præsens est interrogatus an *præs* esset, atque respondit *præs*; quo verbo fidem suam adstringit, & plerunque promissa manu, quod est symbolum stipulationis, vt ait Salomon Prouerb. *6. Eum qui fideiubet, plerunque promittere manum inimico, & laqueo verbi sui capi.* Et cap.22. *Ne si ex iis*, inquit, *qui manum suam promittunt, siue porrigunt pro debitis alienis.* Cæterum *præs* dicebatur proprie in causa pecuniaria: vas in causa capitali, si Ausonio credimus in Monosyllabis, quos etiam alii auctores solent distinguere, vt Quintus Curtius Rufus libro nono: *vestram virtutem rerum, quas gesturus sum vadem, prædemque habeo.* Et in Epitome Titi Liuii lib. 48. *De veneficiis quæsitum*, inquit, *Publicia & Licinia nobiles fœminæ, quæ viros suos necasse insimulabantur, causa cognita, cum prætori prædes vadesque dedissent cognatorum decreto necatæ sunt.* Sed eo loco videtur præs, & vas promiscue dari in causa capitali: Et rectius veteres libri, *cum prætori pro se vadem dedissent.* Distinguit & idem Ausonius alio loco. *Per multa possum*, inquit, *currere exempla, vt probem prædes vadesque pœnitudinis reos, sed nolo quenquam nominatim dicere, sibi quisque vestrum dicat, & secum putet, spondere quantis damno fuerit, & malo.* Quod est elegantissime scriptum, & demonstrat etiam miseriam, aut periculũ eorum, qui pro altero fidem suam obstringunt, & vt Chilo. Lacedæmonius dixit, aut Thales Milesius, *comitem æris alieni litisque esse miseriam.* Et elegantius Iesus Syrach in Panareto cap. 29. *Fideiussionem felices multos, qui erant, ad infelicitatem perduxisse & euertisse bonis, & domo patriaque.* Porro quam adfinis sit mandator fideiussori, etiam ex eo apparet, quod plerunque mandator est is, pro quo fideiussor intercedit, qui nimirum eum rogauit, vt pro se fideiuberet, & inter eum & fideiussorem mandati obligatio constituitur, vt *l. 14. h. tit.* Cuius sententiam exponam, deinde ostendam toto hoc titulo, ius esse commune mandatoris & fideiussoris, nec enim me ordinem legum *huius tit.* sequi, aut seruare necesse est.

Ad L. XIV.

Lex. 14. Mandati actio personalis est, quæ si nomine fideiussoris, vel aduersus debitorem seu heredes eius competit: præses prouinciæ, quæ deberi compererit, reddi iubebit. Pignora etenim, quæ reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemptione, solutio celebrata est, vobisque mandatæ sunt actiones. Quod si factum est: ea quoque vobis persequentibus, aduersus [pignorum] possessores extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertietur.

Lex 14. ostendit, per mandati actionem a debitore principali, vel herede eius fideiussorem consequi quod pro eo creditori soluit: pignora autem creditori nexa solutione facta creditori per fideiussorem, liberari, nisi (quod notandum) fideiussori creditor cesserit actionem hypothecariam, vt *l. 2. 11. 21. h. tit* quam recte cedi, & mandari ostendit *d. l.* 14. pecunia accepta, quam fideiussor soluit, tanquam pretio nominis siue

actionis venditæ fideiussori, vt in *l. cum is, D. eod. l. Modestinus, D. de solut. l. possessor, D. de censib.* Nam pecunia accepta, tanquam credito, quam creditori fideiussor soluit, omnis tollitur obligatio, personalis & hypothecaria, nec vlla quam cedat actori superest actio. Ac pecunia accepta tanquam pretio venditi nominis, neque personalis obligatio tollitur, neque hypothecaria, & cedi potest fideiussori, quasi emptori nominis, cui agenti hypothecaria, quam cessit creditor aduersus possessores pignorum, *dict. l.* 14. ait, præsidem prouinciæ impertiri extraordinariam iurisdictionem, id est, ipsummet præsidem cogniturum de iure hypothecæ, non iudicem specialem daturum, qui de hypotheca cognoscat ex more & ordine veteri iudiciorum & legum, qui desierat iam esse in vsu; quare vulgo dicitur, *Hodie omnia iudicia esse extraordinaria*, quod in nullis obseruetur vetus ordo legum, vetus solemnitas, siue ritus. Et hæc est sententia *l.* 14. Nunc intelligamus, toto h. tit. ius proponi commune quod est cum fideiussoribus, tum mandatoribus. notandum est liberato reo principali capitis deminutione, vt si deportatus sit in insulam, quo genere in totum liberatur, si omnia bona eius (vt fit plerumque) publicata sint: pro parte, si pars tantum: quia deportatus pro mortuo habetur, & fiscus pro successore eius: Eo, inquam, ita liberato, fideiussorem, aut mandatorem non liberari, vt *l.* 1. 15. *&* 20. *h. tit.* Qua de causa in *l. defensiones, sup. de except.* dicitur defensiones, siue exceptiones extendi ad fideiussores vel mandatores, quibus reus principalis munitus est, integro manente statu, id est, qui non sustinuit capitis deminutionem, quoniam reo principali capite deminuto, defensio siue liberatio, quæ ei competit, non competit etiam fideiussori siue mandatori: & rationem reddi in eo loco. Ideoque hoc casu, quem proposui, in arbitrio est creditoris, vt vel fiscum conueniat, in quem bona deportati debitoris transierunt, vel fideiussorem aut mandatorem, *l.* 20. *h. t.* Sed electo fisco, & exacta ab eo pecunia, tum proculdubio fideiussor liberabitur *l.* 15. *h. tit.* Ea quoque electio, quæ datur creditori, est communis, siue malit in fideiussorem aut mandatorem creditor experiri omisso reo principali, nisi aliud conuenerit, quod aliquandiu obtinuit, vt hanc creditor haberet electionem: sed nouissime eam creditori Iustinianus ademit in Nouella 4. restituto vetustissimo iure, quo appellandus erat prius debitor principalis, quam sponsor, id est, fideiussor: Qua de causa a Basilicis absunt in hoc titulo omnes leges, quæ illam electionem creditori permittunt *l.* 3. 5. 19. 20. 21. 23. tanquam abrogatæ Nouella Iustiniani, quatenus electionem creditoribus permittunt, non tamen abest a Basilicis *l.* 17. quæ omissis pignoribus permittit electionem fideiussoris, nisi aliud conuenerit: Nam hoc congruit Nouellæ Iustiniani, ex qua potest, imo debet prius conueniri fideiussor, quam agere de pignore. Qua ratione nec debuit a Basilicis abesse *l.* 2. *huius tituli.* vt abest, quæ hoc tantum dicit, id est, quæ idem illud dicit, quod congruit cum Nouel. Iustin. omisso pignore creditorem agere posse cum fideiussore. At contra a Basilicis recte abest alia lex, quam nondum attuli, nempe *l.* 25. quæ (quod hodie non permittit Nouella) omisso fideiussore permittit creditori electionem pignoris seu hypothecæ, & eo non sufficiente, id est, pignoris distracti pretio ad creditorem adimplendum, residui persecutionem permittit aduersus fideiussorem. Quod ita intelligendum est, si iusto pretio creditor pignus distraxerit: Nam si non iusto pretio, residuũ quod ex pretio seruare potuit creditor, a fideiussore exigere non potest, *l.* 18. *h. t.* At secus est, si iusto pretio pignus distraxit, quia executio pignoris fideiussoris liberatio non est *l.* 9. *h. tit.* Sicut e contrario rei vel fideiussoris conuentio statim non est liberatio pignoris, *l. vn. sup. etiam ob chirograph. pec.* Item electio rei principalis sola, nondum secuta exactione, non est statim liberatio fideiussoris, aut mandatoris, sicut nec electio vnius ex fideiussoribus, vel mandatoribus, vel reis promittendi, liberatio est rei, aut conrei, aut confideiussoris, aut alterius mandatoris eiusdem pecuniæ, id est, non electio sola, sed exactio pecuniæ: Et huc pertinet *l.* 23. *&* 28. *h. tit.* Et male huic sententiæ opponitur *l.* 16. cuius legis duæ sunt partes. In prima ponit quidem creditorem posse eligere vnum ex fideiussoribus, & in solidum conuenire, si putat cæteros non esse soluendo, sed non dicit cæteros liberari post litem contestatam cum vno. In 2. autem parte non ponit creditorem elegisse vnum ex fideiussoribus, sed litem contestatam fuisse cum omnibus, vt est aperte in Basil. εἰ κατὰ πάντων προκατήρξατο, litem inquam fuisse contestatam cum omnibus fideiussoribus diuisa actione in partes viriles, id est, singulis conuenientis pro parte virili: quo facto lex ait, iam creditori non licere deserto eo iudicio conuenire vnum ex fideiussoribus in solidum, etiamsi cæteri soluendo non sint, quia semel diuisit actionem inter fideiussores, quod sibi debet imputare. Hoc ergo dicitur de nouatione necessaria, id est, de iudicio accepto: nam voluntaria nouatione constat protinus liberari fideiussorem vel mandatorem *l.* 4. *h. tit.* & pignora, *l. vn. sup. etiam ob chir.* Et ita est explicanda *l.* 16. ¶ Et explicatio demonstrat male ex ea colligi, conuentionem vnius fideiussoris esse liberationem cæterorum. Ac rursus repetamus quod ait *d. l.* 16. creditorem, qui litem contestatus est cum omnibus fideiussoribus diuisa actione, amisisse ius eligendi vnum ex fideiussoribus in solidum, etiamsi cæteri soluendo non sint, vt scilicet addamus e contrario, vnum ex fideiussoribus cum quo creditor primitus litem contestatus est in solidum, etiam post litis contestationem, si cæteri confideiussores soluendo fuerint, quandocunque ante sententiam desiderare posse ex Epistola D. Adriani notissima omnibus, etiam circuitoribus fori, vt in partem tantum virilem condemnetur, vt *l.* 10. *h. t.* quia hæc defensio peremptoria, quæ beneficium diuisionis dicitur, commune fideiussori & mandatori, *l. vlt. sup. de constit. pec.* de quo etiam agitur *l.* 3. *h. t.* magnum beneficium, quo fit vt fideiussor, qui est obligatus in solidum, damnetur tantum in partem. Miserabilis est conditio fideiussoris, maxime debitore principali non existente soluendo, & miserabilis, quem sæpe perpetiuntur, auctionis aspectus. Ideo leges fideiussoribus & mandatoribus, qui proximi eis sunt, variis modis opitulantur, vt illa epistola Adriani dato beneficio diuisionis. Itemque aliter *l.* 27. *& l. vlt. h. tit.* quæ est constitutio Græca, & desideratur, multis beneficiis, siue remediis subuenire leges miseriæ fideiussorum, & quantum potest, alleuiare eorum onera: primum maxima parte hominum liberata huiusmodi obligatione, puta, fœminis omnib. ex Senatusc. Velleiano, deinde dato etiam maribus, qui pro alio fideiussissent, beneficio diuisionis, quod habent ex Epistola D. Adriani, nisi ei renuntiauerint nominatim, dato etiam beneficio electionis ademptæ creditoribus, quod vulgo dicitur beneficium excussionis, ne scilicet fideiussor conueniatur inexcusso reo, concessum a Iustiniano iis, qui ei nominatim non renuntiassent: Nam hoc iure vtimur, vt huic & illi beneficio renuntiari possit, qua de causa in Codice & in D. non sunt inutiles, quæ sunt numeratæ leges, quibus electio creditori permittitur, quia plerunque huic beneficio fideiussores renuntiant. Eodemque modo etiam fœminæ, quæ beneficio Senatusconsulti iis obligationibus exemptæ sunt, recte renuntiant beneficio Senatusconsulti Velleiani. ¶. At præter hæc beneficia sciendum est, fideiuss. nonnunquam interuenire in causis ciuilibus, vel in criminalibus, qui pro eo cauent iudicio sisti, id est, de repræsentando reo, vt loquitur Iustinianus, nisi tam graue sit crimen, quo reus postulatur, vt carceri potius, quam fideiussoribus committi debeat, *l.* 1. *&* 3. *D. de custod. reor.* Et huius cautionis vis hæc est, vt reum criminis fideiussor

fideiussor exhibere compellatur, aut arbitrio iudicis A pœna pecuniaria, vel si dolo malo non exhibeat, extraordinaria plectatur *l. 4. eod. tit.* Et hoc est quod ait *l. 13. h. tit.* eum Decurionem, id est, Senatorem municipalem, qui fide promiserat se latronem quendam inuenturum, id est, requisiturum & exhibiturum, exhibendi, & sistendi latronis necessitate esse obstrictũ: aut si dolo malo eum non sistat, transmitti ad præfectum prætorio, vel præsidem prouinciæ, vt scilicet puniatur extra ordinem, quod dolo malo non sistat latronem, pro quo cauit: hi enim sunt iudices, ad quos causæ criminales decurionũ reiiciuntur, præses prouinciæ, vel præfectus prætorio. Cæterum si fideiussores caueant reum sisti in diem certam, puta intra sex, aut intra septem, vel octo menses, & si intra eam diem non stitissent reum, certam pœnam B pecuniariam, singulare est beneficium, quod dedit idem Iustinianus *l. 26. h. tit.* vt fideiussores ea die reum non stiterint, quamuis verum sit pœnam esse commissam ex diei lapsu, attamen differatur exactio pœnæ in menses sex, intra quos si fideiussores reum sistant, vel defendant, videlicet eum reum iudicio sisti, aut defendi promiserunt, pœnalis stipulatio, quæ commissa erat, euanescat. Beneficium est plenum humanitatis, vt post commissam pœnam, liceat fideiussori purgare moram intra sex menses, exhibito vel defenso reo, quia regulariter pœnæ semel commissæ ex die certa nulla deprecatio, nullum effugium est, *l. traiectitia D. de oblig. & act. l. Celsus, D. de recept. qui arbitr. recep.* sed benigne leges subueniunt miseriæ fideiussorum. Et hæc est sententia *legis 26.* ad cuius speciem non est existimandum etiam pertinere *legem, etsi post tres D. si quis caut.* quia nõ loquitur C de fideiussore, sed de reo ipso, qui promisit iudicio sisti, & non de stipulatione pœnali, sed de stipulatione, quanti ea res est: inter quæ multum mutat: nam cum fideiussore mitius agitur, quam cũ reo principali. Et stipulatio pœnalis est seuerior & strictior, quã stipulatio, quanti ea res est: nam pœnalis statim ipso iure committitur ex die exhibitionis, quo reum sistere debuit, stipulatio quanti ea res est non committitur ex die, sed ex lite contestata ex illa stipulatione *l. 5. sup. de contrah. stipul. l. cum quærebatur §. proinde D. iudicat. solui.* Et idem ostendit *lex, etsi post tres §. proinde*, si post diem, quo reus se sistere promiserit intra tres dies, vel quinque, vel plures, id est, intra modicum tempus, non intra sex menses, vt in fideiussore constituit hæc lex 26. ante litem contestatam D reus se iudicio sistat, secum agendi potestatem faciens, & cum eo agatur ex stipulatione, quanti ea res est, poterit se tueri exceptione doli mali, scilicet si ex mora illius modici temporis ius actoris deterius factum non sit, id est, si doceat ob eam rem nil interesse actoris, quæ est sententia leg. *etsi post.* Verum *ex hac l. 26.* etiam notandum est, pœnalem stipulationem, de qua in eo agitur, euanescere mortuo reo, quem in diem certam fideiussor cauit se iudicio exhibiturum. Mortuo, inquam, reo intra diem dictam, non etiam si moriatur post eam diem dictam, atque conuentam intra sex menses, quos hæc constitutio dat fideiussori ad exhibendum reum, pro quo cauit, quia iam cœpit esse certum, reum non posse exhiberi intra illos menses, cum sit mortuus, & ideo pœnæ commissæ petitio est. Et hoc plane E conuenit cum iure communi *l. 4. D. qui satisd. cog.* Sequitur aliud in *l. 27.* Sed omisimus etiam fideiussoribus subueniri, qui solidum soluere parati sunt, creditore compulso eis vendere nomina, vt *l. fideiussoribus 16. D. de fideiussor.* At in *l. 27. huius tit.* proponitur aliud, in quo etiam fideiussoribus succurritur, qui sine scriptis & sine adiectione diei pro alio iudicio sisti adpromiserunt, vt scilicet ex ea stipulatione non teneantur in perpetuum, id est, vsque ad triginta annos: ex ea non possunt conueniri ad eum finem longissimi temporis, sed intra duos menses tantum, quod beneficium manat ex edicto quodam generali præfecti prætorio, vt ait *lex 27.* Nam & præfectum prætorio, qui est apex omnium magistratuum, non ambigitur ius facere posse *l. 2. sup. de præfect. præt. Orient. l. apertissimi sup. de iudic.* & in libro Nouellarum Iustiniani, quatuor postremæ sunt edicta præfectorum prætorio, quæ vno verbo a Græcis dicuntur ἐπαρχικά. Qui ergo pro alio spopondit iudicio sisti sine scriptis, & non adiecta die intra quam sisteret, si intra duos menses conuentus non sit, ex ea stipulatione ipso iure liberatur. Qui autem ex scripto fideiussit, in perpetuum tenetur. Denique maius est vinculum fideiussionis scriptæ, quam non scriptæ, quia non præsumitur se in longum tempus obligasse, qui fideiussit sine scripto indiligentius. Et hæc est præsumptio iuris, legis præsumptio iusta, cuius nunquam solicitius est inquirenda ratio, maxime cum benigne inducitur leuandi fideiussoris gratia. Et hæc quidem distinctio inter eum, qui pro alio iudicio sisti promisit ex scripto, & eum, qui ex non scripto, est indubitata & certa. Verum inde quærebatur, an is qui fideiussit apud acta, vel apud Officium, siue tabularium, videatur fideiussisse sine scripto, vt tantum teneatur in duos menses, non vltra? Et hoc Iustinianus magis probat in hac *l.* Itaque (quod notandum) quod ait *lex, eum pro quo ff. de in ius voc.* eum qui pro alio fideiussit iudicio sisti apud acta, vel apud officium, ad eum exhibendum compelli: sic hodie est intelligendum, vt compellatur tantum intra bimestre tempus, non vltra. Et hoc in priuatis causis: Nam in publicis siue fiscalibus, qui apud tabularium testibus adhibitis fideiubent iudicio sisti, priuilegio speciali pro eo habentur ac si fideiussissent ex scripto, vt perpetuo teneantur. Nec nouum hoc videri debet: Nam (vt ait Iustinianus) multa priuilegia propter publicas necessitates iuri publico præstantur, & proponuntur multa in titulis *de iure fisci, & de priuilegio fisci.* Ad postremum etiam aliud est, in quo lex *vlt. h. tit.* (quæ est constitutio Græca, hactenus desiderata) significat fideiussoribus subueniri, videlicet qui pro alio vsurarum nomine fidem suam obstrinxerunt, quos quidem *lex 10. h. t.* qui fideiusserunt, in vsuras scilicet, ait, nullam habere iustam causam recusandi soluere vsuras: sed hoc ita verum est, vt nullum habeant iustam causam recusandi solutionem vsurarum, qui in eas fideiusserunt intra biennium; si in longius tempus se non obligauerint, post biennium, liberari ab onere soluendarum vsurarum, quod est magnum beneficium, si non se obligauerint vltra biennium: Nam si se obligauerint in longius tempus, puta triennium, aut quadriennium, conuentionem contrahentium nos sequi oportet: Ita tamen, vt ait lex *vlt.* vt vltra modum, quem leges vsuris dederunt, non debeantur, puta supra duplum: vt si sors sit centum, vsurarum nomine solutis ducentis, debitor omnimodo liberetur & a sorte, & ab vsuris, quia vbi vsuræ sortem æquauerunt, quod post soluitur vsurarum nomine in sortem imputatur. Et hoc est, quod dicitur, *vsuras non deberi supra duplum l. si non sortem, §. supra duplum D. de condict. indeb.* Similis est distinctio, quam posuit *l. 27. sup.* vt multum intersit, siue scripto quis pro alio iudicio sisti promiserit in diem certam, an die non adiecta: Nam hoc casu post bimestre tempus non tenetur, illo tenetur in diem, in quam vsque cauit, etiamsi excedat bimestre tempus: Nam & ita in quæstione l. vlt. multum interest, fideiussor obligauerit se in vsuras pro reo principali in diem certum (nam in eum diem soluere cogetur vsuras, modo non excedant duplum) an vero non adiecerit diem, quoniam hoc casu post biennium recte recusat solutionem vsurarum. Et verba *huius legis vlt.* in Basilicis hæc sunt: ἐὰν τις, &c. sententia hæc est: *Eum, qui fideiussit in vsuras non in biennium tantum teneri, sed in tantum temporis, in quantum conuenit, & cauit, vt vsurarum nomine teneretur. Igitur licere fideiubere vsurarum nomine etiam in longius tempus, modo duplum vsuræ non superent.* Et nil præterea dignum est notatu in hoc titulo, nisi de

specie *legis 22. h. t.* quæ vulgo perperam apponitur, estque talis: Mandaui Titio, vt tibi crederet decem; credidit decem: dein Titio stipulanti promisi, me daturum viginti per errorem, qui mandaueram, vt numeraret tantum decem, quæ etiam sola numerauit. *Lex 22. ait*, vltra id, quod tu accepisti, quodque ego mandaui ex stipulatione illa, quæ excedit eius pecuniæ quantitatem, mecum vtiliter agi non posse, quia ea stipulatio fuit sine causa, in eo, quod excedit pecuniam creditam ex mandato meo, quia reus principalis non tenetur, nisi quatenus est ei numeratum, *l. si tibi, D. de pact.* Ergo nec mandator: ideoque si conueniatur, poterit se tueri exceptione doli mali: imo vero vltro poterit agere condictione liberationis, vt illa obligatio sibi accepto feratur *l. 15. h. tit.* quam Græci condictionem recte vocant incerti actionem, *περὶ τοῦ ἀδήλου ἀγωγὴν*, quia liberationes & acceptilationes incerti condicuntur. Et ita est explicanda *l. 22.* quod etiam *μετάφρασις Βασιλικῶν* probat. Cuius latine sent. hæc est: *si compellatur vltra, quam acceperit reus principalis, atque adeo vltra quam mandauerim ei numerari, mihi succurri, ne a me petatur τὸ περιττὸν*, id est, *quod excedit pecuniam numeratam.* Igitur ponendum est, numerationem conuenire mandato, id est, tot nummos fuisse numeratos, quot numerari mandauero, quod non ponunt vulgo, sed post numerationem me incautius promisisse daturum Titio vltra quam mandassem, vel ipse Titius numerasset.



AD TITVLVM XLI.

De Nouation. & delegat.

Hic titulus est de stipulationibus nouandi causa interpositis ad tollendas priores obligationes. Fideiussio & mandatum, de quibus est superior tit. non tollunt priorem obligationem, sed accessiones eius sunt, nouatio & delegatio, de quibus est *hic tit.* tollunt priorem obligationem. Fit quidem & fideiussio, & nouatio siue delegatio per stipulationem: sed vt verborum etiam discrimen non ignoretur, fideiussio proprie fit per adstipulationem & adpromissionem, quæ verba significant fideiussores adiungi priori obligationi: *nouatio* autem fit per exstipulationem, & expromissionem, quo genere prior obligatio perimitur, & articulus ex, significat veteris obligationis interitum, & nouæ exortum. Fit ergo nouatio & delegatio per stipulationem. Est igitur voluntaria, quia nemo stipulanti promittit inuitus, *l. 1. & 6. h. tit.* Stipulatio ex vtriusque consensu consistit, *l. 1. & §. pen. ff. de pact. l. si stipuler §. vlt. ff. de verb. oblig.* Alia est nouatio & delegatio, quæ non per stipulationem, sed per litis contestationem fit iudicio accepto, de qua proprie hic titulus non est, sed de voluntaria tantum. hæc necessaria est *l. vlt. ff. de separat.* quia iudicium redditur in inuitum *l. inter stipulantem §. 1. ff. de verbor. oblig.* Vt si is, cui vendidi nomen L. Titii mandatu meo litem contestetur cum L. Titio: vel si creditor litem contestetur cum debitore suo, eumque condemnet, quo genere vetus actio nouatur, & transfertur in actionem iudicati, *l. 1. h. tit.* in secunda parte, quæ repetita est *in l. nominis sup. de hered. vend. l. 11. & 29. eod. tit.* Nouatio voluntaria, de qua est hic titulus, est stipulationis, vel alterius obligationis veteris in nouam stipulationem translatio atque transfusio, quo genere vetus obligatio perimitur ipso iure, *l. si vnus §. pactus ff. de pact. l. 2. & 3. h. tit.* Delegatio autem est mandatum in stipulationem nouandæ & transferendæ prioris obligationis, quod fit (exempli gratia) creditore iubente debitorem suum id, quod sibi debet alii creditori stipulanti, vel alii, cui creditor illud nomen donatū vult, promittere. Hoc iussum, siue mandatum, vt alii stipulanti promittat,

A quod mihi debet, delegatio appellatur. Vnde inter delegatum & delegantem nascitur actio mandati *l. 12. ff. eod. tit.* perficitur autem delegatio secuta stipulatione, hoc est, delegato nouandi causa promittente ei cui delegatus est, siue debitor sit delegatus, siue non debitor: Nam & non debitor delegatus ex stipulatu, sequuta stipulatione conueniri & exigi potest, licet mandator nondum ei satisfecerit, *l. 5. h. t.* Et hoc est, quod ait *l. 11. ff. eod. tit. Delegationem per stipulationem fieri*, id est, perfici atque compleri. Namque origo delegationis est mandatum: executio delegationis est stipulatio & promissio nouandi causa interposita. Et hæc est delegatio debitoris: vel ita fit delegatio debitoris, atque impletur, de qua est hic titulus. Alia est delegatio siue mandatum, & cessio non

B debitoris, sed actionis, vt cum aliquem procuratorem facio in rem suam, vel in rem meam, vt agat cum alio meo nomine. Hæc est delegatio actionis, non delegatio debitoris. Et in hoc significatu dicitur in *l. quod debetur, ff. de pecul.* delegationem pro iusta præstatione, id est, cessionem actionis esse pro solutione rite facta. At in hoc titulo delegatio non est mandatum, vt agas, sed mādatum, vt alii stipulanti promittas, & inter hanc & illam delegationem, id est, inter hæc duo genera mandatorum multum interest: Nam vt sup. attigi, delegatio actionis fit inuito, vel ignorante debitore: delegatio debitoris non item. Et hæc differentia proponitur in *l. 1.* Addatur alia, delegatione actionis nō tollitur obligatio vel actio, quæ deleganti, id est, mandatori competit, vt si te faciam procuratorem in litem meam, demandata, vel delegata tibi actione mea, non ideo amitto meam actionem. At

C delegatione debitoris prorsus tollitur obligatio & actio mea *l. 2. hoc tit.* Item delegatio debitoris nouatione legitime perfecta, nō potest reuocari a delegante, etiamsi is, cui quis delegatus est, a delegato nondum exegerit pecuniam, vel etiamsi eam donauerit, aut acceptam tulerit. Delegatio autē siue cessio actionis potest reuocari re integra *l. si pater, sup. mand.* Re integra, id est, si is, cui delegata est actio, nondum litem contestatus sit, vel si nil exegerit a debitore, vel si non denuntiauerit debitori, vt solueret. Quos tres casus eleganter expressit *l. 3. h. t.* quibus, quod res non sit in integro, mandatum actionis reuocari non potest: Item, & hæc est alia differentia, is,

D cui quis specialiter delegauit, vel cessit actionem certam in rem suam, hæc omnia sunt necessaria, non in rem delegati, inuito mandatore siue delegatore non potest nouare, vel alio modo dissoluere obligationem, *l. 4. h. tit.* is autem cui delegatus est debitor, & qui stipulatus est ab eo debitore, sane non prohibetur nouare, vel alio modo soluere obligationem. Duo tantum notaui genera delegationis. Vnum si mandaui, vt alteri promitteres. Alterum si mandaui, vt ageres cum alio. Est & aliud genus, si non mandaui vt ageres, vel promitteres, sed si te debitorem meum delegaui, vt solueres L. Titio pecuniam mihi debitam, qui multum distat ab eo, qui delegatus est, vt alii promittat stipulanti: nam hic si promittat, nouatur obligatio cum id agitur: Ille vero, qui delegatur vt soluat alii, quod mihi debet, si promittat vel constituat se soluturum, non nouatur obligatio, quoniam nō

E actum est vt nouaretur, id est, id noluit is, qui delegauit, l. 22. *de nouat.* Et de hoc genere delegationis est *l. pen. h. tit.* quæ negat eum, qui delegatus est vt solueret, conueniri posse, nisi promiserit ei, cui delegatus est, vel constituerit se soluturum, videlicet, quod notandum ex *l. pen.* si creditor, qui eū delegauit, sit creditor chirograph. qui nullum pignus contraxit ex causa crediti: Nam hypothec. creditor iure hypothecæ generalis, vel, si specialiter ei illud nomen obligatum fuerit, etiam non delegatum debitorem debitoris conuenire potest, *l. nomen, sup. quæ res pign. obligar. poss.* Ad hæc sciendum est, nouationē voluntariā fieri quatuor modis. primo modo sine delegatione, cæteris modis remedio delegationis, siue præcedente delegatione. Primo modo fit nouatio sine dele-

gatione mutata causa, vel statu prioris obligationis, non A mutata persona debitoris, vel creditoris, vt si de te stipuler nouandi animo, quod mihi debes ex testamento, vel ex crediti causa, vel si quid mihi debes ex stipulatu, idem de te stipuler, si modo posterior stipulatio aliquid noui habeat, alioqui stipulatio iterata superuacua est, aut sane inutilis ad faciendam nouationem. Dico igitur nouationem fieri, si quod mihi debes ex stipulatu, idem postea de te stipuler nouandi animo, si modo posterior obligatio aliquid noui habeat, quod non habuerit prior, vel aliquid non habeat, quod habuerit prior, vt si in posteriori stipulatione nouandi causa interposita, pignus, vel fideiussor, vel pœna, vel dies vel conditio adiiciatur, aut detrahatur ex priori, aut si in posteriori stipulatione adiiciatur conreus debendi, quod in *l. vlt. h. tit.* significari puto his verbis, [*vel aliam personam adhibuerit,*] B puta, si adiecerit conreum debendi. Et sequitur [*vel mutauerit,*] quod est nouationẽ fieri, mutato debitore. Male Haloander in illa *l. vlt. mutauerit;* alii Codices non habent illa verba *(vel mutauerit)* & tamen retinenda sunt, cum Basilica ea retineant, & veteres libri. Idem fiet si in posteriori stipulatione quantitas debiti augeatur, vel minuatur, vt ait *d. l. vlt.* Sed addit, idem euenire, si quis cautionem minorem acceperit, quod quid aliud est, quam quod dixit paulo ante, *si quantitatem minuendam esse crediderit.* Non possunt ea verba, [*si cautionem minorem acceperit,*] aliud significare. Ergo idem superuacuo repetit, & est ταυτολογία, quod vitium tamen non excidit Iustiniano auctori legis vltimæ: Nam vetustiores libri non habent [*minorem*] sed [*iuniorem*] rectissime, C hoc sensu: stipulationem stipulatione nouari & perimi, si creditor cautionem iuniorem acceperit, quod probat *l. chirographis D. de administ. tut.* quæ docet, nouationem fieri facto nouo chirographo, quamuis nec persona mutata sit, nec causa obligationis, quin etiam ad faciendam hanc nouationem compelli debitorem, amisso veteri chirographo, incendio, vel alio casu. Ita recte dicimus, nouationem fieri per cautionem iuniorem, & stipulationem stipulatione nouari sola hac ratione, quod sit iunior, & recentior stipulatio, siue cautio, recens instrumentum. Secundo autem modo, nouatio fit mutata persona creditoris, vt si quod tibi debeo, alii, non cre-*tori tuo stipulanti promittam: hoc modo non fit nouatio sine delegatione, sed nec etiam sequentibus duobus, D de quibus dicamus. Tertio igitur modo fit nouatio mutata persona debitoris: vt si quod tibi debeo, stipuleris ab alio non debitore meo vltro se offerente, vltro suscipiente nomen meum, & me liberante. Quod etiam fit, si ego alium non debitorem meum tibi delegauero, qui promitteret tibi quod debeo. Quarto modo nouatio fit mutata persona vtriusque debitoris, & creditoris, quod fit etiam per delegationem, vt si debitorem meum tibi creditori meo delegauero, qui tibi promitteret, quod debeo: Nam & tu mutas debitorem, & ille debitor meus mutat creditorem. His modis nouatio fit: sed nullo tamen modo fit nouatio, secundum quod constituit Iustinianus in *l. vlt. h. tit.* etsi tacite inter contrahentes actum sit, vt fieret, quod tamen olim sufficiebat, nisi nominatim sit expressum, nouationis causa rem geri. E Alioqui si hoc dictum non sit nominatim, res procedit ἀνοβάλιυτως, quod ego restitui in Instit. est barbara vox Græca inflexa ad Latinam, vt eo specialiter non expresso res fiat ἀνοβάλιυτως. id est, vt non fiat obligationis nouatio.

AD TITVLVM XLII.

De solutionibus, & liberationibus.

NOuationi, & delegationi, quæ per stipulationem priorem obligationem tollit, dictum est *tit. superiore*, inde rapta occasione, adiungit alias rationes siue modos, quibus & citra stipulationem tollitur obligatio, mox rediturus ad stipulationes. Et summa quidem ratio tollendæ obligationis est solutio, id est, datio, vel numeratio, vel præstatio eius, quod debetur, vel alterius rei volente creditore: Nam inuito creditore aliud pro alio solui non potest *l. 2. §. 1. D. de reb. cred.* nisi lex quædam specialis cogat creditorem aliud pro alio accipere, veluti pro pecunia prædium æstimatum, si cogatur accipere in solutum, quod leges plerunque statuebant, cum in vrbe abundabat æs alienum, cuius dissolutio esset difficilis, cumque difficilis erat ratio conficiendæ pecuniæ, vt post bellum ciuile lege Iulia cautum est, quod soluendi æris alieni difficillimum esset illud tempus, vt debitores pecuniarum creditoribus satisfacerent per æstimationem possessionum, quanti quisque ante bellum ciuile comparasset, id est, prædiis datis in solutum æstimatis, quanti ea emissent ante bellum ciuile, quod non erat sine magno detrimento creditorum. Et eius rei auctor est Suetonius in Iulio, & Iulius ipse in *princ. 3. de bel. ciu.* Et hoc genus soluendi æris alieni, puta prædiis æstimatis datis in solutum pro pecunia, Marcus Tullius qui eo tempore fuit, significat 12. ad Atticum epist. 28. dum ait: *Si Castritius pro mancipiis pecuniam accipere volet, eamque sibi solui vt nunc soluitur.* id est, per æstimationem prædiorum datorum in solutum etiam inuito creditore ex lege Iulia. Et inde apud eundem sæpe prædia in æstimationem accipere, id est, prædia æstimata accipere in solutum, pro pecunia credita æstimationem, quam fecit lex Iulia, non quam creditor aut debitor. & 13. Epistol. *a Laberio*, inquit, *Albinus prædia in æstimationem accepit.* Et duodecimo ad Atticum: *vt numerato malim accipere, quam æstimatione,* id est, dato prædio in solutum. Et alio loco, *Credo, quod accipienda aliqua sit, & danda æstimatio,* id est, prædium aliquod æstimatum pro pecunia debita. Et 9. Epistol. eleganter: *Non eo consilio sis, vt cum me hospitio recipias, æstimationem aliquam te putes accipere. Etiam hæc leuior est plaga ab amico, quam a debitore.* Et 5. *Nolles a me hoc tempore æstimationem accipere: nam numeratum si cuperes, non erat.* Numerationi pecuniæ debitæ, opponit dationem æstimationis, id est, prædij æstimati & dati in solutum. Ergo creditori aliud pro alio non soluitur recte, nisi lex cogat: inuito scilicet: nam volenti aliud pro alio soluitur recte.

Et cum quæritur, quomodo fiat recte solutio, hoc notandum imprimis, recte fieri, si idipsum, quod debetur, soluatur, vel aliud pro eo volenti creditori, vel coacto velle legis publicæ auctoritate. Item recte fieri eam solutionem, quæ fit congruo loco a debitore, vel ab alio nomine debitoris creditori vel alii, mandato aut voluntate creditoris. Et generaliter, vt ait *l. 22. hoc tit.* quæ fit ei, qui exigendi potestatem habet, veluti seruo calendario præposito, *l. 19. hoc tit.* vel qui liberam peculii administrationem habet, si quid de peculio mutuatus sit *l. 3. h. tit.* Ex solutione sequitur liberatio, etiam non reddito, vel non cancellato chirographo *l. 4. 19. 22. h. tit.* cuius tamen chirographi post solutionem debitori condictio competit, quasi sit apud creditorem sine causa *l. vlt. h. tit. l. 2. sup. de condict. ex leg.* Ex solutione, inquam, sequitur liberatio, vt ex stipulatione sequitur verborum obligatio *l. 5. §. conuentionalis, D. de verb. oblig.* Solutio est causa, liberatio effectus. Et quod dicitur, in *l. solutionis D. de solut.* coniuncta *l. liberationis D. de verb. signific.*

quoniam ambæ sunt ex eodem libro, idem significari vtroque verbo liberationis & solutionis, non pertinet ad hunc titulum, sed quantum inscriptio earum legum demonstrat, ad titulum *de re iudicata*, quo a condemnato exigitur vt soluat *l. 4. §. soluisse D. de re indic.* vbi, *soluendi* verbum eandem vim habet, quam liberandi. At in hoc titulo solutio a liberatione distinguitur, vt & libro II. *tit. de solut. & liberat. debitor. ciu.* Et solutio est causa, vt dixi, liberatio effectus. Solutio est facti, vt ait *l. consilio, §. vlt. D. de curat. furios.* Liberatio est iuris. Item solutio est species tollendæ obligationis, liberatio genus: Nam & aliis, quam solutione, modis plerisque liberatio contingit ipso iure, vel ope exceptionis, veluti nouatione, pacto, transactione, donatione, compensatione, capitis deminutione debitoris, acceptilatione, oblatione & obsignatione & depositione totius pecuniæ debitæ, confusione, vt si vnus idemque homo successione siue aditione hereditatis fiat debitor, & creditor eiusdem pecuniæ, venditione pignoris idonei. Item re debita exstincta sine culpa debitoris, vel etiam reddito chirographo voluntate creditoris, vt *l. 15. h. tit. l. 7. sup. de remiss. pign.* vbi id latius exposui, vel etiam donatione apochæ a creditore conscriptæ, id est, professione receptæ pecuniæ, si modo apocha non arguatur esse falsa, vt *l. 13. 14. 21. & 23. h. tit.* Nam differentiam facimus inter apocham & acceptilationem eadem licentia, qua inter pignus & hypothecam, licet inter se nil differant, præter syllabarum sonum, quo lingua Græca discernitur a Latina. Sicut alias dixi eadem licentia, *medicos facere differentiam inter ἄνθρακα & carbunculum: Theologos inter πεντηκοστὴν, & quinquagesimam*: Nam reuera ea nomina nil distant, præter sonum, & linguæ varietatem, quod vna sit Latina, alia Græca, potestas omnium vna. Ceterum dicimus *apocham* esse eam, cui potest opponi exceptio non solutæ pecuniæ: Nam etiamsi scripsero, mihi solutam pecuniam, quia potui id scripsisse spe futuræ solutionis, quæ secuta non sit, debitori obiicienti mihi apocham, contra obiicio recte exceptionem non receptæ pecuniæ, quæ tamen exceptio acceptilationi non opponitur, quoniam acceptilatio etiam non soluentem liberat, & quasi donatio est *l. si accepto latum, §. vlt. D. de acceptilat.* Et hos omnes modos, quibus liberatio contingit, in vnum veluti aggerem coarctaui, quia nimis magna esset mora in singulis si istum aggerem vellem dissoluere. Et restant tantum duæ leges in hoc titulo, quarum præcipue sunt explicandæ species. Primum *l. 18.* cuius species hæc est: Procurator meus de sua pecunia liberauit me ab omnibus creditoribus meis receptis chirographis, quæ eis fecerat meo nomine, quibus chirographis subscripsit idem procurator, *nihil creditoribus meis, qui ante erant, me debere.* an ex ea subscriptione recte colligam, etiam procuratori me nil debere, qui me sua pecunia liberauit? minime: Nam potest esse verum, vt nil debeam aliis creditoribus, non quod sim liberatus mea pecunia, sed procuratoris, quam ipse vel eius heres a me possit exigere actione mandati. Ergo procurator, qui chirographis subscribit, *nil creditoribus deberi*, non de se intelligit, cum & chirographa ad se non pertineant, sed de creditoribus tantum, quibus facta erant. Ergo superest ei petitio pecuniæ, quam de suo soluit, vt dominum liberaret. Hæc *lex* 18. ad dominum, non ad procuratorem vel heredem eius scripta est, & singulari personæ tamen dicit, *(vestræ pecuniæ)* pro *(tuæ pecuniæ.)* Et ex hac specie doctores generaliter colligunt, in generali sermone non contineri personam loquentis, vel scribentis, quod est generaliter falsum, specialiter verum, vt in hac specie, quia ea fuit mens scribentis, vt intelligeret, nil deberi creditoribus, quibus facta erant chirographa, quibus hoc subscripsit. Ceterum deberi sibi, cui nullum factum erat chirographum. Et omnes illæ definitiones generales doctorum, quæ sumuntur ex specie vna, vel altera in disputando nobis sunt pernegandæ, quod sint tantum specialiter veræ, generaliter falsæ: sicut illud *generalem sermonem non apprehendere personam loquentis*, non est omnino verum, nisi quatenus coniectura voluntatis admittit, vel exigit. Notanda etiam est species *l. pen. h. tit.* Creditor volens pro centum, quæ ei debebantur, accepit fundum æstimatum centum in solutum, fundum accepit in æstimationem pro centum, quæ debebantur: postea idem vendidit eum fundum 200. sua industria inuento stulto emptore: Quæritur an debitor ab eo possit exigere, quod supra vendidit? Minime. Euentus, *inquit*, melior & industria creditoris non debet prodesse debitori, quia etiamsi creditor vendidisset fundum sibi datum in solutum minori pretio, puta decem, hoc nil noceret debitori. Et eodem argumento recte vtitur lex 3. *D. ad leg. Falcid.* vt si heres res hereditarias bene vendiderit per stultitiam emptoris & insaniam, ea res non profit legatariis, non augeat legatum: Nam etiamsi male vendiderit res hereditarias per stultitiam suam aut imprudentiam, ea res non nocet legatariis. Menda duo erant in hoc titulo. Vnum iamdiu sustuli ex *l. 2. reponens*, pro (*rationibus*) (*stationibus*) id est, *fisci stationibus*. Et explicata etiam *illa l. 2.* in *l. 1. inf. ne fiscus rem, quam vendidit, euincat*, quod mendum nondum quisquam animaduertit, secuti sunt multi, qui probarent, & in ipso contextu, quod probo, vocem (*stationibus*) reposuerunt. Est aliud in *l. 22.* quod indicant libri omnes antiqui. *Inductum, id est, cancellatum nec ne sit chirographum.* Primum hic velim addi subdistinctionem post *chirographum*, Quod sequitur *vestrum*, in eo est mendum, & legendum *vestra*, atque coniungendum verbum postremis verbis, *nil interest*, vt sit, *vestra nil interest.*

AD TITVLVM XLIII.

De acceptilationibus.

IN hoc tit. redit ad stipulationes: Nam acceptilatione, de qua est titulus, ea tantum obligatio tollitur, quæ nascitur ex stipulatione. Aliæ obligationes quæ re, vel consensu, vel literis contrahuntur, non possunt tolli acceptilatione, nisi prius nouatione facta transferantur in stipulationem Aquilianam, cuius scilicet formulam condidit Gallus Aquilius, & exstat in *l. & vno, D. de acceptil.* quia acceptilatio fit verbis solemnibus, vt ait *l. 1. h. tit.* solemnitate verborum obligamur *l. si fratres, sup. comm. vtr. iud. l. si in rem, sup. si cert. pet.* sic etiam solemnitate verborum liberamur per acceptilationem actu solemni, vt ait *l. vlt. sup. de reuoc. iis, quæ in fraud. cred.* Acceptilatio igitur fit verbis solemnibus, *Acceptum fers? acceptum fero.* Et verbis tolli non potest nisi, quod verbis contractum est *l. 8. §. acceptum, D. eod. tit.* Cui coniungenda est ratio ex *l. nil tam naturale, de regul. iur.* quia nihil est tam naturale, quam eodem quidque modo dissolui, quo colligatum est. Et ita fit, vt acceptilatione tollatur tantum verborum obligatio, aut alia quælibet translata in verborum obligationem, quod fit remedio stipulationis Aquilianæ, vt in *l. 13. tit. super. l. 4. 15. 22. 40. sup. de transact.* Et *l. 2. h. tit.* si donationis gratia nouatione facta, per stipulationem Aquilianam scilicet: præmittitur stipulatio Aquiliana, si alia sit obligatio, quam quæ ex stipulatione nascitur, & sequitur conuenienter acceptilatio. Idem etiam ostendit *l. 3. h. tit.* Et definitio acceptilationis, quæ ponitur *l. 1. D. eod.* vt sit vltro citroque liberatio vtriusque contrahentis, vel vt ipsis verbis vtar, vt sit *liberatio per mutuam interrogationem, qua vtriusque contingit ab eodem nexu absolutio.* Ea definitio est eius acceptilationis, quæ fit præmissa stipulatione Aquiliana, quæ omnem obligationem tollit, quoquomodo contractam *l. 1. hoc tit.* quæ aliquantum est obscura. Sententia hæc est: pupillum acceptilatione liberasse

liberasse debitorem suum, qui postea per errorem pecuniam pupillo soluit: & quærit, an eam condicere possit quasi indebite solutam. Et ait posse, si acceptilatio fuerit facta tutore auctore, quia rite facta acceptilatio præcludit omnem viam agendi. Sed si facta sit sine tutoris auctoritate, non posse condici pecuniam, quia inanis fuit acceptilatio.



AD TITVLVM XLIV.

De euictionibus.

HIc titulus est de stipulatione, qua plerunque venditor emptori cauet pro euictione, id est, in casum, quo genere vindicationis, præterquam, si vindicationis seruitutum aut finium, vt suo loco demonstraui, emptor rem, quam accepit ex causa emptionis, vel æstimationem eius amittat, & eam ei rem habere non liceat, nimirum his fere verbis stipulante emptore, vt formulam stipulationis componam: *eum hominem, quem de te emi, & accepi, mihi per te heredemque tuum, & per omnes habere recte licere: Et si is homo, quo de agitur, parsve eius a me petita erit, vel si eum hominem, partemue eius ego ab alio petiero, tum de ea re agenda adesse, cum tibi heredive tuo denuntiauero, & eam rem recte defendere: & si is homo parsue eius mihi per indicem euicta erit, vel si eum hominem ego a possessore per iudicem euincere non potuerim, tum duplam mihi recte præstari hæc, spondesne?* & respondet venditor, *spondeo.* Hæc est stipulatio, de qua agitur in hoc titulo. Plerunque euictionis nomine emptor stipulatur duplam, non quanti res est in veritate, sed quanti emit, vt docet recte Accurs. *l. 2. D. eod. & l. cum fundus, & l. si fundo tradito, eod.* duplam, *inquam*, & interdum, veluti si ita pacti essent, simplam tantum, vel triplam, vel quadruplam, vt *l. si dict. & l. si plus D. eod.* nec enim huic rei modum finem ve vllum vlla lex imposuit. Frequentior quidem est duplæ stipulatio, sed licet etiam stipulari plus, aut minus. Et hæc omnia, quæ in formulam contuli, in stipulatione de euictione contineri constat ex locis quam plurimis, *l. stipulatio ista, D. de verb. oblig. l. si rem, §. vlt. l. emptori, §. vlt. l. si dict. §. in stipul. D. de euict.* Ac proinde hanc stipulationem committi, id est, obligationem euictionis contrahi, non tantum si alio agente in rem aduersus emptorem iudex condemnet emptorem, atque compellat rem restituere actori, vel æstimationem, sed etiamsi agente emptore in rem aduersus possessorem iudex possessorem absoluat *l. euicta, §. 1. eod. l. qui absentem, D. de procurat.* Euictionis enim nomine significatur in iudicio in rem, non in alio, efficax & plena victoria eius, qui egit aduersus emptorem, vel cum quo egit emptor. Plena inquam, & efficax victoria, id est, quæ ad emolumentum, seu effectum perducatur, re ablata, vel abducta, vel possessione retenta: Nam plus est euincere, quam vincere, nec emptor habet regressum ad venditorem, quod vicerit aduersarius, sed quod euicerit, vt *l. habere, D. eod. tit.* Si aduersarius, qui vicit emptorem, statim sine successore decesserit, nec in bona eius venerint creditores aut fiscus, vel si eam rem statim donauerit emptori, quem vicit, antequam eam abduceret, vel auferret, vicit, non euicit. Et ideo emptori, quod victus sit, nulla competit aduersus venditorem actio de euictione. Porro si omissa sit stipulatio de euictione, quam ante proposui, secuta euictione nihilominus superest emptori aduersus venditorem euictionis nomine actio ex empto, quæ ex sui natura talis est, vt persequatur id, quod interest, & modo dicitur competere in simplam, & in quod interest, rem euictam non esse, id est, ad pretium recipiendum, & ad recipiendam omnem vtilitatem, id est, omne quod interest, *l. 60. & 70. D. de euict. l. Titius §. vlt. D. de act. emp.* Modo dicitur euictionis nomine deficiente stipulatione duplæ competere actionem ex empto in id quod interest, vt in *l. 1. sp. de rer. permutat. l. 9. 17. 21. 25. 29. hoc tit.* Quod tamen ita debet intelligi, vt in eo, quod interest, insit pretium rei, quod emptor pernumerauit venditori. Competit ergo in id, quod interest, in quo inest pretium rei, modo & eadem actio dicitur competere in id, quod interest, rem euictam non esse, non in pretium, quod adnumerauit emptor, vt *l. 23. hoc tit* Quod etiam ita debet intelligi, vt competat non in pretium duntaxat, sed in id omne, quod interest, quod plerunque pretium rei egreditur *l. 1. D. de act. emp.* Et ita rectissime glossa interpretatur *d. l. 23.* modo euictionis nomine (quod valde pugnat cum superioribus) dicitur ex empto agi ad duplam deficiente stipulatione duplæ, vt *l. 2. D. de euict. si dupla non promitteretur*, id est, si deficiat stipulatio duplæ, *& eo nomine agetur*, id est, si agetur de euictione ex empto, nec enim alia superest actio deficiente stipulatione, *dupli condemnandus est reus.* Ergo euictionis nomine actio ex empto competit in duplum. Et ita Paulus 2. *Sentent. tit. 17. si res simpliciter tradita*, id est, non interposita stipulatione pro euictione, *euincantur, tanto emptori venditor condemnandus est, quanto si stipulatione pro euictione cauisset.* quo etiam pertinet *l. quod si nolit, §. quia assidua, D. de Ædilit. edict.* Quia etsi ea lex non loquatur de stipulatione, quæ de euictione interponitur, sed de stipulatione, quæ interponitur de sanitate & noxa hominis venditi, & de iis, quæ continentur ædilitio edicto, qua ex causa etiam duplam promitti constat ex *l. 11. §. vlt. & l. quia dicitur, D. de euict.* & ex Theophilo *tit. de diuis. stipulat.* tamen ratio *d. §. quia assidua*, etiam ad stipulationem de euictione accommodari potest, vt quia assidua & frequens est de euictione stipulatio duplæ, ideo ex empto agi possit in duplam deficiente stipulatione duplæ, vt ea, quæ moris sunt, & consuetudinis veniant in bonæ fidei iudicium, in quo etiam proditum est tantundem valere officium iudicis, quantum stipulationem *l. quia tantumdem, de neg. gest.* Sed vt rem explicem, hi omnes loci, quibus dicitur, si venditor duplam non cauerit stipulanti emptori, ex empto duplo tenus agi posse, sic accipiendi sunt, si cum dictum vel actum esset, vt dupla promitteretur emptori, dupla ei promissa non fuerit, vel si per errorem omissa fuerit stipulatio duplæ, vt ostendit *l. empt. §. vlt. & l. si dict D. de euict.* Et hoc est, quod ait *d. l. 2. eod.* si dupla non promitteretur, puta per errorem omissa stipulatione duplæ, vel eo tantum pacto, vt de dupla venditor teneretur, *& eo nomine agetur, inquit*, scilicet actione ex empto, quod res euicta sit, vel quod dupla promissa non sit: dupli condemnandum esse reum, *hoc est*, venditorem, vt scilicet re euicta duplum præstet, vel nondum re euicta, vt duplam promittat. Sed si de dupla non sit actum, nec per errorem, sed consulto consilio sit omissa stipulatio duplæ, certum est emptori de euictione ex empto actionem esse in simplam, id est, in pretium, quod numerauit, & in id, quod interest, vt *d. l. 60. eod. tit.* in simplam, inquit, & in id, quod interest, quod quandoque est minoris, quam dupla. Et si quando pluris est quam dupla, non excedit tamen duplam in iudicio empti venditi, quia bonæ fidei iudicium est, & bonæ fidei congruit, immensam exactionem resecari, & supra duplum venditorem non exigi, maxime si dolo careat, puta si ignorans vendiderit rem alienam, quam postea dominus euicerit emptori, quæ est sententia *l. cum forte, & seq. D. de act. empt.* Non est omittendum stipulationem de euictione, quam dixi sæpe interponi in duplam, aliquando interponi tantum in simplam, vt *l. hoc iure, D. eod. tit. Stipulationes, inquit, simplæ aut duplæ.* In duplam si væneat homo, vel prædium, vel quæ alia res pretiosa, *l. emptori, §. 1. eod. tit.* In simplam, si ita pacti sint, vt Varro ait *2. de re rustica, cap. de pastor. vendito homine duplam promitti: aut si ita pacti sint, simplam*, & rursus, *in simplam tantum, si væneat re,*

venditor. & contemptibilis. Vnde venditiones aliæ dictæ sunt duplariæ, aliæ simplariæ, *l. si tamen, §. vlt. D. de Ædil. edic.* Aliquando vero stipulatio de euictione concipitur in id quod interest, hoc modo: quanti ea res est dari, vel indemnem damno præstari emptorem, vt *l. 22. hoc tit.* Sicut stipulatio de sanitate & noxa, quam sup. ostendi, concipi in duplam, interdum concipitur id, quod interest, *l. 16. §. si seruus, de euict.* Ex iis ergo apparet de euictione emptori præcipue duas esse actiones: vnam ex empto, non interposita stipulatione, nisi nominatim actum sit, vt venditor euictionem non præstaret *l. 21. h. tit. l. pacta conuenta D. de contrah. empt.* Quo tamen casu [& hoc summe notandum est] licet actum sit nominatim, ne præstet venditor euictionem, tamen sciens rem esse alienam, tenetur in id quod interest: ignorans vero, & bonæ fidei venditor in hoc saltem, vt pretium reddat, quod accepit *l. ex empto §. vlt. D. de act. empt.* Alteram actionem de euictione esse ex stipulatione duplæ, quæ frequentior & vsitatior est. Hæc vero est auctoritas, & robur venditionis, vt re iure, iudicioque euicta emptori emptor per hanc, vel illam actionem habeat regressum ad auctorem suum, *son garant*, id est, venditorem, & emptori venditor auctoritatis nomine teneatur, alioqui sine ista auctoritate nulla emptio venditio esset. Mar. Tullius 13. Epist. *Si ea prædia diuidentur,* inquit, *quæ ipse Cæsar vendidit, quæ tandem in ipsis venditionibus poterit esse auctoritas?* Qua tamen in re recte monet *l. 6. D. de euict.* si quæratur, an pro euictione caueri oporteat, vel in quantum, vel quomodo, consuetudinem eius regionis, vel ciuitatis, vel populi, in quo negotium geritur, esse spectandam: Ergo legem eius populi, siue regionis, in qua emptio venditio contrahitur, vt in populo Iudaico, ex lege Moysis venditis prædiis vrbanis pro euictione venditor emptori obligatur, non etiam venditis prædiis rusticis, quoniam & ipse venditor quandocunque prædia rustica redimere & euincere potest, in pretii rationem imputatis fructibus ab emptore medio tempore perceptis. & anno quoque Iobel, vel vt Græci dicunt, ἀφέσεως, ea quoque prædia venditor suo iure recipit, & euictionis siue auctoritatis nomine non teneri eum, hæc LXX. interpretum verba demonstrant Leuit. 25. ἡ γῆ οὐ πραθήσεται εἰς βεβαίωσιν. quod est proprie verbum iuris: Nam βεβαιώσεως nomine significatur auctoritas, & euictionis causa. ex consuetudine igitur siue lege regionis propria, vel etiam ex conuentione contrahentium venditor non omnium rerum, quas vendidit, auctoritatem præstat. Ideoque non omnium est auctor, non omnis venditor auctor est: Nam & olim mancipio datarum venditor non erat auctor, sed mancipio non datarum tantum, vt Varro ait supradicto loco, si mancipio non datur, duplam promitti. Et ratio est, quia soli domini ex iure Quiritium mancipio dare poterant, tradere etiam non domini. verum, qui quid mancipabat solemniter, præstabat satisdationem, seu satis secundum mancipium, vt ostendit M. Tullius initio 5. Epist. ad Atticum, nisi scilicet lege venditionis dictum esset, ne satisdaret, vt Varro scribit 5. de lingua Latina, *Caueri cœptum in lege mancipiorum vadem ne posceret, nec dabitur.* At qui traditione, non mancipatione solam rem venditam transferunt in emptorem, non satisdant de euictione, nisi id actum sit nominatim, sed repromittunt tantum non dato fideiussore *l. 4. l. si dictum, D. eod. tit. l. 1. §. pen. D. de prætor. stipulat.* Præstant denique de euictione nudam cautionem in simplam vel in duplam pretii, non veri, sed eius quod acceperunt: nec enim (& hic terminus hæreat semper apud vos) de euictione vlla actio competit, nisi pretio aut pretii parte soluta, & re per traditionem translata in emptorem, & postea iure iudicioque euicta.

Ad L. I.

L. 1. Emptor hereditatis rem a possessoribus sumptu ac

A *periculo suo persequi debet. Euictio quoque non præstatur in singulis rebus cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes conuenit.*

Ex lege prima intelligimus multum interesse hereditas væneat, an certum corpus, certa res, vel species, aut plures res certæ: Nam si plura corpora, siue plures res, vel vna væneat, emptor tenetur ex empto, vt eas res suo sumptu & periculo persequatur, & tradat earum possessionem vacuam, & in singulis rebus præstet euictionem, quoniam quot sunt res, tot sunt euictiones, aut euictionum causæ. Si hereditas væneat, non tenetur venditor vllam rem tradere hereditariam, nisi quam habet in sua potestate, nec tenetur in singulis rebus hereditariis præstare euictionem, siue auctoritatem. Et ratio differentiæ hæc est, quia hereditas nomen iuris est, &
B qui hereditatem vendit, non res corporales, quæ in hereditate continentur, vendit, sed ius successionis, quod est incorporale, & hoc ius esse, id est, hereditatem esse, & se heredem esse, dolumque malum præstare venditor hereditatis tenetur, non etiam tradere corpora hereditaria, nisi ea quæ ad se peruenerunt, vel quæ ipse dolo malo fecit, ne ad se peruenirent. Et ita est intelligenda *l. qui filiifamil. §. 1. D. de hered. vend.* vt venditor hereditatis cogatur tradere res hereditarias, quæ scilicet ad eum peruenerunt, vel dolo malo fecit, quo minus peruenirent, qua de re etiam interponi solet stipulatio, quæ dicitur emptæ & venditæ hereditatis, de qua est tota *lex 2. ff. de hered. vendit. & l. pecuniæ, de verb. signific. & l. 50. de verbor. oblig.* & aliæ complures. Alias vero res
C hereditarias, quæ ad eum non peruenerunt, nec dolo malo fecit, vt minus peruenirent, venditor emptori hereditatis tradere non tenetur, sed liberatur cedendo emptori earum rerum persequutionem *l. 2. §. peruenisse, ff. de hered. vend.* Emptor autem eas persequitur suo sumptu & periculo, vt in hac *l. 1.* Si quid vero euincatur de rebus hereditariis, eo nomine venditor hereditatis neque cauere de euictione, nec euictionem præstare cogitur, nisi, vt ait hæc lex 1. aliud nominatim conuenerit. Et ratio hæc est, quia siue res, quæ euicta est, non fuit hereditaria, non væniit igitur: siue fuit hereditaria, per iniuriam iudicis euicta est, & iniuria iudicis non obligat venditorem, iniuria facta emptori non pertingit venditorem, & æquius est, vt maneat apud emptorem, cui facta est, quam transferatur ad venditorem: Sicut etiam dicitur
D iniuriam a iudice factam fideiussori, non pertingere debitorem principalem *l. exceptione ff. de fideiuss.* Et hoc omne etiam confirmat *l. 1 sup. de rer. permutat. & l. 18. & 25. hoc tit. & l. 5. & l. si per imprudentiam ff. eod. tit.* Qua de causa, vt sit actio de euictione, semper exigebam heri, vt res emptori iure iudicioque euinceretur, id est, non tantum iudicio, sed etiam iure: quoniam si non iudicio, vel si iudicio & non iure, emptori non est regressus ad venditorem. Et hoc, quod ita statuimus in hereditate vendita, locum habet, etiamsi quodlibet aliud ius væneat, non corpus: vt si væneat peculium serui, quod est etiam nomen iuris, non corporis, vel nomen, id est, obligatio, seu cautio fœneratitia: Nam venditor duntaxat præstare debet, vt sit peculium, vel vt sit nomen, &
E dolum malum vtique semper, non etiam vt exigi aliquid possit & ferri ex peculio, vel nomine, nisi aliud nominatim conuenerit. Qua exceptione in hereditate vendita etiam vtitur *hac l. 1.* & in nomine ac peculio *l. 5. l. si plus §. vlt. ff. eod. l. si nomen, ff. de hered. vend.* Quærit autem Accurs. in hac lege, ne quid pretermittamus, vtrum si amissa possessione rei venditæ, & traditæ emptor eam persequatur, suis sumptibus eam persequatur: an vero sumptum factum in litem recipere possit a venditore. estque elegans quæstio. Et valde placet, quod definit, licet incondite, victo emptore, & re euicta, si non sit actio de euictione, nec esse propter sumptus litis causa factos, *vt in specie h. l. 1.* si sit actio de euictione, & inesse in ea

rationem

rationem sumptuum factorum in litem, vt *l. 17. & 18. l. fideiussor, ff. de dol. except.* Quod vtique verum est, siue de euictione agatur ex empto, siue ex stipulatione concepta in id quod interest, vt heri ostendi, eam non semper concipi in duplam, vel simplam, sed in id quod interest, vt *l. 22. h. tit. & l. venditores D. de verb. obligat.* non etiam si de euictione agatur ex stipulatione duplæ vel simplæ, quia hæc stipulatio certum finem habet, & taxationem certam, vltra quam progredi non licet, etiamsi superest ratio impensarum factarum in litem. Et hæc fuit recta mens eorum, quos Accurs. notat in hac *l. 1.* dixisse, cum est euictionis nomine regressus ad venditorem propter sumptus litis causa factos, non semper agi ex stipulatione, duplæ scilicet, vel simplæ, quæ suos fines habet: sed semper ob eam rem agi actione ex empto, quia hæc est natura actionis ex empto, vt in eam veniat omne id quod interest etiam supra duplum, maxime si cum eo agatur, qui sciens rem alienam vel alii obligatam, mala fide vendiderit, vt *l. 60. D. de euiction. l. idque D. de action. emp.* Et hoc si vt posui initio, victus emptor, & res euicta sit. Nam si emptor vicerit, vel si res euicta non sit, nisi aliud conuenerit, vt *d. l. venditores,* hoc casu nec propter sumptus emptori, qui vicit, vllus est regressus ad venditorem, *l. 18. h. tit.* quia æquum est, vt suis quisque sumptibus rem suam tueatur atque defendat. Et errat Bartolus hoc loco tota via, qui vult semper venditorem agnoscere sumptum, quem emptor fecit in lite, quam obtinuit: Nam quod ait, venditorem in hoc teneri, vt emptori rem habere liceat, quod est verissimum, hunc habet sensum, vt ne res emptori euincatur, non etiam vt sumptum agnoscat, quem emptor fecit vtiliter in re empta defendenda & obtinenda. Quod item ait idem Doctor *emptori mota lite de rei venditæ proprietate, debere rem defendere, prendre la garantie,* quod est certissimum, non hoc est, vt debeat rem defendere suis sumptibus, si vicerit emptor: sed si victus fuerit. Et plane is auctor, dum his rationibus abutitur in hanc suam propriam sententiam, agit se pro sophista vano.

Ad L. II.

L. 2. Quoniam auus tuus, cum prædia tibi donaret, de euictione eorum cauit: potes aduersus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere, ob euictionem prædiorum pro portione scilicet hereditaria. Nudo autem pacto interueniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.

SCiendum est, actori dari actionem de euictione, vel ei, qui est similis emptori, *vt dicemus in l. 4.* etiamsi de euictione nil dictum, pactum, vel promissum sit *l. 6. hoc tit.* quia hoc naturaliter inest huic negotio, vt auctoritatis nomine venditor, vel qui similis est venditori obligetur: alioquin inane negotium esset. non tamen dari actionem de euictione donatario, etiamsi inter se pacti sint donator & donatarius in ipsa traditione rei donatæ, quo genere perficitur donatio, vt donator præstaret euictionem, & auctoritatis nomine teneretur: Nam hoc pactum non obligat donatorem, id est, ex pacto donationi meræ, cui nullum negotium inest, apposito, non nascitur actio, quia donatio, quæ traditione perficitur, non est contractus, & nullam parit actionem, vt pactum ei additum possit formare ipsam actionem. Et idem dicam etiam hodie ex constitutione Iustiniani, nudo consensu perfecta donatione sine traditione ad exemplum emptionis, vt nec ex pacto in donatorem sit actio euictionis nomine. Et ita Iacobus sensit recte antiquus interpres, & rectius quam Accurs. hoc loco: Nam Iustinianus, qui noue induxit, vt nudo consensu perficiatur donatio, non hoc etiam noue contra ius vetus constituit, vt ex pacto donator de euictione teneatur. Ius nouum extendere non licet. In Glossa Accursii ad hanc legem, si quis eam excutiat, hærebit, nisi addat ne-

A gationem illo loco: *Alias, inquit, si incepit a pactione, idem si a traditione non agitur ad instar dotis, &c.* Summa hæc est, quoquo modo perfecta sit donatio, donatorem ex pacto non præstare euictionem: at ex stipulatione præstare, puta si stipulanti donatario donator euictionis nomine promiserit duplam. Et hæc est sententia *h. l. 2.* ex qua interpretabimur etiam, quod ait *l. sciendum, D. eod. tit.* nil interesse, vtrum ex causa emptionis stipulatio duplæ interposita sit, an ex alia causa, veluti ex causa donationis, vt in *h. l.* vel ex causa dotis, vt in *l. 23. ff. eod. l. 1. sup. de iur. dot. l. non solum D. eod.* & interdum ex causa legati, vt infra dicemus. Et, quod ait *Paul. 5. Sent. tit. de don.* inuitum donatorem de euictione rei donatæ promittere non cogi, nec eo nomine, si promiserit onerari, quod lucratiuæ rei possessor, qualis est donatarius, ab euictionis actione ipsa iuris ratione depellatur: hoc intelligamus de donatore, qui promisit euictionem paciscenti donatario, non stipulanti: Nam si stipulanti, proculdubio tenetur ex stipulatu euictionis nomine.

¶ Illud etiam notandum, donatorem, qui sciens donauit rem alienam, licet de euictione non teneatur, de dolo tamen tener. in id, quod interest, si donatarius, dum existimat, rem fuisse donatoris, & ab eo in se dominium transisse, in eam rem meliorandam magnos sumptus fecit, hos recipiet actione de dolo a donatore, qui eum fefellit *l. Aristo §. vlt. de donat. l. ad res, de Ædilit. edic. l. Iulianus in fine, de verb. oblig. l. 3 §. vlt. ff. si famil. furt. fec. dic.* Notandum etiam est, quod si donationi mixtum sit C negotium, vt si dono tibi fundum, vt vicissim mihi aliquid des, vel vt aliquid facias ex pacto, atque etiam sine pacto, est actio præscriptis verbis de euictione, quia mutatio potius est, aut veluti permutatio, quam donatio; *l. vlt. sup. de rer. perm.* Ergo idem est, si quid dono tibi, vt ἀντίδωρον, accipiam, quia veluti genus permutationis hoc est, vt ait *l. sed etsi lege §. consului, ff. de petit. heredit.* Et ita donatorem, qui accepit ἀντίδωρον, teneri de euictione nominatim scriptum est in *Legibus Longobardorum, l. 2. de euict. siue leg. 1. de donat. & empt.* Quarum legum vsus viget etiam hodie Mediolani, & in omni illo tractu Italiæ, qui in hanc ætatem retinet Longobardiæ nomen, & ab Accursio citantur sæpissime & supra dictis locis illę leges ἀντίδωροι vocant [*Laonequild,*] quod est ac si germanice hodie diceres, *lonegri,* id est,
D pecuniam repensatricem. Et corrupte scriptum est in glossa *l. 1. D. si a par. quis manu. fuerit,* eam legem Longobardorum appellari [*mathildam*] cum sit scribendum, *laonequildam.* Porro quia legatum est donationis species, & legatarius lucratiuæ rei possessor, sicut donatarius, inde Accursius tractat in hac *l.* an heres legatario teneatur de euictione. Et eius rei certa definitio hæc est, vt si certus homo legatus sit, veluti Stichus, vel certa res, heres non teneatur de euictione, quia talem rem dare debet, qualis est, nisi testator sciens prudensque alienam rem esse, eam ab herede legauerit, quia ex coniectura voluntatis præsumitur testator heredem onerare voluisse periculo euictionis *l. Stichο D. de vsufr. leg.* vel nisi vltro stipulanti legatario heres caueat de euictione, exemplo donatoris: licet aliud sit, si heres vel
E donator caueat de sanitate, vel de fuga serui legati, quia ex hac stipulatione non obligatur, cum inualetudo, aut fuga non faciat, vt res legata desinat esse legatarii, sicut cum euincitur, *l. si legati serui, ff. de legat. 1.* Marc. Tul. 3. Offic. *Venditor, inquit, quæ scire debuit de sanitate & de fuga, præstat edicto Ædilium: heredum, inquit, alia causa est.* Si autem incerta res aut incertus homo legatus sit, puta homo generaliter, & electio sit heredis, euicto eo quem elegit heres & præstitit, quia male elegit, tenetur de euictione, actione ex testamento, vel ex stipulatu. Et hæc omnia ostenduntur in *l. heres, D. de euict. l. si domus §. 1.* qui est accipiendus de homine generaliter legato, *l. si a substituto §. 1. D. de leg. 1. l. qui concubinam § si heres de legat. 3.* Eandemque distinctionem seruari in

stipulationibus, adiecit *l. qua de legato, D. de legat.* 1. vt qui promisit Stichum, talem dare debeat, qualis est. qui hominem generaliter, vt eum dare debeat, quem habere liceat stipulatori. Postremo tractat Accursius, quod interpretes non explicant, quid sit dicendum in eo, qui rem habet quasi ex lucratiua causa, an is, qui ei dedit eam rem, ei teneatur de euictione? Et causam *quasi lucratiuam*, non vere lucratiuam vocat, noxæ deditionem, quia plerumque pro leui noxa corpus serui deditur ei, cui noxam fecit. An igitur si non dominus seruum dedat noxæ, cuius fingit sese dominum, tenetur de euictione? Et hoc casu non posse teneri placet, quia nec is seruus, quem non dominus dedit in noxam, a domino euinci potest, nisi offerat æstimationem noxæ, quam fecit seruus, alioquin vindicanti obstat exceptio doli mali, quæ est sententia *l. si noxale* §. *vlt. & l. seq.* quam adducit Accurs. *D. de noxal. action.*

Ad L. III.

Qui rem emit & post possidet: quamdiu euicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata res dicatur, conuenire non potest.

Legis tertiæ sententia est hæc: quamdiu res vendita & tradita emptori euicta non est, tamdiu non esse emptori aduersus venditorem actionem de euictione ex stipulatione duplæ, vel simplæ, vel ex empto, tametsi lis emptori mota sit de proprietatis aut pignoris iure. de alia re agi potest, puta, vt venditor rem defendat, vt rei agendæ adsit *l. si plus* §. *pen. D. eod. tit.* vel si ita conuenerit, vt statim post motam litem emptori pretium restituat *l. 12. hoc tit.* At de euictione ante euictionem agi non potest. Et ait hæc lex 3. qui rem emit, & post possidet, puta re tradita, quoniam re nondum tradita emptori nulla subest causa quærendi, aut disputandi de euictione: nec enim euinci emptori potest, quod nondum ei traditum est, & re non tradita emptori, tantum competit actio ex empto aduersus venditorem, vt rem tradat, vt rei venditæ vacuam possessionem tradat, in *l. 5. h. tit.* Ergo si alii obligata sit, vt eam luat, & liberam emptori præstet, quia vacua possessio non est, quæ iure pignoris auocari potest per actionem hypothecariam *l. 3. D. de action. empt.* ¶ Deinde ait hæc lex 3. *quamdiu euicta non est*, id est, *quamdiu emptori rem habere licet.* & sequitur: *auctorem suum propterea quod res aliena, &c.* Sane conuenire auctorem suum non potest ob hoc solum, quod res dicatur aliena oppignerata, actione vlla de euictione, cum nondum sit res euicta, *vt exposui initio*, sed ad hoc etiam porrigenda lex est, vt non possit emptor post traditionem conuenire auctorem suum, maxime si dolo careat actione ex empto in quantum intersit sua, rem suam esse factam, quæ dicitur esse aliena, vel etiam si alii dicatur obligata, vt eam venditor reluere cogatur, quod etiam demonstrat *lex 5.* dum ponit de re luenda agi ante traditionem, quia scilicet de re luenda agi non potest post traditionem ante euictionem, nec de alia re quaquam ante euictionem. ¶. Et errat vehementer Accursius, quem plurimi sequuntur, dum etiam post traditionem nondum sequuta euictione in ignorantem venditorem de re luenda agi posse arbitratur, cuius erroris arcem tantum vnam habet *l. creditor* §. *prædium, D. de act. emp.* quod dicat prædium æstimatum datum fuisse in dotem, & traditum igitur, vt ipsi interpretantur: & tamen si creditori obligatum deprehendatur, agi posse in eum, qui prædium dedit, vel heredem eius actione ex empto, vt prædium luat, & a creditore liberet. Sed non animaduertunt illa verba [*prædium æstimatum in dotem datum*] non significare naturalem traditionem, sed per scripturam instrumenti dotalis, quo profitetur pater se prædium dare in dotem, quod nondum tamen tradit. Et ita ea quoque verba accipi constat in *l. 14. D. de iure dot. & l. si fundum, D. de fund. dot.* Dixi paulo ante, *si venditor dolo careat*, hoc est, *si ignoret rem esse alienam, vel obligatam*: Nam si quis sciens rem alienam vendiderit, & tradiderit, etiam ante euictionem ex causa doli conueniri potest, si quid intersit, actione ex empto in id, quod interest, vt *l. seruum quem* §. *vlt. D. de act. emp. l. vlt. sup. de litigios.* Et consequenter si sciens rem pigneratam vendiderit, & tradiderit, etiam ante euictionem conueniri potest propter suam improbitatem, vt eam reluat & repigneret actione ex empto: nam nec in scientem post traditionem ante euictionem dabitur actio ex stipulatu argumento *l. 4. ff. de act. emp.* quia strictior est actio.

Ad L. IV.

Si prædium tibi pro soluto datum est, quod aliis creditoribus fuerat obligatum: causa pignoris mutata non est: Igitur si hoc iure fuerit euictum, vtilis tibi actio contra debitorem competit: Nam huiusmodi contractus vicem venditionis obtinet.

Sciendum est, non tantum emptori dari actionem de euictione, sed etiam ei, qui pro pecunia credita, vel pro pretio certo, aut incerto rei venalis rem æstimatam in solutum accepit, quia æstimatio similis est emptioni venditioni. Et non tantum, qui emit numerato, est emptor: sed etiam, qui emit æstimatum, id est, data re æstimata pro pretio, & re euicta. igitur vtilis actio ex empto ei dabitur, qui rem accepit in quantitatem debiti, vel in id, quod interest. Et hæc est sententia *l. 4. & l. eleganter 24. D. de pignerat. act. & l. 1. sup. de rer. permut. in prima parte.* ¶ Verum obstat *l. si quis aliam, D. de solut.* quæ si alia res pro alia soluta sit, & *l. libera sup. de sentent. & interloc.* quæ generaliter, si pro debito res soluta sit volenti creditori, re euicta dicunt agi pristina actione, & debitum repeti, quasi ea solutione non fuerit sublata pristina obligatio: nec dant ob eam rem vtilem actionem ex empto, vt superiores leges. Posset dici non esse hæc scripta contraria, quæ diuersas actiones dant, si data vna nominatim non denegetur altera: & in casu proposito igitur, re euicta agi posse vtili ex empto quasi contracta emptione, vel actione pristina, quasi res pro re, vel pecunia soluta non facta accipientis, non sustulerit pristinam obligationem. Sed ne hoc remedio vtamur sine subterfugio obstat *d. l. 1 sup. de rer. permut. in 2 parte,* quæ huic casui opposito alio casu, quo res non venalis pro re data est (quod negotium permutatio appellatur) dum ita facta permutatione rerum, statuit in electione esse eius, cui res euicta est, vt vel agat euictionis nomine in id, quod interest, vt *l. 29. h. tit.* vel repetat rem, quam vice mutua dedit, plane indicat, priore casu proposito in prima parte legis eandem electionem non dari ei cui res data pro pecunia euicta est, sed superesse ei tantum actionem in id, quod interest, per quam possit eam quoque pecuniam consequi, sed non superesse pristinam actionem. Quare melius est, quod vnum est ex remediis Accursij, vt inter negotia de quibus agitur constituamus esse differentiam. Si pro pecunia res æstimata soluta sit, emptionem esse, non permutationem, *l. plerumque* §. *pen. D. de iu. dot.* aut sane hoc genus negotii minimum demutare ab emptione venditione, plurimum a permutatione: & ideo ex natura emptionis venditionis liberationem a pristina obligatione contingere ei, qui rem alienam soluit pro pecunia, qui pro venditore habetur, & rem alienam, vt diximus, quia venditor non tenetur facere rem emptoris. Hæc est natura venditionis emptionis. sed si pro re res soluta sit, pro specie species, pro corpore corpus, non pro quantitate corpus, vt priori specie, sed pro re res, vt *d. l. si quis aliam, & d. l. libera*, permutationem esse, quæ etiamsi emptioni similis sit, vt dicitur: tamen in multis hæc negotia distare inter se, ex professo docet lex 1. *D. de rer. permut.* Et inter cætera, quæstionem

quæstionem propositam expedit, quia rem alienam tradens contrahit emptionem venditionem: at rem alienam tradens nullam contrahit permutationem, quia ita contrahitur, *do vt des*, & non dat, nisi qui facit accipientis *l. vlt. D. de cond. causa dat.* Ergo ex causa permutationis tradita re aliena pristina obligatio rei debitæ (quia nulla permutatio contracta est) remanet integra, & ex ea agi potest euicta re aliena quæ pro re debita soluta erat. Et ita hæc res explicanda est.

Ad Leg. V.

L. 5. Ex his prædiis, quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata, & necdum tibi tradita sunt: ex empto actione consequeris, vt ea a creditore liberentur. Idem etiam fiet, si aduersus venditorem ex vendito actione pretium petentem, doli exceptionem opposueris.

RE euicta emptori non aliter datur regressus ad venditorem, quam si lite mota emptori iudicio in rem emptor auctori suo, id est, venditori, denuntiauerit, vt de ea re agenda adesset, nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, vt *l. Herennius, D. de euict.* vel nisi per venditorem fiat, vt ei denuntiari non possit, vel nisi emptor cognoscere, vel expiscari non potuerit, vbi auctor suus esset, vt ei denuntiaret, & certiorem faceret controuersiæ sibi commotæ de proprietate rei venditæ *l. 29. hoc tit. l. si ideo, in fine, l. si dictum §. pen. D. eod.* Exceptis his casibus non tenetur venditor emptori, nisi lite mota emptor ei denuntiauit, vt de ea agenda adesset, vt negotium defenderet, vt liti subsisteret, vel adsisteret, vt in hac re nostri auctores loquuntur, *l. in executione §. in solidu, l. cum ex causa, D. de verb. obligat. l. 21. & 23. h. tit. l. si rem §. 1. D. eod. tit.* sicut tutores in iudicio pupillis suis, & patroni suis susceptis, amici in ærumnis amicis suis, obstetrices, quæ & ob eam rem *adsestrices* dicuntur, parturientibus adsistere, vt *l. pen. sup. si aduersus rem iudic. l. vn. sup. vt quæ desunt aduocat. iudex supp. l. ab accusatione D. ad Senatusc. Turpil.* & sæpe Plinius in epistol. & Apuleius 8. *decepto. seni subsistite.* & 10. *meis extremis ærumnis subsiste.* Ita controuersia mota de re emptori, quam emit, denuntiatus venditor liti subsistere, siue adsistere debet, vti denuntiatus est, quod Græci προσίςασθαι. Et hoc denuntiare venditori, vt liti subsistat, est laudare auctorem, vt in hac *l.* & *l. 14.* & sæpissime in iure. & in iis actionibus empti venditi. Et *laudare* non est laude afficere, sed *nominare, appellare, inuocare: sommer le garant. En la coustume de Normandie, houcher le garant.* Nam & tota Francia auctorem vocat [*garant*] lingua prisca Germanorum, vt in legibus Imper. Othonis additis legibus Francicis & Longobardicis *l. 5. de rebus intertiat.* ¶ Porro denuntiari hoc debet venditori vel heredi eius, vt in *l. 9. h. tit. & 14. & 20. 21. & 23.* nec satis est denuntiari procuratori eius, nisi venditor ipse præsens sit, vt *l. si dictu, §. si præsente, D. de euict.* quoniam ipsi venditori denuntiari videtur, cum ipso præsente procuratori eius denuntiatur: sicut si procurator præsentis stipulanti promittat, ipse dominus, qui est præsens promittere intelligitur, *l. si procuratori D. de verb. obligat.* sicut si quis stipuletur præsenti, ipsi qui est præsens stipulari videtur, & valet stipulatio *l. 3. sup. de contr. & commit. stipul. l. 3. de inut. stipul.* Illud est valde singulare, vt pupillo forte heredi venditoris recte denuntietur, vt rei agendæ adsit etiam sine tutoris auctoritate cum tutor non apparet, quod benigne, id est, iure singulari receptum esse ait *d. lex si dict. §. vlt.* in hac causa euictionis: Nam alias si pupillus forte debitor interpelletur a creditore sine tutoris sui auctoritate, id est, non præsente tutore suo non constituitur in mora *l. sed si ex stipul. D. de verb. obligat.* At euictionis nomine receptum est, recte denuntiari pupillo sine tutore eius, & eam denuntiatione re euicta denuntianti parere in pupillum actionem de euictione. Illaudatus venditor, i. non denuntiatus non tenetur de euictione *l. 8. & 17. h. t. l. 1 sup. de peric. & comm. rei vend. l. libera, sup. de sent. & interloc. l. qui absentem, D. de procur.* Laudatus autem auctor siue venditor non potest defugere auctoritaté, id est, non potest non suscipere defensioné causæ: vel si non suscipiat non potest non teneri, hoc est, non defugere auctoritatem, vt nostri loquuntur in *l. minor, in fine, D. de euict. l. in executione §. in solidum, & l. cum ex causa, de verb. oblig.* In quibus locis defugere, est defugere auctoritaté, vt recte diuinauit doctissimus Victorius, 5. *Variarum cap. 22.* quod Terentius, Plautus, Cicero dicunt: *defugere auctoritatem,* hunc modum loquendi sumpsisse ex Iurisconf. nam hoc verum esse, sup. dictæ leges demonstrant. laudari autem oportet auctorem primum, i. venditorem ipsum non fideiussoré euictionis, quem venditor dedit, qui secundus auctor appellatur, vt *l. 4. D. de euict.* Et in glossis veterum Grammaticorum βεβαιωτής, *secundus auctor, &* προπράτωρ, *secundus auctor.* Et dico fideiussorem euictionis, quia etsi venditor de euictione non cogatur satisdare dato fideiussore, sed tantum repromittere nuda cautione, vt memini me dicere *in prælectione 1. ad hunc tit.* tamen ex conuentione sæpe datur fideiussor de euictione, & vno casu etiam inuitus venditor omni modo cogitur satisdare de euictione quo iure vtimur, videlicet si agat ex vendito de pretio eo tempore, quo emptori mouetur lis pignoris, vel proprietatis, ni velit repelli exceptione doli mali, *vt l. 24. h. t. l. pen. §. vlt. D. de peric. & comm. rei vend.* qua exceptione etiam repellitur véditor, qui antequam tradat rem venditam, quæ alii est obligata, non luit, non liberat, si agat de pretio ante luitionem rei venditæ nec traditæ, vt *l. 5. h. t.* nisi vt puto paratus sit satisdare de euictione argum. *l. 24.* Et fideiussorem euictionis, i. secundum auctorem non esse laudandú, siue denuntiandum, docet *hac l. 7.* & etiam illaudatum fideiussorem teneri, si modo primus auctor laudatus fuerat. ¶ Postremo notandum est, venditorem laudatum, denuntiatum, appellatum, conuentum ad eam rem defendendam non posse vti præscriptione sui fori secundum regulam, *vt actor sequatur forum rei:* sed (quo iure etiam vtimur) debere sequi forum emptoris, *l. venditor, D. de iudic. l. vn. sup. vbi in rem act. exer. deb. Nou. 69.* quia lis principalis est cum emptore. venditor autem liti tantum adsistit: atque ita denuntians non sequitur forum denuntiati, sed contra denuntiatus forum denuntiantis, siue laudantis. Itemque notandum, denuntiari posse auctorem ab emptore quocumque tempore ante sententiam *l. si rem. §. vlt. de euict.* Et hoc est quod dicitur, *Sommation de garant estre perpetuelle,* quod possit denuntiari quandocumque ante condemnationem emptoris, & euictionem rei. Nec quicquam huic sententiæ obstat, quæ solet opponi *l. qui concubinam §. si heres, de leg. 3.* quæ ponit denuntiatum fuisse auctorem ante litem contestatam, quoniam non ideo sequitur eum non recte denuntiari post litem contestatam, si res sit integra necdum perducta ad vltimam cognitionem, si res non sit prope condemnationem. Fit quidem denuntiatio opportunius ante litem contestatam, sed non fit tamen importune post litem contestatam si res sit integra. Et ita in *l. Lucius §. quæsitum, D. de administr. tut.* licet dicatur vsuras præstari in diem litis contestatæ: id tamen producitur etiam in diem sententiæ, nihilominus si tutor in lite perseuerauit, vt in *l. 1. §. vlt. D. de vsur.*

Ad Leg. VIII.

L. 8. Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiauerit: euicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex dupla, neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussorem eius habet. Sed & si iudicio emptor non adfuit, aut præsens per iniuriam iudicis victus est absente auctore, vel fideiussore: regressum aduersus eum non habet.

LEx octaua ponit tres casus, quibus venditor emptori A non tenetur de euictione. De primo casu satis diximus in *l. 5.* si laudatus & denuntiatus venditor pro euictione non fuerit, quo casu *ait hæc lex octaua*, neque ex stipulatione, id est, neque ex stipulatione simplæ, vel quanti interest, neque ex dupla, id est, ex stipulatione duplæ, neque ex empto venditorem, qui laudatus non est, aut fideiussorem eius teneri, quia, vt & id definiamus, de quo hic disceptant nimium interpretes, omnimodo venditorem denuntiari oportet etiam scientem emptori quæstionem referri de proprietate rei emptæ. Et ratio hæc est, quia venditori denuntiatur, non tantum vt certior fiat, vt in *l. 17. h. tit.* alioquin scientem certiorem facere non oporteret, sed etiam denuntiatur, vt conueniatur & cogatur ad rem defendendam *l. simplus* §. *pen. D. eod.* & denuntiatio quodammodo est actio in au- B ctorem, & sic appellatur a M. Tullio pro Muræna, *actio in auctorem præsentem*, cui in iure ita dicat emptor: *Quando te in iure conspicio, postulo an auctor fias*, id est, *an velis suscipere defensionem rei*, & consequenter, *denuntiator* quodammodo est actor, denuntiatus reus. Qua de causa dubitabatur in *l. venditor, D. de iudic.* An denuntiator sequeretur forum denuntiati secundum regulam iuris, actor sequitur forum rei: Sed placet non sequi denuntiatorem forum denuntiati, quia denuntiatus non est reus principalis, sed rei principalis, id est, denuntiatoris defensor, cuius etiam forum sequi debet. ¶ De secundo casu etiam diximus satis in *l. 1. h. tit.* Si per iniuriam iudicis emptor victus & condemnatus sit. Sed quod addendum est ex *h. l.* exigit hæc lex, ne venditor teneatur de euictione emptori condemnato per iniu- C riam iudicantis, vt si condemnatus sit absente auctore, & fideiussore, quia hoc casu merito imputatur emptori, quod non appellauerit a non iure dicta sententia. At si tempore condemnationis præsens fuerit auctor, id est, venditor, ipse auctor sibi imputare debet, quod acquieuerit sententiæ, id est, quod cessante emptore non appellauerit, & ideo tenetur de euictione. Item, si præsente fideiussore auctoris, fideiussore euictionis absente auctore emptor condemnatus sit, fideiussor, qui cessante emptore & venditore non appellauit vt potuit, *l. a sententia, D. de appel.* de se queri, & sibi imputare debet, & boni consulere, si emptor ad eum reuertatur euictionis nomine, quam sciens prudensque passus est fieri omisso remedio appellationis. Et in hanc rem hic locus huius leg. est valde singularis & notandus. Restat 3. D casus, quo venditor emptori non tenetur de euictione, si culpa, & vitio emptoris res euicta sit, vt *l. 11. sup. de rer. permut.* vt puta si emptor absens per contumaciam ex eremodicio condemnatus sit, vt *l. 1. sup. de peric. & comm. rei vend.* quia magis propter suam absentiam, & contumaciam victus videtur, quam quod malam causam habuerit *l. si ideo, D. de euict.* Idemque est, si præsens emptor appellauerit, & bonam causam culpa sua, causam appellationis culpa sua perdiderit *l. Herennius*, §. *vlt. D. de euict.* puta (vt ait ea lex) ex præscriptione temporis, nempe lapsis fatalibus diebus appellationum, vt in *l. furti* §. 1. *D. de iis, qui not. inf. l. 6.* §. *pen. D. de decur.* Idem etiam erit, si cum haberet emptor rei emptæ aduersus dominum retentionem, possessionis scilicet etiam, non etiam petitionem, veluti ex iniusta sententia, ex qua E est retentio, non petitio, vt *l. 3.* §. *vlt. D. de pignor.* vel ex iureiurando, vt in *l. & non tantum* §. *veniunt D. de petit. hered.* Si igitur cum haberet retentionem possessionis, non petitionem rei, eam possessionem amiserit, culpa sua, vel sponte sua, nec potuerit recuperare, quia non habuit petitionem rei, sed retentionem tantum, quæ est sententia, *l. si rem quam* §. 1. *D. de euict.* Denique euictio quæcumque contingit culpa emptoris, aut vitio, aut sponte, non imputatur venditori.

Ad Leg. IX.

L. 9. Si controuersia tibi possessionis, quam bona fide te emisse allegas, ab aliquo mouetur, auctori, heredi ue eius denuntia. Et siquidem obtinueris, habebis quod emisti. Sin autem euictum fuerit, a venditore successore ue eius consequeris, quanti tua interest. In quo continetur etiam eorum persecutio, quæ in rem emptam a te, vt melior fieret, erogata sunt.

EX *l. 9.* notandum est, in actione ex empto, quæ euictionis nomine datur in id, quod interest, contineri etiã *meliorationes siue* ἐμπονήματα, id est, id quo eam rem, qua de agitur, emptor meliorem, pretiosiorem, fructuosiorem fecit, deductis fructibus, quia nullus casus interuenire potest, qui impediat compensationem fructuum cum impensis meliorationum *l. fundus qui dotis, D. famil. ercisc.* Hæc vero est sententia simplex *l. 9.* sed cui sit applicanda hæc distinctio, quæ sequitur: Nam Accurs. & alii interpretes vno adsensu ita tradunt procedere sententiam huius legis, & eam sic esse accipiendam, si emptor amissa possessione rei sine culpa sua eam rem vindicet a domino, ad quem forte peruenit & vincatur, vt tunc non tantum pretium, vel sumptus litis, sed etiam meliorationes a venditore consequatur actione ex empto, non tamen supra duplum, vt *l. cum forte, D. de act. empt.* qua de causa puto Papinianum *libro Respons. tit. de venditionibus*, dixisse, *de euictione actionem dari emptori in duplum meliorati fundi*, id est, *ad finem dupli, non supra duplum*. At (quæ est altera pars distinctionis) si dominus ab emptore rem vindicet & euincat, propter meliorationes non habet emptor regressum ad auctorem suum, quia emptor sibi imputare debet, quod eas *meliorationes* sibi non seruarit vt potuit, agente domino, per exceptionem doli mali, habita fructuum compensatione, vt in *l. 16. h. tit.* Sed habet tantum aduersus auctorem suum actionem ex empto ad pretium recipiendum & sumptus litis causa factos, non ad recipiendas meliorationes, quas sibi potuit seruare ab eo qui rem euicit, & si non seruauit, imputet sibi, non reputet auctori: quæ est sententia *l. idque* §. 1. *D. de act. emp.* Verum potest etiam hæc *l. 9.* accipi de domino rem vindicante ab emptore, & euincente, si modo ponamus venditorem scientem mala fide rem alienam vendidisse, quia hoc vno casu certum est, non opposita domino exceptione doli meliorationum seruandarum causa integram esse emptori etiam propter meliorationes actionem ex empto aduersus venditorem, & supra duplum propter improbitatem venditoris, vt *d. l. idque*, in illo loco, *in omnibus*, *&c.*

Ad Legem X.

L. 10. Si fines agri venditor demonstrauit, & legem dixit, intra eos neminem ingressurum: si quid inde euincatur, periculo sit auctoris. Quod si finibus suis, quos demonstrauit, agrum vendidit: lis finalis ad venditorem non pertinet.

EX lege 10. huius tituli maxime notanda est hæc differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem, id est, inter actionẽ de finibus, & actionem de proprietate: inter litem finalem, & litem proprietatis: quia si fines agri venditi venditor demonstrauerit, & dixerit (quod & dixisse semper intelligitur, qui eas demonstrauit hoc ipso, quod demonstrauit) intra eos neminem ingressurum, si quid ex eis euincatur emptori iudicio in rem, id est, de proprietate, emptori pro euictione est regressus ad venditorem, in *l. qui fundum, D. eod. tit.* At si agatur de finibus regundis tantum, vel erciscundis, licet eo iudicio vincatur emptor, nullus est ei regressus ad venditorem. Et ita est explicanda *lex 10.* cuius differentiæ ratio pendet ex alia differentia inter easdem actiones, quod lis finalis consistat intra quinque pedes tantum,

tantum, quod est modicum spatium, & ex quo, si quid abradatur aut delibetur iudicio finium regundorũ, non est causa digna seu idonea reuocandi auctoris, aut conueniendi, quasi euicta parte agri: nec enim videtur euicta pars agri, euicto forte pede vno vel altero. At actio in rem amplioris terræ siue spatii controuersiam continet. Et hoc ostenditur in *l. si finalis C. Th. finiu regun. & a Iulio Frontino lib. de limitib. agrorum*, cum ponit differentiam inter controuersiam de fine, & controuersiam de loco. Qua de causa etiam de fine datur arbiter specialis: de loco, id est de proprietate loci ipse præses cognoscit, quia res est maioris momenti, *d. l. si finalis.* Est etiam alia differentia inter actionem finium regundorum, & actionem in rem: quod actio in rem tollatur præscriptione longi temporis, id est, 10. aut 20. annorum, non actio finium regundorum, sed tantum præscriptione annorum 30. vt *l. vlt. sup. fin. reg.* licet sit mixta actio, id est, in rem, & in personam, sicut & actio familiæ erciscundæ, & actio communi diuidundo, quę etiam mixtæ sunt, non tolluntur præscriptione longi temporis, sed triginta annorum *l. 3. sup. in quib. caus. cess. long. temp præscr. l. 1. §. ad hæc. sup. de ann. except.* Et tamen, si quod euincatur actione communi diuidundo, vel familiæ erciscundæ certum est competere emptori actionem de euictione, quia amplioris rei controuersiam continet, quam actio finium regundorum *l. si mancip. §. 1. D. de euict.* At quod ad pręscriptionis causam attinet, inter illas tres actiones mixtas, nil interest, quia omnes tolluntur non præscriptione longi temporis, vt actiones in rem, sed vt omnes actiones personales præscriptione tricennii, quia mixtæ actiones, quæ personales sunt, spectantur potius, quam qua reales sunt: hac ratione, ne fiat iniuria actori coarctata propter realem actionem personali: & ita vt producatur potius actio realis in tricennium propter personalem.

Ad L. XI.

Lex 11. Exceptione doli recte eum submouebis, quem ab auctore tuo fideiussorem accepisti, si eius nomine controuersiam refert, quasi per vxorem suam, antequam tu emeres, comparauerit: qui venditioni adeo consensum dedit, vt se etiam pro euictione obligauerit.

SPecies legis 11. hæc est: Fideiussor euictionis, qui apud emptorem intercessit pro venditore, facit controuersiam emptori de proprietate rei emptæ, dicens, se priorem eam rem emisse per interpositam personam, puta per vxorem, & se priorem quoque traditam accepisse per vxorem interpositam: & se igitur in ea re esse potiorem posteriore emptore. Sed repellitur fideiussor, quia ipse posteriori venditioni concessit hoc ipso, quod fideiussit pro euictione, & ideo frustra mouet controuersiam emptori, cui debet pręstare euictionem aduersus alium, si aduersus alios, & aduersus se ipsum igitur. ¶ Et simile est, quod proponitur in *l. Pomponius §. vlt. in quib. caus. pign. tac. contra.* si pro debitore rem meam pignori obligante non explorato meo consensu fideiussero nomine debiti, hoc ipso videor consentire tacite pignerationi rei meæ, nec possum obsistere creditori agenti hypothecaria. ¶ Hinc vero interpretes nostri recte vt opinor ex specie huius legis, eiusque definitione statuunt generalem regulam, *eum, qui auctor laudari, aut conueniri de euictione potest, controuersiã emptori facere non posse*, quod & aperte proponitur in *l. 14. h. tit.* Denique ita statuunt, vt eorum verbis vtamur, *eum, quem tenet actio de euictione, agentẽ aduersus emptorem, exceptione repelli*, quod omnium maxime patet ex *l. 13. h. tit.* Cuius sententia hæc est: pignora capta ex causa iudicati, & vendita per apparitorem prætoris, vel præsidis (vt fit) euincuntur emptori: Quæritur aduersus quem emptor habeat actionem de euictione, an aduersus ipsum apparitorem, qui ea pignora vendidit sub hasta? Minime, *l. si pignora D. de euict. l.* A *qui heres erat D. famil. ercisc.* quinimo si promiserit apparitor euictionem præstari, vel quid aliud, dum in causam iudicati pignora condemnati distrahit sub hasta, ipse eo nomine non tenetur, vt est in Orat. pro Quintio, *Non plus eius referre*, inquit, *aut interesse præconis, quam si auctione vendens domini iussu quidquam promisisset*: Nam sane quidquid promittit præco siue apparitor, promittit iussu domini, cuius pignora distrahuntur. Ideoque præco siue apparitor nec si promiserit de euictione tenetur: sed de euictione est actio ex empto aduersus condemnatum, qui pretio pignorũ liberatus est, & actio de euictione ex empto, quod not. non in id, quod interest, sed de pretio tantum quo liberatus est, & vsuris, fructibusque compensatis, vt fit semper. Et ratio hæc est, quia licet ipse, qui condemnatus est, vendidisse videatur cum præco vendidit, tamen coactus vendidit, & ideo non tenetur B in id omne, quod interest, quod ostenditur in *l. si plus §. 1. de euict.* nec obstat lex *eleganter, D. de pigner. act.* Quoniam loquitur de creditore, cui pignus addictum est auctoritate principis pro pecunia debita, non inuento emptore; cui si pignus addictũ euincatur, datur actio in condemnatum in id, quod interest, quia videtur pignus accepisse in solutum, vt est in *d. l. eleganter*, & constat euictionem dari ei, qui rem æstimatam accepit in solutum, *l. 4. h. tit.* Quia ergo (vt ostendit *l. 13.*) ita ius est, vt debitor condemnatus alio euincente pignus distractum ex causa iudicati teneatur de euictione, ideo consequens est, vt ipse non possit rem euincere, & facere controuersiam emptori. ¶ Denique ita concludamus, cum, qui alio euincente tenetur de euictione, nec ipsum euincere, aut C controuersiã facere posse. Nec ab hac regula (vt Accur.) volo excipi casum *l. vlt. h. t.* qui talis est. Quidam fideiussit pro emptore, & decessit relicto herede: hic heres fideiussoris, heres secundi auctoris potest emptori facere controuersiam de proprietate rei, non quidem iure hereditario ex persona defuncti fideiussoris, sed iure proprio ex sua persona: Et tamen, si rem euincat, tenebitur de euictione, vt ait lex vlt. Ergo qui tenetur de euictione, recte facit controuersiam emptori, recteque rem emptori euincit. Sed notandum est, ne credamus vitiari eo casu sup. dictam regulam, ex *l. Seia de euict.* heredem fideiussoris, qui controuersiam facit emptori, iure proprio posse repelli exceptione doli mali, quod teneatur de euictione iure hereditario, & ita licebit vti superiori regula aduersus eum: sed si omissa fuerit ab emptore exceptio D doli mali, qua potuit repelli heres fideiussoris, emptori supererit actio de euictione. ¶ Dicebam heri, *eum, qui auctor laudari, & conueniri de euictione potest, si emptori faciat controuersiam, posse repelli exceptione doli mali*, & huic regulæ locum esse etiam in specie *l. vlt. h. t.* ex eo quæri potest, an etiam eidem regulæ sit locus in specie *l. 25. h. tit.* si quis seruum, quem vendidit, adserat in libertatem: Namque eo libero pronuntiato de euictione conueniri potest. *An igitur si eum adserat in libertatem repelli potest exceptione doli mali?* Quod puto esse verius, & vt in *leg. vlt.* ita in *l. 25.* hoc esse supplendum, aut subintelligendum. Nec nos ab hac sententia dimouere debet fauor libertatis, quem obiiciunt interpretes, cum repulso isto adsertore per exceptionem doli mali E facile adhibito quolibet alio adsertore, seruus in libertatem proclamare possit: Libertatis enim adsertio patet omnibus iure publico, quia libertas publicam tutelam meretur *l. 2. D. ne de stat. defunct.* Nunc duæ restant leges in hoc titulo quæ præcipue explicandæ sunt, 21. & 27.

Ad L. XXI.

L. 21. Empti actio longi temporis præscriptione non submouetur, licet post multa spatia rem euictam emptori fuerit comprobatum. Si itaque is, quem te comparasse commemoras, nunc in libertatem proclamet interpellare venditorem, siue successorem eius debes, vt tibi assistant, causamque

instruant. Quem, si liberum esse vel seruum non esse, fuerit pronuntiatum: nec te conuentione remisisse periculum euictionis fuerit comprobatum: præses prouinciæ, si res integra est, quanti tua interest, restitui tibi prouidebit.

LEx 21. ait *empti actionem, quæ de euictione competit, non tolli præscriptione longi temporis*, quod est certissimum, quia est personalis actio, & nulla fere actio personalis perimitur præscriptione longi temporis, id est, 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, sed durat vsque in tricenniũ. At dicimus etiam empti actionem, quæ de euictione cõpetit non perimi præscriptione 30. annor. si forte post tricennium contingat euictio, qua de causa dicitur esse perpetua actio *l. minor. §. pen. l. si victum, D. eod. tit.* Et ratio hæc est, quia eo nomine actio ex empto non nascitur, antequam euictio contigerit *l. 3. h. tit.* sicut de pigneratitia actione dicitur, quæ debitori pignoris recuperandi causa datur, non perimi eam præscriptione longi aut longissimi temporis, si nondum pecunia soluta sit, quia non nascitur ante solutionem debitæ pecuniæ, ante luitionem pignoris, & ius luendi pignoris nullo tempore circumscribitur, vt recte docuit Roget. *libro singul. de præscript.* ¶ Dices: at ius euincendi, id est, ius agendi rei vindicatione circumscribitur longo tempore, id est, decem aut viginti annis, vt *l. 19. h. tit. l. qui alienam D. eod.* Dicam, & respondebo, Verum quidem hoc esse regulariter, rei vindicationem perimi silentio longi temporis ius euincendi perimi decennio, aut vicennio, sed quibusdam casibus etiam vltra longum tempus, vltra decem aut 20. annos extendi vindicationem, & de iis casibus sentire hanc legem, imo loqui nominatim, vt puta, si seruus, quem emi vindicet se in libertatem, quod potest per adsertorem, & hodie sine adsertore ex constitutionibus Iustiniani etiam post 20. 30. vel 40. aut 60. annos: nec enim vlla vllius temporis præscriptio libertatem abolere potest, *l. 3. sup. de long. temp. præscript. quæ pro lib.* Vindicatio quoque pignoris in debitorem non in extraneum possessorem, vel in heredem debitoris, vel in posteriorem creditorem extenditur vsque ad 40. annos *l. cum notissimi sup. de præscript. 30. annor.* Ergo in specie *h. l.* si seruus, quem emi, vindicet se in libertatem post quadraginta aut sexaginta annos, quam emi, mihi euictionis nomine aduersus venditorem competit actio ex empto in id, quod interest: nec intelligitur fuisse sublata longissimo illo spatio temporis, quæ non erat nata, & eo nomine nata eo demum die est, quo seruus liber pronuntiatus est. Et hæc est sententia *huius legis*, & ratio. Verum addit, seruo liberali iudicio erepto in libertatem, emptori competere actionem ex empto, quanti eius interest, si res integra sit: quibus verbis significari opinor, si ea actio ex empto, postquam nata est, id est, post commissam & contractam obligationem euictionis, & ereptum seruum in libertatem, non sit extincta silentio triginta annorum, vel alio modo, puta transactione, vel re iudicata, vel pacto. Et similem interpretationem similia verba recipiunt, si negotium integrum sit in *l. 2. sup. quor. bonor.* & *l. 2. sup. de pact. conuent.*

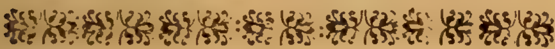
Ad L. XXVII.

L. 27. Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit: quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem: Nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur.

SEquitur *lex 27.* ex qua notandum est, ei, qui sciens emit rem alienam, vel alii obligatam, vel liberum hominem, non dari actionem de euictione, si de ea nil nominatim conuenerit. Ideoque bona fides exigitur *l. 9.* & ignorantia in emptore, *l. 18. h. tit.* & ait *hæc lex 27.* si sciens emit rem alienam, vel alii obligatam nec quicquam de euictione conuenit, contra iuris rationem poscit, quod eo nomine dedit, puta, si domino rem vindicanti soluit litis æstimationem, vel si creditori pigneratitio pignus vindicanti soluit debiti quantitatem: Nec enim lex loquitur de pretio, quod numerauit venditori, de quo etiam recipiendo frustra ageret, qui soluta litis æstimatione, aut quantitate debiti rem retinuit: alioquin re abducta, re euicta dicerem eum, etiamsi sciens emerit, recte agere ad pretium recipiendum, licet nil de euictione conuenerit, sed ad pretium recipiendum tantum, ne & rem amittat, quæ euicta est, & pretium: quoniam etiamsi conuenerit nominatim, ne euictio præstetur, si nominatim remissum fuerit venditori periculum euictionis, semper emptori saltem integra est re euicta repetitio pretii numerati *l. ex empto §. vlt. D. de action. emp.* Et hæc omnia ita procedunt, vt posui, si nil de euictione conuenerit inter venditorem & emptorem malæ fidei, id est, qui sciens emit rem alienam: Nam si conuenerit de euictione, stipulatione, vel pacto, nil refert, etiam malæ fidei emptori euictionis nomine competit actio ex stipulatu, vel ex empto. Et ita est proditum in *l. si fratres, sup. comm. vtriusq. iudic.* Idemque est, si emptor sciens seruum, quem emit, esse fugitiuum, stipuletur de fuga, puta fugitiuum non esse: Nam ex stipulatione actio ei competit, quoniam hoc conuenit, vt ait lex *apud Celsum §. Idem Labeo, D. de dol. except.* Sed addit ea lex, quamuis actionem ex empto non haberet, quam tamen iam iam dicebam eum habere non minus, quam ex stipulatu actionem. Sed illo loco, *quamuis ex empto actionem non haberet*, de fuga, scilicet non interposita stipulatione, vel pacto, quia sciens emit, quam tamen bonæ fidei emptor haberet, etiam omissa stipulatione, vel pacto, vel dicto *l. 6. h. tit.* ¶ Rursus valde obstat huic sententiæ *lex vlt. §. emptor, sup. comm. de legat.* quæ ex stipulatione duplæ pro euictione ait agere non posse eum, qui sciens mala fide ab herede emit rem alii legatam vel per fideicommissum relictam pure, vel sub conditione, nec agere ex empto propter meliorationes, sed agere tantum ex empto ad pretium recipiendum, etiam si nil conuenerit de euictione. Et quod ea lex ait, *vel*, satis significat *ex empto eum agere posse de pretio recuperando, etiamsi nil de euictione conuenerit.* Iam admisi supra generaliter in omni emptore cuiuscunque rei alienæ, vel quæ sit pro re aliena, (vt ait *d. §. emptor*) qualis est res alii relicta testamento vel codicillis, quam sciens relictam emerit. Quod autem ait ea lex in *d. §. emptor*, non esse emptori actionem in duplam vel in id omne, quod interest, propter meliorationes, si sciens emerit ab herede rem alii relictam, hoc mirum in modum pugnat cum eo, quod ante proposuimus, etiam malæ fidei emptorem agere posse de euictione ex stipulatu, vel ex empto pro euictione, si de ea conuenerit. Et tamen ille *§. emptor* ait, non posse agi ex stipulatione duplæ, si sciens emerit rem alii relictã. Sed Accursius recte notauit hoc loco, etiamsi rationem omisit, id esse singulare in eo casu *§. emptor*, vt qui sciens emit ab herede rem alii legatam, non agat de euictione, vel ex stipulatione duplæ, quam interposuit, vel ex empto in id quod interest, sed vt tantum desideret recte ab herede sibi reddi simplã pretii, quod pernumerauit. Et cur id sit singulare in illo casu, ratio hæc est, ne quis sciens temere accedat ad emptionem, quæ sit contra iudicium, & vltimã voluntatem defuncti, quæ est religiosissime conseruanda: Nam (quod valde rem confirmat) & in eo casu hoc etiam singulare est, ea ratione, vt is qui bona fide emit ab herede rem alii legatam, non possit eam vsucapere contra voluntatem defuncti, nec adquirere longo tempore *d. l. vlt. §. sin autem auaritia.* Restat tantum vt adnotemus, malam fidem, siue scientiam rei alienæ, quæ obiicitur emptori, & potest obiici variis causis, & quæstionibus, quibus malæ fidei emptor separatur a bonæ fidei emptore, eam esse probandam indiciis certis, & iure receptis, vt ait lex *pen. h. t.* quæ notat

cautionem

cautionem de euictione interpositam ab emptore, non esse idoneum indicium, siue argumentum scientiæ rei alienæ. Quod tamen posset quis tentare dicens, *Cur tibi cauisti de euictione, nisi quia sciebas rem esse alienam, quam tibi vendebat?* sed hoc indicium non est probabile, imo improbatur *l. pen.* Nec enim est certum indicium, quoniam & bonæ fidei emptores sibi cauent de euictione in omnem euentum. Differentia est inter malam fidem & dolum malum. Mala fides probatur ex indiciis scientiæ & notitiæ cuiusque, *vt ait lex pen.* Dolus probatur ex insidiis, sic est legendum in *l. dolum, sup. de dol. Dolum ex insidiis perspicuis probari.* Nam & ita legunt Basilica, ἀπὸ ἐπιβουλῶν προφανεστάτων. sic etiam legit, qui fecit iam olim Gallicam interpretationem totius Codicis. *où il y a que la tricherie se doit prouuer par aperts aguets*, id est, ex perspicuis insidiis, *& d. lex dolum*, ita est coniugenda *cum l. metum, sup. de iis, quæ vi met. caus.* quoniam ambæ eandem habent inscriptionem, & subscriptionem, vt coniunctio earum duarum legum hoc exprimat, metum probari ex atrocitate facti. dolum autem ex perspicuis insidiis. & ita in *l. si voluntate, sup. de rescind. vendit.* Dolum emptoris argui ex calliditate eius & insidiis, *& l. ea, quæ, § vlt. D. de contrah. empt.* In eo esse dolum, qui insidiose dissimulat. Et doli nomine etiam, quid aliud, quam insidiæ, significatur, vt illo loco: *Dolus an virtus, quis in hoste requirat*, id est, *insidiæ.* Et Psalmo 33. *Labia tua ne loquantur dolum*, D. Cyprianus vertit, *Labia tua ne loquantur insidiose.* Et 49. *Lingua tua concinnauit dolos*, Idem vertit, *Lingua tua complectebatur insidias.*



AD TITVLVM XLV.

Creditorem euictionem pignoris non debere.

SVperErat de euictionibus hæc quæstio, cui proprie hic titulus dicatus est, an creditor, qui pignus vendidit, teneatur de euictione: & in ea ita distingui solet: aut creditor pignus vendidit iure communi, aut iure creditoris & pignoris lege. Priore casu, si pignus væniit iure communi, id est, si cauit de euictione, vt solent venditores, proculdubio tenetur de euictione, quam si præstiterit emptori pignoris, debitor tanquam non liberatus (quod patefecit euictio) creditori tenetur actione creditæ pecuniæ, vel contraria actione pigneratitia, quod appareat, eum rem alienam pignori obligasse, quæ postea a domino euicta sit. Euictio prodit obligationem rei alienæ: & debitor, qui rem alienam obligat sciens vel ignorans, & pignori ponit, tenetur creditori contraria actione pigneratitia *l. tutor § 1 l. cum debitore, D. de pigner. act.* Verum quid creditor consequetur, qui euictionem præstitit emptori pignoris, quam cauerat? quid, inquam, consequetur a debitore per contrariam pigneratitiam actionem? Et ita distinguendum est: Aut creditor pro euictione cauit, & præstitit duplam aut simplam. Si cauit & præstitit duplam, per contrariā actionem pigneratitiam a debitore creditor consequitur duplam, quam præstitit, si modo aliter tanti, quanti vendidit, pignus vendere non potuit, quam promissa dupla, nullo inuento emptore, qui non vellet sibi de dupla caueri: Nam si etiā dupla non promissa alii tanto pignus vendere potuit creditor, per contrariam actionē pigneratitiā non consequetur duplam, quam imprudenter cauit, & deinde præstitit, sed consequetur tantum quantitatem debiti, quia culpæ suæ & imprudentiæ adscribere debet, quod duplam promisit, cum alteri potuisset tanto vendere, etiam non cauta dupla. Cæterum & hoc casu præter debiti quantitatem per eandem actionem, si debitum vsurarium fuerit, consequetur creditor a debitore vsuras medii temporis, licet creditor videatur fruitus pretio pignoris medio tempore, id est, a die venditionis rei pigneratæ in diem euictionis, quia effectu & reipsa

Cod.

A sane non potest intelligi creditor, vsus vel fruitus pretio interim ante euictionem, qui alteri tanto amplius præstitit emptori euictionis nomine, id est, duplam, quam cauerat, quod est pretium, & alterum tantum. Et hoc cum creditor cauit & præstitit duplam. Quod si creditor cauit tantum simplam emptori pignoris, & præstitit, per contrariam pigneratitiam actionem, creditor a debitore consequetur debiti quantitatem tantum, non vsuras medii temporis, quod nostri auctores vocant *interusurium*, optima ratione: quia hoc casu verissimū est, creditorem medio tempore pretio vsum & fruitum fuisse, qui hic simplam tantum præstitit euictionis nomine. Et hæc omnia proponuntur, quantumuis licet concise, & obscure, *l. si pignore §. vlt. & l. seq. D. de pigner. act.* Et hactenus de creditore, qui pignus vendidit iure communi, ad quem

B respiciunt hæc verba legis 1. *h. tit. nisi nominatim hoc repromissum a priuato fuerit creditore*, vendente scilicet iure communi. Ad eum etiam pertinent hæc verba leg. 2. *si cum vendidit de euictione rei promisit*, id est, *si vendidit iure communi.* Nunc tractemus de creditore, qui pignus vendidit iure creditoris & pignoris lege. Si creditor iure suo pignus vendiderit, & lege pignoris, id est, non promissa euictione stipulanti emptori, non tenetur de euictione, non debet euictionem, vt nec ad pretium restituendum teneatur emptori, præterquam vno casu, si dolo malo sciens rem esse alienā, vel sibi non obligatam, veluti iure pignoris vendiderit, qui casus proponitur in *l. 2 h. tit.* & in *l. ex empto, §. sententiam D. de act. emp.* quo casu & creditori non est regressus ad contrariam actio-

C nem pigneratitiam in debitorem, qui iam liberatus est, *l. tutor § pen. D. de pigner. act.* ne ex dolo suo actionem consequatur *l. itaque D. de furt.* Excepto hoc casu, creditor, qui iure suo, id est, non promissa euictione pignus vendidit, proculdubio non tenetur de euictione emptori pignoris, sed debitor ipse eo nomine re euicta tenetur emptori vtili actione ex empto, quasi ipse vendidisse eam rem videatur, qui eius venditionem permisit creditori, ne alioquin cum damno emptoris debitor sibi liberationem adquirat, vt in *l. rescriptum § 1 D. de distract. pign.* Et emptori debitor tenetur euictionis nomine vtili ex empto, sicut diximus, non in id omne, quod interest, vt definit Accurs. & probant omnes, puta, non vt reddat emptori meliorationes, sed vt tantum ei reddat pretium &

D vsuras pretii, fructibus cōpensatis, quos ex ea re emptor percepit, idque exemplo & argumento legis *si plus §. 1 ff. de euict.* Re autem non euicta, quam vendidit creditor iure pignoris, debitor tenetur domino eius rei pretii nomine, quo liberatus est vtili actione negotiorum, si dominus ratam venditionem faciat: nam ratihabitio facit, quod retrotrahatur, vt videatur dominus gessisse negotium debitoris, & liberasse debitoré pretio rei suæ, quod etiam significat *d. l. rescript. §. 1.* Quantum ergo attinet ad emptorem pignoris, & ad dominum pignoris, debitor manet obligatus: sed quantum ad creditorem suum debitor liberatus est ex pretio pignoris, & eius fideiussor siue mandator *d. l. rescript. & l. si mandato Titii § credit. ff. mandat.* quia creditor ex pretio pignoris, debitum consecutus est, & emptori non tenetur, (vt diximus) actione

E ex empto pro euictione, sed in hoc tantum tenetur emptori actione ex empto, in quo nil dispendii facit, vt cedat emptori contrariam pigneratitiam actionem aduersus debitorem, *l. in creditorem ff. de euict.* siquidem emptor malit eam actionem sibi cedi, si malit ea actione, id est, contraria pigneratitia sibi cessa ab creditore, eodemque venditore pignoris experiri & vti, quam vtili ex empto, quod ex cessione habeamus directam actionem non vtilem *l. ex legato, sup. de legat.* Et melior siue facilior est directa actio contraria pigneratitia, quam alia actio vtilis: Et ideo emptori desideranti creditorem sibi cedere contrariam pigneratitiam actionem in debitorem, creditor morem gerere debet, quia sine vllo suo dispendio hoc est facturus, qui iam non indiget illa actione, quia

iam suum est consecutus firmo iure, & nihilominus tamen intelligitur habere eam actionem, id est, quamuis perceperit debitũ, nihilominus intelligitur habere eam actionem, id est, contrariam pigneratitiam, vt eam cedat postulanti emptori, non vt ea ipse vtatur, quia percepto debito nil eius interest aliud, quam vt habeat eam actionem, vt non ei auferatur ea actio, quo scilicet possit eam cedere postulanti emptori pignoris, vt *l. cum is in fin. ff. de fideiuss.* quæ subtilitas est valde notanda, vt habeam actionem, quia potest alter postulare, vt ei eam cedam: non contra, vt possit alter postulare vt sibi cedã actionẽ, quam habeo, vt recte monet glossa *d. l. cum is*. Ad hęc notandum est adeo veram esse regulam, quam statuimus titulo superiori, vt venditor, qui de euictione tenetur, non possit emptori facere controuersiam, vt nec venditor, qui de euictione non tenetur idẽ possit: vt creditor, qui pignus lege pignoris vẽdidit, licet non teneatur emptori de euictione, tamen ex alia causa non potest emptori facere controuersiam, & rem euincere, ne mutet factum suum, ne infringat quod ipse fecit. Et ideo si creditor, qui pignus vendidit lege pignoris, postea in ius & nomen successerit alterius creditoris, cui eadem res erat pignerata, non potest emptori facere controuersiam ex persona defuncti creditoris, cui successit. Et hoc verissimum est, non tantum si is, qui pignus vendidit, fuit in eo pignore antiquior & potior, quo casu res est extra omnem dubitationem, sed etiamsi is qui pignus vendidit, in eo fuerit inferior & infirmior, potior autem defunctus priuilegio temporis, quia etiamsi creditor, qui pignus vendidit, in eo non fuerit potior siue prior, tamen semper emptori præstare debet, se potiorem esse cæteris omnibus, & hoc solum cum suo dispendio, & cessione (*vt diximus*) contrariæ pigneratitiæ, si eam postulauerit emptor quæ fit sine vllo dispendio suo. Et hæc est sententia *legis 1. h. tit. & l. etsi is, ff. de distr. pignor.* Et nil refert, (vt ostendit etiam hæc lex 1.) quis fuerit creditor, qui pignus vendidit, fiscus an priuatus: Nam in pignoribus & hypothecis nulla est differentia inter priuatum creditorem & fiscum, quia neque fiscus neque priuatus creditor in hypothecis vllum habet priuilegium, nisi ex tempore antiquiore, quo fuerit contracta hypotheca *l. si pignus, D. qui potior in pignor. hab. l. 2. sup. de priuilegio fisc.*

AD TITVLVM XLVI.

De patria potestate.

SVperioribus libris & tit. hoc semper egit conditor huius Codicis iam inde a parte fere media libri tertii, vt varias actiones proponeret in rem, & in personã, quæ de proprietate vel de possess. vel de iure pignoris, vel de statu hominis in iudicio ciuiliter instituuntur: & varias exceptiones, quæ actionibus subiici solent, & quasi quędam actiones sunt. Ac deinde generalem actionem ex stipulatu, quæ etiam omnibus actionibus subiicitur & subseruit: nullum enim fere negotium geritur, in quo contrahentes non subiiciant stipulationem, quare eam appello πανδέκτην, quod omnia negotia in se recipiat. Et his quidem peractis atque pręstitis, quia supra libro septimo tractans de statu personarum, de eo tantum præiudicio, eaue tantum actione præiudiciali egit, qua quæritur an aliquis liber, an libertus sit: illud vero præiudicium prætermisit, id est, illam præiudicialem actionem, qua quæritur *an aliquis filiusfamilias sit*, id est, in potestate patris, vel aui: ideo nunc, vt de ea tractet, dat hunc titulum de patria potestate, & statim *l. 1.* agit de præiudicio, quo pater filium in sua potestate esse adserit, vt *l. 1. §. per hanc D. de rei vind.* ait liberos, qui in nostra potestate sunt, peti *præiudiciis*, id est, præiudicialibus actionibus, quæ (*vt est in §. præiudiciales, Instit. de action.*) in rem actiones esse videntur, non sunt in rem actiones, sed in rem esse videntur, id est, veluti proprietatis causam continent, vt cum *ago filium meum esse*, vel *seruum meum esse*, vel *libertum meum esse*: quia ago meum esse, quodammodo me dominum esse aio, id est, quasi proprietarium, sicut interdictum de liberis exhibendis, quo etiam petuntur liberi, qui sunt in nostra potestate, dicitur veluti proprietatis causam continere *l. 2. §. quædã D. de interd.* Igitur patria potestas est quasi proprietas, quam patres iure ciuili habent in liberos suos iuste procreatos. Non dico *proprietas*, sed *quasi proprietas*, non *dominium*, quod idem est, sed *quasi dominium*: Nam in dominio esse non possunt parentum, qui liberi homines sunt, sed intelliguntur esse in quasi dominio, quod patriam potestatem appellamus: & dico *iure ciuili*: nam hoc ius est proprium ciuium Romanorum: nam cum dicimus ius ciuile, intelligimus Romanorum: & hoc ius patriæ potestatis est proprium ciuium Romanorum *l. 3. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* & Boetius in Topic. Cicer. *Ciuitatis Romanæ iure liberos retineri in patrum arbitrio.* Et dicitur hoc ius esse proprium ciuium Romanorum, non quod aliæ gentes non habeant etiam potestatem in liberos suos, sed, *vt est Instit. eod. tit.* quod non habeant *talem, qualem ciues Romani*: Non enim omnes gentes habent in liberos suos potestatem vitæ necisque, vt ciues Romani in seruos suos omnes peræque habent potestatem vitæ necisque, *vt ait lex 1. D. de his qui sunt sui.* Ideoque potestas in seruos dicitur esse iurisgentium: at potestas in filios est iuris ciuilis, non iuris gentium. Et quod ait illo loco [*talem*] respicit quasi facta comparatione ad excellentiam, & præstantiam patriæ potestatis ciuium Roman. cuius iura & effectus magni sunt, & multiplices, de quibus dicam, postquam absoluero quod institui de præiudicio, *de quo agitur in l. 1.*

Ad L. I.

Lex 1. Si filium tuum in potestate tua esse dicis: præses prouinciæ æstimabit, an audire te debeat: cum diu passus sis, vt patrisfamil. res eius agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt.

LEx prima est de præiudicio, quo pater filium suum esse petit: *suum*, id est in sua potestate: in quo lex ait *patrem non audiri si diu passus sit filium res suas, quas habuit a matre, agere per tutores a matre datos, & vt necesse est, confirmatos a pretore.* Pono habuisse res a matre, alioquin a matre dati tutores non confirmarentur: nec enim confirmantur nominati a matre verius, quam dati, quia datio per se non valet, nisi filium instituerit, quæ tutores nominauerat *l. pater D. de testam. tut.* pater vero, qui hoc passus est, *quod dixi, quodque lex 1. proponit*, præsumitur eum filium emancipasse, & patremfamilias effecisse, vt in *l. post mortem D. de adopt.* & in *Nouella Leonis 25.* & ideo non recte agit præiudicio, quo intendit *filium suum esse*, id est, in sua potestate, cum præsumatur sui iuris fuisse eum, quem diu passus est agere sub tutoribus, & administrare bona profecta a matre, quia non nisi paterfamilias, id est, qui sui iuris est, res proprias, & tutores habere potest, filij familias non habent tutores, aut res proprias. Tutela est potestas in capite libero, id est, in homine sui iuris, in patre aut matrefamil. non in filio, aut filiafamilias: quinimo tutela finitur adrogatione pupilli, i. si pupillus ex patref. fiat filiusfa. *l. si adrogati ff. de tutel.*

Ad L. pen.

L. pen. Nec filium negare cuiquam esse liberum, Senatusconsulta de partu agnoscendo, ac denuntiata pœna, item præiudicium edicto perpetuo propositum, & remedium alimentorum apud præsidem maiori trimo petenti, nomine eius monstratum, iure manifesto declarant.

EST etiam lex pen. huius tit. de præiudicio, id est, de actione præiudiciali, de partu seu filio agnoscendo: qua de re ait facta esse Senatusconsulta, nempe Senatusconsultum Plancianum, & aliud Senatusc. tempo-

tibus Adriani Imp. *vt ait l. 1. §. 1. de liber. agn.* Et addit A ead. *l. pen.* Senatusc. pœnam fuisse impositam denuntiato. Nam vulgo in *l. pen.* corrupte legitur [*denuntiata pœna,*] cum sit scribendum [*ac denunciati pœna,*] vt patet ex *l. 1. §. pœna, D. eod. tit.* hoc quid sit breui exponam. Si mulier post diuortium, vel etiam constante matrimonio, denuntiet viro paulum ab ea forte alienato, se ex eo esse prægnantem, & vir qui denuntiatus est, non miserit custodes ad custodiendum partum, siue ventre, vel non contra contestatus sit eam ex se, non esse prægnantem, quia hæc omisit denuntiatus, vt sic vocat etiam *l. venditor, D. de iudic.* editum partum omnimodo cogitur agnoscere, vel si nolit, extra ordinem, in corpus scilicet coercetur, & tandem cogitur agnoscere, *d. §. pœna.* Et hæc est pœna denuntiati, non pœna denuntiata. ¶. Item *ait l. pen.* edicto prætoris esse propositum præiudicium, quo pater filium cogitur agnoscere, qui probatur esse filius eius: & præterea datum esse remedium, quo ii, qui dicuntur esse filii, extra ordinem, per consulem aut præsidem, quo recens nato, vel potius filio maiori trimo, *vt ait l. pen.* alimenta, & cætera subsidia vitæ decernuntur, aliquo petente nomine eius, *vt ait l.* cum ipse non possit petere. Et de eo decreto alimentorum, est tota *l. 5. ff. de liber. agn.* hoc igitur remedio extraordinario per magistratum filio, qui dicitur, *maiori trimo,* alimenta decernuntur, & cætera onera. Et ait *l. maiori trimo,* id est, *recens lacte depulso,* quia non ante triennium solent infantes mamma depelli, *vt 2. Mach. capit. 7.* sic mater loquitur ad filium, ὑιὲ ἐλεησόν με, &c. *Miserere,* inquit, *mei fili quæ te genui, & te gestaui 9. mens. in vtero, & lacte meo nutriui tribus annis.* Igitur post triennium statim alimenta ei qui filius dicitur decernuntur ex bonis patris. Et ex iis omnibus quæ proposuit *lex pen.* facta esse Senatusconsulta de partu agnoscendo, pœnam indictam denunriato, a prætore propositam actionem præiudicialem de partu agnoscendo; decreta interponi de alendo filio maiori trimo sumptibus patris: ex his omnibus *lex pen.* colligit, & hic est finis legis, qui non animaduertitur, *Neminem posse negare, filium suum esse eum, qui filius suus est.* Quid hoc est? id est, *non posse abdicare filium suum*: Nam *abdicare* est negare filium, dicere non esse filium. Itaque quod ait *l. 6. h. tit.* abdicationem filiorum, qua Græci vtebantur, iure Romano non comprobari, hoc supradictis arg. probat *lex pen.* Abdicationem quidem, vt historiæ D clamant, & significat *l. 6.* vsurpabant quandoque ciues Romani, sed more Græco vt ait *l. 6.* non iure Rom. more peregrino, non proprio, non iure Rom. quo non fuit cõprobata abdicatio, sed tantum exheredatio filii, quæ tamen eodem nomine sæpissime in Basil. appellatur *abdicatio.* Abdicatio vocatur ἀποκήρυξις, vt ait *l. 6. hoc tit.* Idem nomen tribuitur exheredationi frequenter in Basil. Est igitur commune nomen abdicationis, & exheredationis, sed in re ipsa hæc duo multum inter se distant: Nam abdicatio viuo patre effectum habuit, exheredatio post mortem patris demum: abdicatio fit inter viuos, exheredatio testamento tantum non codicillis §. *codicillis, Instit. de Codic.* Codicillis non datur hereditas, id est, non instituitur heres, & non adimitur hereditas, id est, non scribitur exheredatio. Abdicatio (*quo verbo vtitur* E *l. 6.* alienat filium, id est, extraneum facit: exheredatio extraneum non facit, sed aufert tantum ius hereditatis filio. cætera iura filii ei relinquit, vt iura sepulchrorum, iura participandi lucra nuptialia profecta a matre, & alia pleraque *l. 9. §. si filium, D. de liber. & post.* Vtraque tamen & exheredatio, & abdicatio est plerunque nota quædam filii, vt indicat *l. multi, D. de liber. & post.* vtraque est *fulmen patrum.* sic de abdicatione loquitur Quintilia. Declam. 259. & referam verba emendata, quæ vulgo sunt deprauata: *Fulmen istud patrum,* inquit, *datum est aduersus ferociam adolescentiæ, aduersus filios. Filiam abdicare non decet; potius filios, qui plus peccare pos-*

sunt: filia vero vix nutricum minas tulerit, vel eorum a quibus educatur tristitiam. sic ille auctor demonstrat non decere abdicationem filiarum, filiorum satis decere. Sed (*vt diximus ex l. 6. & l. pen.*) abdicatio non est probata iure ciuili, exheredatio probata est, & est hæc vna pars patriæ potestatis, vt liceat patri testamento filium exheredare *l. in suis D. de lib. & post. l. quidam D. de verb. obligat.* meritis de causis, *vt ait lex cum ratio D. de bon. damnat.* alioquin testamentum, in quo filius immerito exheredatus est, puta, non ingratus, rescinditur per querelam inofficiosi testamenti. nec mirum, inquit, lex *in suis,* si patri liceat filium exheredare, quem etiam olim ei licebat occidere, quod etiam est proditum in *l. vlt. h. tit.* licuit autem olim occidere lege Regia. Et B hoc est, quod Cedrenus scribit, *lege Romuli liberos patribus* ὑπηκόους ἐν οἰκετῶν μοίρᾳ, *subiectos esse seruorum vice,* quod in eos sit patribus ius vitæ necisque, & lege Iulia etiam licet occidere filiam patri, quam habet in potestate, deprehensam in adulterio, non solam, sed cum adultero, sicut nec adulterum solum sine filia *l. patri, D. ad leg. Iul. de adult.* quod ideo lex Iulia permittit patri, vt occidat vtrumque, non tam vt occidat, quam vt ne occidat quemquam, quia non potest alterum sine altero, & est verisimile eum non esse occisurum filiam, & propter filiam igitur parciturum adultero, aut si nolit ei parcere, nec filiæ parcat igitur. Ac simili ratione Aristoteles in *fine 8. Eth.* abdicationem filiorum facile posse permitti, quod vix aut raro patres sint abdicaturi filios suos. Et de hoc iure occidendi filii, eleganter ita scriptum est in fragmentis Papiniani libro singul. de adul- C ter. *Cum patri,* inquit, *lex Regia dederit in filium vitæ necisque potestatem, quo bonum fuit lege Iulia comprehendi, vt potestas fieret etiam filiam occidendi*? Nunquid ex contrario nobis argumentum præstat hæc adiectio; non vt videatur lex non habenti dedisse, sed vt videatur maiori æquitate ductus adulterum occidisse, cum nec filiæ pepercerit. Et ius hoc, siue summa hæc pars patriæ potestatis, quæ consistit in iure vitæ necisque, diu mansit in vsu. Et obseruandum in *lege Pompeia de parricid.* contineri matrem, quæ filiam necasset, sed patris, qui filium necasset, nullam mentionem fieri, quia scilicet id patri licebat. Dicebam patriam potestatem esse iuris ciuilis Populi Romani, qualem scilicet patribus leges Romanæ permittunt: potestatem herilem esse iuris gentium quod omnes pleræque gentes habeant in seruos ius vitæ necisque, non item in liberos suos: Romani etiam in liberos ex iustis nuptiis procreatos, & aliæ quædam gentes: vt Gallos idem ius habuisse Cæsar scribit, sed non æque omnes gentes. Et quod traditur ex Aristotele in Politicis, Persas idem habuisse, id Aristoteles nullo Politicorum loco scripsit: In Ethicis ad Nicomachum est aliquid tale, sed nec omnino tale, lib. 8. Et quod etiam traditur, Indos habuisse, vel habere, & Hebræos, & legem Dei omnipotentis nominatim patri & matri porrexisse gladium, aut ius dedisse summum vitæ necisque, hoc quoque nusquam inuenies, sed eis legem Dei permisisse tantum accusationem, & delationem ad iudicem filii male morigeri, aut dissoluti, & ab eis correpti frustra sæpius, vt ea perlata mox populus irrueret in filium talem, & eum oneraret lapidibus, *Deuteronomij 21.* fortassis ipsis parentibus inchoantibus lapidationem, sicut eiusdem libri *cap. 13. & 17.* cautum est, vt accusatores, delatores, testesque in reum, quem peregerint primi iacerent lapides, vt etiam fecisse legimus testes productos in D. Stephanum, *Actor. 7.* ¶ Porro vitæ necisque potestatem lege Regia datam ciuibus Romanis in liberos suo iuri subiectos diu tenuisse Romanos, probaui ex Papiniani libro singulari *de adult.* puta tenuisse eo tempore, quo Augustus tulit legem Iuliam de pudicitia, Idemque probaui argumento legis *Pompeiæ de parricid.* quæ teneri matrem, quæ filium occidit, patris non meminit. *l. 1. D. de leg. Pomp. de parricid.* Sed non nego,

postea eam potestatem valde fuisse accisam, fractam, debilitatam: Nam vt postea in seruos supra modum, & sine causa legibus cognita sæuire non licuit *l. 1. D. de his, qui sunt sui vel alien. iur.* ita nec in suos filios. Et notandum, quod ait Caius in *d. l. 1.* quod translatum etiam est in Institut. *hoc tempore in seruos supra modum & sine causa legibus cognita dominis sæuire non licere.* hoc tempore, id est, Adriani & Antonini Pii Impp. quo Caius de iure scripsit, & respondit. & nominatim de Adriano testatus est Spartianus his verbis: *seruos a dominis vetuit occidi, iussitque damnari per iudices si digni essent.* Et refertur *l. 2. eiusdem tit.* eundem Adrianum Vmbriciam quandam mulierem (vel vt alii habent, Vmbram, quod demonstrat, nomen id non esse proprium mulieris, sed nationis in Italia, ex qua dicuntur Vmbri & Vmbrici, *apud Stephanum in verbo* Ουμβρικός) Eam, inquam, mulierem D. Adrianum in quinquennium relegasse, quod ex leuissimis causis ancillas atrocissime tractasset. Sic igitur D. Adrianus, potestatem herilem rescidit magna ex parte. Idem eundem Adrianum effecisse de patria potestate ostendit *l. Diuus ff. de leg. Pomp. de parricid.* in qua ostenditur D. Adrianum patrem in insulam deportasse, qui se pro prædone egerat, & grassatore erga filium, quamuis infamem adulterii in nouercam, quia eum secum duxerat in venationem, & sub specie venandi in sylua necauerat, & hanc solam prædam egerat, quia, *inquit*, necauerat, prædonis modo, *en voleur*, non patris iure, quod infinitis distat interuallis ab illo more prauo & nefario. Et vt subiicit eleganter ea lex, *Patria potestas in pietate, non in atrocitate consistit*, id est, *non est acerbe exercenda, vt ait l. 1. in fin. ff. de liber. exhib. l. 1. C. de emend. propinq.* non est exercenda illegitime, non malitiose, non atrociter. Pietas iure & ordine regitur, nec quidquam agit nisi causa cognita, & de consilii sententia. Atrocitas neque legem habet, nec modum vllum; pietas nil est aliud, quam moderatio & lenitas. Atrocitas nil aliud est, quam malitia, & Rufinus eleganter in symbolum, *Occidere*, inquit, *hominem non semper est criminosum, sed malitia n n legibus occidere, criminosum.* Et obseruandum in *d. l. Diuus.* Iurisconsultus cum potuisset vti hac ratione, quia debuit pater pœnam inferre filio publice infami in nouercam propter exemplum, quod omnis pœna non tam ad delictum, quam ad exemplum pertineat: tamen hanc rationem omisit, quasi remotiorem (Et vero etiam nobis est omitenda, aut non arcersenda) & vsus est ratione proximiore, & summa, quod patria potestas consistat in pietate, non in atrocitate. Et puto ad eandem speciem filii infamis in nouercam respexisse Vlpianum in *l. 2. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* dum ait, patrem inauditum filium occidere non posse, quoniam ea lex est *ex lib. 1. de adulter.* Et hoc igitur vult, vt filium infamem adulterii in nouercam inauditum, id est, cuius defensiones iudex non audierit, pater non possit occidere. Sed si res sit de adulterio admisso in nouercam, vel si quæ alia res, quæ grauiorem animaduersionem desideret, nec castigationibus patris locum det filius, tum pater eum debeat accusare, & perducere ad ius ordinarium, id est, ad præfectum vrbi, vel præsidem prouinciæ, vt audiatur, & causa cognita puniatur, prout ipsemet pater puniendum eum esse iudici dictauerit. qui locus est singularis in *l. 3. h. tit.* vt iudex in filium male moratum statuat, quod pater ipse dictauit, nec acerbius quicquam, vel mitius, qui ordo congruit fere cum suprad. capite *Deut. 21.* Et facit *lex 1. §. 1. ff. de obseq. parent. præst. lex propter C. de iis qui accus. poss.* Vt ergo more Græco vsurpato etiam a Romanis, erat quædam *abdicationis actio*, nec licebat patri filium non auditum abdicare, non narrata iudici & probata causa, non data filio respondendi potestate, *vt sæpe Fabius docet in declam.* Ita nec patri filium indicta causa, & sine iudice occidere, & atrocius in eum animaduertere licet: iudicium & actio præcedit abdicationem, &

A supplicium filii. qua in re etiam exheredatio differt ab abdicatione, præter ea, quæ notaui vltima recitatione, quoniam exheredationem sequitur, non præcedit actio de inofficiosa exheredatione, id est, querela inofficiosi testamenti. Et ex iis quidem intelligimus, quid sit *quod ait lex. vlt. h. tit.* Patribus ius vitæ in liberos, necisque potestatem olim fuisse permissam, *& l. in suis ff. de liber. & postum.* quod eos occidere licebat, quia scilicet hodie idem patribus non licet, nec talis hodie patribus permissa est potestas. & tamen ait *l. vlt.* quamuis olim liceret patribus filios occidere, tamen olim nunquam licuit patribus filiis eripere libertatem, *id est*, filios seruos suos, vel alienos facere. quo argumento rectissime lex ostendit, maiores plurimum fauisse libertati, aut plus libertati pepercisse, quam vitæ, quia ius occidendi

B filii permittebant patri, non ius eripiendæ libertatis. ius eripiendæ vitæ, non eripiēdę libertatis. & hoc est verissimum. ¶ Nec obstat quod vendere patri filios licebat, vt constat omnib. & licet etiā hodie in casu *l. 2. sup. de patrib. qui fil. distrax.* propter famis necessitatem, vt puero recens nato (*de quo solo loquitur l. 2.*) non desit educator: Nam venditio huiusmodi videtur fecisse seruum: cui igitur licet vendere, ei licere facere seruum. Sed dico genere venditionis patrem filium ex potestate sua dimittere, non etiam ei adimere libertatem, siue ingenuitatem, vt scribit Marc. Tull. circa finem orationis *pro Cæcinna.* quapropter venditio filii, quam fecit pater, tanquam nulla, aut quæ nullum præiudicium adferat ingenuitati, a quolibet rescindi potest; a venditore, vel a filio ipso, vel ab extraneo quolibet, quoniam publica est tutela libertatis, & publica causa *l. si quis rogatus, ff. de fideic. libert. l. 2. ff. ne de stat. defunct.* Denique

C ea venditio a quolibet rescindi potest restituto pretio emptori, *d. l. 2. & Nou. Valent. de parent. qui fil. distrax.* Constat etiam, quod patri licebat filium vendere per æs & libram, quæ est venditio imaginaria, non vera, vt eo genere filius fieret sui iuris, & paterfam. Et eodem modo, id est, per imaginem & vmbram licebat patri vendere filium, vt per adoptionem transiret in aliam potestatem. Sed vt apparet, hæ etiam venditiones nil præiudicabant libertati. Et falsa igitur collectio est: potest vendere, ergo redigere in seruitutem. ¶ Nec omittam quod de isto occidendi, & vendendi iure scribit

D Simplicius in Enchirid. Epicteti, quia vtitur auctoritate legum nostrarum in hac fere sententiam: *leges veteres Roman. ob rationem maiestatis, & excellentiæ paternæ, & laborum, quos pro liberis sustinent patres, & quo magis filios patriæ potestati subiicerent, &, vt existimo, confidentiam habentes in naturali affectione, & pietate paterna, vendere si vellent filios patribus permiserunt, & occidere impune.* ¶ Sed sunt etiam aliæ partes patriæ potestatis, præter abdicationem, exheredationem, ius vitæ necisque; *Ius promercij*: nam quidquid adquirunt filii, patri adquirunt, in cuius potestate sunt, exceptis certis rebus, veluti castrensibus, aut quasi castrensibus. Et quamuis propter vinculum patriæ potestatis vnus videatur esse homo, pater & filius, & filius viuo patre, quasi quodammodo dominus bonorum paternorum, tamen eminet semper atque præcellit dominatio, & maiestas patris, vt

E nec alienare filius quidquam possit, nec pignori obligare, *l. 2. & 3. h. tit. l. 4. sup. si alien. res pign. dat. sit: l. 2. inf. de castr. pec. mil. lib. 12.* ¶ Eodem iure potest pater filiis impuberibus tutores dare, potest eisdem facere testamentum, siue substitutionem pupillarem in hunc casum, *si post mortem patris moriantur impuberes*, non possunt filiifamil. aut filiæfamil. contrahere iustas nuptias sine consensu patris: non possunt delatam hereditatem adire sine iussu patris. ¶ Hæc sunt fere omnia iura patriæ potestatis, *de quibus est hic titulus*, & potissimum de præiudiciis, siue actionibus præiudicialibus, quibus adserimus patriam potestatem, vel agnoscimus. ¶ Et vna est tantum lex fugitiua in hoc titulo, *lex.* 4. quia non est de patre,

patre, sed de matre, quæ non habet potestatem in filios, non habet ius familiæ *l. vbi, sup. de suis, & legit. liber. l. nulla fœmina, D. de su. & legit. hered.* sed de ea lege tractabitur *in tit. de emendat. propinq.* Illud non omittam cum *l. 8. h. tit.* quæ vult, vt filius procreatus ex iustis nuptiis, non tantum sit in potestate patris ingenui, sed etiam libertini, esse coniungendam *l. 7. sup. de su. & legit. lib.* quoniam, *vt supradictum est,* vtriusque est eadem inscriptio & consequentia sermonis aperta, quod & illa *l. 7.* dicat, non minus libertinos posse habere suos heredes, quam ingenuos.

AD TITVLVM XLVII.

De adoptionibus.

HIc titulus est etiam de patria potestate, quia non tantum beneficio naturæ, & procreationis ex iustis nuptiis, sed etiam beneficio adoptionis patria potestas adquiritur. Adoptio est imago naturæ *l. filio quem pater, D. de liber. & posthum.* Adoptio est ciuilis quædam, & simulata ratio quærendorum liberorum, qui in nostra potestate sint, perinde atque liberi procreati ex iustis nuptiis. vel adoptio est actus legitimus, quo quis patremfamilias, vel filiumfamil. non contradicentem auctore patre naturali sibi adserit in locum filii, vel nepotis naturalis & legitimi. Dico filiumfam. non contradicentem, ex *l. pen. §. cum enim tanta, & l. vlt. h. tit. & l. in adoptionibus D. eod.* Dico, *sibi adserit, vt* Statius Papinius de Cæsare.

Qui fessus bellis adsertæ munere prolis,
Primus iter nostris ostendit in æthera diuis.

Id est, *adoptiuæ prolis.* Dico, *quo quis patremfam.* quæ proprie dicitur adrogatio: *quo filiumfam.* quæ commune nomen fecit suum, & *adoptio* dicitur. Adrogatio fit auctore seipso, adoptio auctore patre. Adrogatio hodie per principem: adoptio per magistratum. Et dico [*actus legitimus*] vt Theophilus initio eiusdem tituli, νόμιμος πρᾶξις, *actus legitimus.* Quo sermone dico hodie significari *ciuilem rationem,* & ita Theophilum accepisse patet ex eo, quod scripsit in §. *adoptiui, Instit. de exher. libe.* quoniam hodie sublata sunt solemnia adoptionis. Et ob eam rem, meo quidem iudicio, in *l. actus ff. de regul. iur.* inter actus legitimos, id est, solemnes, non numeratur adoptio. Iure antiquo hoc sermone [*actus legitimus*] vel secundum sententiam iuris antiqui, intelligeretur actus solemnis: Nam & adoptio secundum ius antiquum fit solemni iuris ordine *l. 4. h. tit. l. 5. sup. de suis & legit. lib.* Et ob eam rem, quæ fit per magistratum adoptio, puta patre alii dante filium in adoptionem, per eum tantum, siue apud eum tantum magistratum fit, apud quem est plena legis actio, *id est,* apud omnes solemnes actus expediri possunt, *l. 1. h. tit. l. 4. ff. eod. l. 3. ff. de offic. proc.* ¶ Et solemnitas huius quidem adoptionis, quæ fit imperio magistratus, consistebat in filii trina emancipatione, id est, trina venditione per æs & libram, & bina manumissione. In filiæ vero cæterorumque liberorum emancipatione vna sine manumissione, vt ait *l. vlt. h. tit.* Nam (vt rem aperiam diligentius) pater in cuius potestate erat filius, eum vendebat per æs & libram ei, quem volebat filii sui esse adoptiuum patrem: Is vero emptum, protinus tanquam seruum manumittebat, & manumissus tamen peiore conditione erat, quam is, qui vere seruus est, qui manumissione ab omni domino liber fit. Hic qui in imaginariam causam seruitutis deducebatur venditus per æs & libram, manumissione non fiebat liber a patre naturali, sed protinus redibat in eius potestatem, qua venditione abscesserat. Deinde pater filium in suam potestatem reuersum iterũ eidem eodem modo vendebat, & manum. iterum ab emptore, etiam iterum redibat in potestatem patris naturalis, qui mox eidem tertia vice vendebat filium, ac tum emptor eum retinebat, vt eleganter loquitur lex *2. h. tit.* ad vicem filii naturalis & legitimi, nec amplius manumittebat. Cæteros autem liberos, quos volebat pater naturalis dare in adoptionem alii, vendebat per æs & libram semel dumtaxat, & emptor eos retinebat tanquam liberos suo iuri subiectos, nec manumittebat. & ita explicanda est lex *vlt. h. tit.* ¶ Solemnitas autem *adrogationis,* consistebat in rogando Populo Romano: Nec enim alibi quam Romæ adrogatio fieri poterat, *vt scribit Vlpianus lib. reg.* & in rogando populo certis & conceptis verbis [*velitis iubeatis Quirites, &c.*] vt apud Gellium. *& hæc curiatis comitiis fiebat,* quæ habebantur populo distributo in curias, non in tribus, aut centurias, & adhibitis pontificibus, & lege curiata populo adprobante adrogationem. Quare *lex 2. in fine, h. tit. ait, Iure antiquo adrogationem fieri per populum.* Et Vlpianus supradicto loco, *fœminas non posse adrogare.* Cur ita? Proxima ratio hæc est, quia adrogatio fit comitiis curiatis. Iure antiquo, & fœminæ comitiis, & publicis consultationibus interesse non poterant. Qua ratione etiam pupilli adrogari non poterant, nec per tutorem quidem, qua de re scribenti Aulo Gellio vna negatio deest perspicue, illo loco: *neque pupillus, neque mulier, quæ in parentis potestate est, adrogari possunt,* quia & mulierem & marem, qui in parentis potestate est, certissimum est non posse adrogari, quoniam soli patresfamil. adrogantur, non qui sunt in parentum potestate, sed adoptantur auctoribus parentibus. Igitur legendum, *quæ in parentis potestate non est.* ¶ Verum hodie omnes hæ solemnitates obsoleuerunt: Nam & in adoptione, quæ fit per magistratum acta publica sufficiunt, nec illæ imaginariæ venditiones, & manumissiones requiruntur *l. vlt. h. tit.* & in adrogatione sufficit rescriptum principis *l. 2. 6. 8. h. tit.* nec requiritur, vt ea de re legem ferat Populus curiatis comitiis. Vnde sequitur, & hodie fœminas adrogari posse sufficiente rescripto principis, nec necessariis populi comitiis, *l. nam & fœminæ, ff. eod. tit.* Et similiter pupillum adrogari posse, quod (& hoc notandum est maxime) & cum adrogatio fiebat solemniter curiatis comitiis D. Pius permisit, nimirum vt fieret pupilli adrogatio in comitio absente pupillo, qui & comitio interesse non poterat, per tutorem nomine pupilli tantum, non pupillæ vt *l. hæc autem, eod.* Hodie facillime fit ex rescripto principis adrogatio & pupilli & pupillæ, sed causa cognita & probata. Tres sunt casus, quibus adrogatio causæ narrationem & probationem requirit. Vnus, si patronus libertum suum in locum filii velit adrogare, ne scilicet libertini temere inuadant in iura ingenuorum per adrogationem, vt *l. 3. h. tit.* Alter casus est, si fœmina velit adrogare aliquem in locum filii, quod ei permittitur indulgentia principis vna ex causa tantum, si liberos naturales non habet, vt adrogatio ei sit remedium fortunæ suæ *l. 5. h. tit.* Et tertius casus hic est, si quis impuberem velit adrogare; ac præterea per illam constitutionem D. Pii, quæ permisit adrogationem pupilli, in adrogatione pupilli adrogator satisdare debet, *se bona adrogati, si impubes decesserit, restituturum iis ad quos ea bona iure legitimo rediissent, si adrogatus non fuisset.* Item adrogator, *si pupillum emancipet, sine iusta causa, quem adoptauit, vel si eo non emancipato moriatur, adrogator facto testamento ei debet relinquere bonorum suorum quartam partem, id est,* legitimam portionem, *& bona restituere, quæ in eum adrogatus transtulit, & quæ postea ei adquisiuit l. 2. h. tit.* Et ad hæc restat, vt hoc tantum adnotemus, duobus casibus adoptione non adquiri patriam potestatem, *id est,* adoptionem facere filium, non filiumfam. Primus casus est, si mulier beneficio principis aliquem adrogauerit, vt *l. 5. h. tit.* quoniam hic filius quidem est mulieris, sed in familia & potestate mulieris

non est, suus heres mulieris no est ex testamento, vel ab intestato, quia mulier ius familiæ, aut suum heredem habere non potest. Viri est præesse familiæ, & suis iure potestatis, non mulieris. Alter casus hic est, si pater naturalis filium extraneo in adoptionem dederit introductus a Iustiniano in *l. pen. h. tit.* nec enim per adoptionem transit in familiam extranei adoptatoris, sed remanet in familia patris naturalis: patri naturali est suus heres, & ei adquirit iure potestatis in qua est: & vno tantum casu adoptio ei proficit, si extraneus pater adoptiuus intestatus decesserit: Nam hoc casu in bonis eius filius adoptiuus datus a patre naturali habet ius sui heredis, vt ait lex *pen.* licet suus non sit, cum non sit in potestate extranei adoptatoris. Alias vero nil iuris habet in bonis extranei adoptatoris, nil ei adquirit, & est tantum nomine filius, siue imagine, non re. Sed latius nobis explicanda est tota lex penult.

Ad L. pen.

L. 10. Cum in adoptiuis filiis, qui filiifamilias constituti a patribus naturalibus aliis in adoptionem dantur, antiquæ sapientiæ incidit quædam dubitatio, si oporteret talem filium, qui præteritus a naturali patre fuerat, habere contra eius testamentum de inofficioso actionem (quam Papinianus quidem negat. Paulus autem sine effectu derelinquit, Martianus vero distinguit, ne ex hac causa vtriusque patris perderet successionem, naturalis quidem voluntate eius circumuentus, adoptiui propter egestatem, quam forte habebat) & iterum aliud vitium erat exortum: si enim post patris naturalis obitum pater adoptiuus per emancipationis modum ius adoptionis dissoluisset, nulla spes ei remanebat: neque enim contra patris naturalis voluntatem, quia mortis eius tempore in aliena fuerat familia constitutus, neque contra adoptiuum patrem, qui per emancipationem eius familia exemptus est: ideo talem dubitationem resecantes, & tale vitium corrigentes, sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam, iura naturalis patris minime dissolui, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus, &c.

QVærebatur inter iuris auctores, an filius a patre naturali datus in adoptionem extraneo, & præteritus testamento patris naturalis, habeat querelam inofficiosi testamenti, quia querela datur exheredato, & præteritio eius filii, qui neque est in potestate, neq; exiit potestate per emancipationem, sed per dationem in adoptionem, quia translatus est in alienam familiam, pro exheredatione habetur. emancipati præteritio pro exheredatione non habetur: quia licet exierit familia patris, non tamen abiit in alienam familiam, nec tam est extraneus patri naturali, quàm is quem pater naturalis alii dedit in adoptionem. Hanc vero quæstionem, vt Iustin. narrat. in h. l. Paulus proposuit quidem, sed indecisam reliquit, vt sæpe auctores scribunt videndum esse, se subsistere, & fatentur ἀμηχανίαν ingenue. At Papinianus in quæstione proposita negabat præterito, qui pro exheredato habetur, dari querelam inofficiosi testamenti. Merito, vt videtur: quia voluntate patris factus est extraneus, & extraneæ familiæ filius, vt nec patri naturali iam sit liberorum numero, quandiu est in adoptiua familia §. *emancip. Instit. de exhered. liber.* quod obtinet etiam in Senatusconsulto Tertull. *l. 2. §. sed si quis ff. ad Tertul.* & in Senatusconsulto Syllaniano *l. 1. §. in eo, ff. ad Senatusc. Syll.* Neque tamen is, quem pater naturalis dedit in adoptionem, in totum patri naturali extraneus est, quia duo saltem habet salua, quæ non haberet, si in totum esset extraneus. Primum, vt ei instituto a patre naturali, & filio forte naturali, quem habuit in potestate, aut emancipauit, præterito, præteritus committat edictum de bonorum possessione contra tabul. id est, vt aperiat ei viam veniendi simul cum præterito ad bona patris naturalis iure bonorum possessionis contra tabulas *l. non putauit §. in adop. D. de bonor. possess. cont. tab.* Alterum est, quod saluum habet, vt deficientibus suis & legitimis heredibus, ab intestato veniat ad bona patris naturalis vt cognatus, quia non desiit esse cognatus per bon. possess. vnde cognati, vt in §. *admonendi, Instit. de hered. quæ ab intest. & l. 1. §. cognationem ff. vnd. cogn. & in hac l. pen. §. neque.* Et hoc respectu, quod hic filius possit venire vt cognatus, non negaret Papinianus ei præterito testamento patris naturalis dari querelam inofficiosi testamenti, scilicet, si ab intestato locus sit bonorum possessioni, *Vnde cognati*, ad quam ipse admittitur deficientibus puta suis & legitimis heredibus: nam & liberis cognatis, non suis, non legitimis datur querela inofficiosi testamenti, *l. postumus, ff. de inoff. test.* Sicut e contrario eadem querela datur patri naturali, si sit præteritus testamento filii in adoptionem dati, & morte adoptatoris sui iuris effecti, *l. aduersus eod.* At si moriente patre naturali testamento facto, & eo filio præterito, filius in adoptiua familia fuerit, nec sit locus bonorum possessioni, *vnde cognati*, quod extent sui vel legitimi, neque habet bonorum possessionem contra tabul. patris naturalis, neque querelam inofficiosi testamenti, quia pro extraneo habetur, neque ab intestato vocatur inter liberos, vel inter legitimos. Et hæc de sententia Papiniani, quam inexcussam nostri relinquunt. ¶ Martianus autem in hac quæstione vtebatur distinctione hac, quæ æquissima videtur: Aut filius a patre naturali datus in adoptionem, in damno & fraude versatur, vt si pater adoptiuus inops sit, & egenus, vel si diues eum emancipet statim post mortem patris naturalis. Et hoc casu dicebat Martianus filio succurrendum esse, vt bona patris naturalis non amittat, qui nil speret ex bonis patris adoptiui, vel propter inopiam eius, vel propter emancipationem, quæ illum bonis eius exclusit omnino. Aut nullo in damno versatur, vt si habeat patrem adoptiuum locupletem, nec ab eo emancipetur post mortem patris naturalis. Hoc vero casu nil iuris eum habere (vt voluit Papinianus) in bonis patris naturalis præter illa duo quæ dixi ante. ¶ Tandem vero Iustinianus, vt hanc quæstionem definiret in hac *l. pen.* hac vsus est distinctione. Aut pater naturalis filium extraneo dedit in adoptionem: Et hoc casu pater naturalis retinet patriam potestatem, filius retinet familiam vnde ortus est, & ius sui heredis in ea familia, nec præsumitur consensisse, vt transiret in familiam extranei. Extraneo autem cui datus est in adoptionem, fit filius imaginarius, fit imaginaria & noua affectio, aut fit quasi filius in hoc tantum modo, vt ei succedat ab intestato: cæterum nil ei adquirit, neque aduersus testamentum eius præteritus habet querelam inofficiosi testamenti, vel bonorum possessionem contra tabulas, imo nec quarta ei debetur ex Senatusconsulto Sabiniano, vt ait §. *quæ autem*, in hac *l. pen. & §. sed ea omnia, Instit. de hereditat. quæ ab intest. def.* quod rectissime exposuit Theophilus noster. Senatusconsulto Sabiniano cautum erat, vt is, cui pater naturalis ex tribus maribus filiis dedisset vnum in adoptionem, omni modo cogeretur ei, quem a se separasset pater, vt ei daret, quartam partem bonorum suorum relinquere. Sicut etiam fuit aliquid præcipuum ex eodem Senatusconsulto in eo qui vnum ex tribus maribus filiis obtulisset senatui *l. vlt. ff. de decurion. lib. 10.* Sed si pater naturalis ex tribus maribus filium vnum extraneo dederit in adoptionem, huic filio, quia non sequitur familiam extranei adoptatoris, non debetur etiam illa quarta Sabiniana in bonis illius. Aut, & hæc est altera pars distinctionis Iustiniani, pater naturalis filium dedit in adoptionem alii parenti filii ipsius, puta auo filii, vel proauo paterno, aut materno, nimirum vt & natura & lege ei coniungeretur, vel coalescerent iura naturæ, & iura ciuilia. Hoc vero casu valet

valet ſententia Papiniani indiſtincte, vt ſcilicet filius transeat in familiam & poteſtatem adoptiuam, in familia naturali pro extraneo habeatur, omiſſa diſtinctione Martiani, quia affectio aui, vel proaui naturalis, & genuina pietas facit vt non vereamur, ne parens eum emancipet ſtatim poſt mortem patris naturalis in fraudem, vt eum defraudet vtraque ſucceſſione, quia non eſt veriſimile, ideo non vtimur diſtinctione Martiani. Sed tamen ſi hoc faceret parens, ſi in hanc fraudem deduceret nepotem, quem in locum filii adoptauit auctore patre, in cuius erat poteſtate, tum ſequemur ſententiam Martiani. Et ita eſt explicandus §. *ſi vero* huius legis. ¶ Et poſtremo obſeruandum, huic diſtinctioni tantum locum eſſe in filiis a patre datis in adoptionem: Nam in adrogatis, id eſt, qui viuo patre ſunt emancipati a patre naturali, & viuo eodem patre ſe adrogandos dederunt, in iis ſequemur ſententiam Papiniani, vt ſint penitus alieni à familia patris naturalis, & ſequantur penitus familiam adrogatoris.

AD TITVLVM XLVIII.

De emancipationibus liberorum.

HIc titulus eſt de patria poteſtate, non adquirenda quidem, ſed reſoluenda. reſoluitur variis modis, ſed certis tantum, præſcriptis que modis adquiritur. Reſoluitur caſu, *vt ait lex 3. h. tit.* id eſt, morte patris, vel deportatione, *l. 1 §. ſed & ſi morte, D. quan. de pec. act. annal. ſit.* Et iure antiquo, ſi filius Flamen Dialis inauguretur, vel filia virgo Veſtalis capiatur, auctore Vlpiano *lib. regul. tit.* 10. & iure nouo, ſi filius augeatur dignitatibus quibuſdam enumeratis in *Nouell.* 81. *& l. 1. ℨ. de conſulib. lib.* 12. Non reſoluitur Monachiſmo, vt volunt doctores noſtri ſine lege. quia igitur lex deficit, integra eſt patri vindicatio filii, qui ſe inconſulto patre deuouit monaſterio: Nam & Monachiſmus non eſt capitis deminutio, *vt intelligere licet ex Nouella de monach.* Reſoluitur etiam patria poteſtas datione in adoptionem, vt heri diximus, videlicet, ſi filius a patre detur in adoptionem auo vel proauo, vel abauo filii ipſius. Reſoluitur quoque emancipatione, de qua eſt proprie h. tit. Et his duobus poſterioribus modis filius capite minuitur, ſuperioribus autem modis capite non minuitur, ſed ſui iuris fit, & ſuæ poteſtatis ſine capitis deminutione, *l. 3. §. vlt. D. ad Senatuſc. Maced.* Datione in adoptionem, & emancipationem, maxime ſi iure legitimo detur in adoptionem, vel emancipetur filius, capite minuitur, quia per venditionem imaginariam deducitur in ſeruilem cauſam *l. 3. §. 1. D. de cap. minut.* Nil refert dixeris emancipationem, an mancipationem, vtrumque nomen idem poteſt, nec vnum ab alio ſeparaueris vſquam recte. Emancipationis igitur, ſeu mancipationis nomen (ſi nudum nomen ſpectes, ſi proprietatem nominis nudam, ſignificantiamque ſimplicem) eo nomine ſignificatur venditio imaginaria, quæ in iure, i. apud magiſtratū ſolemniter fit per æs & libram certis verbis, libripende & quinque teſtibus præſentibus, non adnumerato pretio, alioquin non eſſet venditio imaginaria *l. 16. ff. de reg. iur.* Sed appenſo vno nummo ſeſtertio quatuor aſſium: quod etiam, ob diſcrimen alterius nummi, in mancipatione exprimi ſolebat, *l. vlt. ℨ de donat.* vbi eſt legendum vno tenore, & nulla ſubdiſtinctione interiecta, *Seſtertij nummi vnius aſſium quatuor.* Aliud eſt emere pretio, aliud emere nummo ſeſtertio quatuor aſſium, *l. ſi quis ante, D. de adquir. poſſeſſ.* Denique aliud eſt pretium, aliud nummus. Nummus non eſt pretium, ſed imago pretii. At ſi non proprietatem nominis ſpectas, ſed rei effectum, & exitum, *emancipationis*, vel *mancipationis* nomine ſignificatur, vel quæ per eam fit

A alienatio rerum mancipi, vel teſtamentum, quod per æs & libram eſt appellatum, vel datio in adoptionem, vel vt in hoc titulo reſolutio patriæ poteſtatis, per quam filius fit ſui iuris, & ſeparatur a familia patris, vt ait *l. 9. ſup. tit. prox.* Soluitur familia & ſacris, vt *l. 3. C. Theod. de decur.* ſacris ſcilicet paternæ familiæ, quibus vtitur pater, quibus ipſe erat alligatus, vt dominus Alciatus exiſtimat, & alii quidam: vt ego exiſtimo, quia ſancta res eſt patria poteſtas. eadem ratione ſancta res adoptio, vt Calphurnius Flaccus ait in Declamat. *Adoptio*, inquit, *ſancta res eſt, quæ beneficia naturæ & iuris imitatur. ſancta perſona patris l. pen. ff. de obſeq. par. præſt.* ſacra nomina patrum, vt *ait eleganter lex.* 1. *C. Theod. de bon. matern.* His ſacris ſoluitur, qui emancipatur a patre. Et

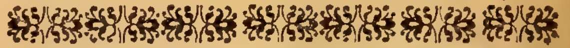
B emancipatio quidem, per quam alienatur res mancipi, vel teſtamentum fit per æs & libram, priſco more vna eſt. Itemque ea, qua præter filium cæteri liberi dantur in adoptionem, vna mancipatio eſt, quam nec ſequitur manumiſſio vlla, vt heri oſtendi. Qua vero ſoluuntur patria poteſtate, vna eſt mancipatio, & vna manumiſſio, vt ait Vlpianus ſupra dicto loco. *Cæteri*, inquit, *præter filium liberi vna mancipatione manumiſſioneque ſui iuris fiunt.* Quod etiam probat *l. 8. §. vlt. ff. de int. rupt.* At qua filius in adoptionem datur, trina eſt mancipatio, & bina manumiſſio ſecundum ius legitimum *l. vlt. tit. ſuper.* Qua vero filius ſoluitur patria poteſtate, trina eſt mancipatio, & trina manumiſſio, vt idem Vlpianus ſcribit eodem loco, & eius verba hæc ſunt: *Filius ter mancipatus, ter manumiſſus ſui iuris fit.* & ſequitur: *Idem lex* 12. *tabul. iubet* his verbis: *ſi pater filium ter venumduit,*

C *a patre liber eſto.* Lego *venumduit*, vt in l. quadam Numæ Pompilii: *ſi quis liberum hominem morti duit.* lego itē ex Originali: *Idem lex* 12. *iubet.* Notaui enim [*idem*] eſſe demonſtratiuum pro, *en*, vel, *ecce* vt apud eundem Vlpianum 7. *de officio proconſ. verba conſultationis, inquit, & reſcripti ita ſe habent. Em inter Clodium, &c.* Et 13. Epiſt. Ciceronis: *Em hic ille eſt*, id eſt, maxime. & Teren. Adelph. *Em tibi reſciuit omnem rem*, vt ſcilicet in antiquis & caſtigatiſſimis libris ſcriptum legi notauit Doctiſſimus Victorius. At præter illam trinam mancipationem, & manumiſſionem filio patria poteſtate liberando, etiam interueniſſe circumductiones quaſdam, & ῥαπίσματα ſignificat *l. vlt. h. tit. & Nouel.* 81. Circumductione, quoniam in manumittendo, vt ſolebat fieri in ſeruorum manumiſſionibus corpus filii agebatur &

D circumagebatur in orbem, vt facta iſta vertigine (*ſic vocat Perſius*) liber abiret. ῥαπίσματα autem quoniam emittebatur manu, id eſt, palma manus inflicto colapho, vel, *vt ait Claudianus*, pulſata fronte: *Triſtis conditio pulſata fronte receſſit, in cinem rubuere gena.* Vnde apparet nil eſſe aliud ῥαπίσματα, quam alapas, quarum Symbolo fiebat manumiſſio. Nec fere in Euangelio ῥαπίσματα vertentem, *bacillos.* Laudo veterem interpretem, *alapas*: non etiam fero, quod dicunt apud D. Marcum ῥαπίσμασιν veterem interpretem interpretari *alapis*, cum potius dicere debuerit, apud Marcum, Græcum interpretem *alapis* interpretari ῥαπίσμασιν, quoniam D. Marcus Euangelium ſcripſit Latine, vnde apparet quas dixit *alapas*,

E Græcum interpretem vertere ῥαπίσματα. Et ſcripſiſſe Latine teſtantur Damaſus in vita Marci, & grauis auctor Gregorius Nazianzenus, Ματθαῖος μὲν ἔγραψεν, &c. Mattheum Hebraicæ, Marcum Latine, Lucam Græce. Sed ad rem. per has ſolemnitates, quas expoſui (quæ & legis actiones dicuntur, & actus legitimi, & ſolemnes *l. 3. h. tit. l. actus de Regul. iur. Nou.* 81.) filius exibat poteſtate patris, non nudo conſenſu igitur, vt ait *l. 3.* ſed actu ſolemni. Et quæ ita ſolemniter fiebat emancipatio ex 12. tabulis, eſt legitima emancipatio: hoc eſt, ſolemne genus emancipationis liberorum. Alia eſt emancipatio, quæ fit ex conſtitutione Anaſtaſii detractis illis ſolemnitatibus ſi quis nolit legitima emancipatione & ſolemni emancipare filium, quæ inquam fit detractis illis

solemnitatibus ex rescripto principis ad preces patris A emisso, *à la requeste*, & postea insinuato magistratui competenti, *l. pen. h. tit.* vt adrogatio fit ex rescripto principis ad preces adrogatoris, scilicet postea insinuato magistratui competenti *l. 2. sup. tit. prox.* Hoc genus emancipationis Anastasianę retinet nomen nudũ emancipationis, reipsa sublata, id est, venditione imaginaria, quam id nomen proprie denotat, & nomine emancipationis relato ad finem, exitum, emolumentum rei, ad euentum, seu effectum. ¶ Alia est emancipatio, quæ fit ex constitutione Iustiniani, si quis ea malit vti, etiam sine rescripto principis, apud magistratum competentem actis interuenientibus, cui lege, aut longa consuetudine datum sit, vt apud eum fieri possit emancipatio liberorum: nec enim omnis magistratus hoc ius habet *l. vlt. h. tit.* neque improbatur lex municipalis, aut longa B consuetudo, quæ dat magistratui vnius ciuitatis, vel municipii, vt alterius municipii ciues apud eum liberos suos emancipare possint, quæ est sententia legis 1. *h. tit.* ¶ Non est omittendum, quod ait lex vlt. patrem qui filium emancipauit secundum constitutionem Iustiniani, habere integra iura hereditatum, & tutelarum, id est, filio præmortuo legitimum heredem esse, quem emancipauit, filio impuberi emancipato legitimum tutorem esse, etiamsi in emancipatione, quæ abrumpere videtur omne ius legitimum patri & filio, in omnes agnationes hoc sibi non reseruauerit pater. & ea quidem emancipatio Iustiniana differt a legitima, per quam pater amittebat iura legitima hereditatum & tutelarum, nisi ea sibi reseruasset contracta fiducia cum imaginario emptore de filio sibi remancipando, vt a se manumittatur, non ab illo: quo casu pater iure manumissionis, quia non tantum emancipauit, id est, vendidit, sed etiam remancipatum, & reuenditum sibi manumisit, prout conuenerat contracta fiducia inter patrem naturalem & fiduciarium, id est, emptorem imaginarium iure manumissionis, tanquam patronus eo casu habebat iura legitimarum hereditatum, & tutelarum, §. *vlt. Institut. de legit. agnat. success. l. si a milite* §. *vlt. ff. de milit. testam. l. 1.* §. *vlt. ff. si a par. manum. fuer.* Additur in hac lege vltima posse patrem in emancipando donare filio peculium, vel alia quæcunque voluerit, quod plerunque adsolebat fieri, vt ait lex, *vt liberis in fine sup. de collat.* Spartianus in Adriano: *filium dato patrimonio emancipauerat.* Non solebant emancipare, quin donarent aliquid emancipato, quo vitam tueretur suam. Et in *l. 2. h. tit.* dum ait, *non esse necessariam scripturam in emancipationibus liberorum, nec in donationibus*, proculdubio intelligitur de donationibus, quæ fiunt filio in ipso articulo emancipationis. ¶ Additur etiam siue repetitur in *l. vlt.* quod ante fuerat constitutum, vt pater pro præmio emancipationis habeat in omnibus aduentitiis, quæ filius quæsiuit ante emancipationem, vsumfructum pro dimidia parte, vt *l. 6.* §. *cum autem, sup. de bon. quæ liber. acquir.* vel si qui bona aduentitia filio obuenerint post emancipationem vt in eis habeat pater vsumfructum pro virili parte, *vt l. 3. sup. de bon. mat.* idque pro præmio emancipationis, id est, ad remunerandum beneficium emancipationis, quod habet filius a patre, id est, beneficium quærendorum bonorum *l. 1. in princ. ff. si a par. qu. manumiss. fuer.* quippe cum filiusfamil. E fuit, quicquid adquirebat, eius emolumentum quærebat patri: beneficio emancipationis quærit sibi, non patri, quod beneficium est plerunque patri onerosum, vt ait lex *filio ff. vt legat. nom. caueat.* Non est omittenda vna differentia inter ea tria genera emancipationis, quæ exposui, quod etiam absentes ex constitutione Anastasii possint emancipari impetrato rescripto *l. pen. h. tit.* non ex 12. tab. non ex constitutione Iustiniani, nisi præsentes. ¶ Illud vero commune est omnium emancipationum, vt neque inuitus emancipet *l. 4. h. tit.* neque emancipetur, quod & Paulus scripsit 2. *Sentent. Filius*, inquit, *familias inuitus emancipari non cogitur*: imo ex constitutione Anastasii filius nominatim consentire debet emancipationi, nisi infans sit, cuius nullus est consensus *d. l. pen.* Illud item est commune omnium, vt fiat emancipatio, etiam causa non reddita, non exposita, cur pater velit emancipare, filius emancipari *l. 3. h. tit.* præterquam vno casu, quem miror non notasse Accursium, si is, qui adrogauit impuberem, eum velit emancipare: nec enim potest causa non cognita §. *cum autem, Inst. de adopt.*



AD TITVLVM XLIX.

De ingratis liberis.

QVantum sit beneficium emancipationis, hic titulus ostendit, quo patri datur *actio ingrati* aduersus filium, quem emancipauit, per quam rescissa emancipatione, *vt ait constitutio huius tituli*, filius redit in potestatem patris si sit ingratus, quod non est si non reddat, vel si neget aut dissimulet, se beneficium accepisse, vt dicerent Philosophi, sed si contumeliis affecerit patrem, si (quod nefas dictu est) verberauerit, si manus ei impias intulerit, quam ob causam & similis actio data est domino aduersus seruum quem manumisit, *sup. de libert. & eorum liber.* Per quam manumissio rescinditur, per hanc emancipatio rescinditur. Alias emancipatio rescinditur post mortem patris a prætore data bonorum possessione cõtra tabulas, si filius emancipatus præteritus fuerit testamento patris in rem filii, quo magis admittatur ad bona C patris, rescissa emancipatione, rescissa capitis deminutione, *l. sed cum patrono, ff. de bonor. possession. l. 3.* §. *si emancipatus, ff. de bonor. possession. cont. tabul. l. si aliquis, C. Theod. de bonis proscript.* Alias rescinditur emancipatio viuo patre, & hæc non potest esse in rem filii, id est, non potest non esse fraudi filio, quia redit in patris potestatem, & amittit beneficium sibi quærendorum bonorum. Et ait constitutio huius tit. leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritæ multare voluerunt. *Leges* cum dicimus, per eminentiam legis 12. tabularum dicimus. Itaque arbitror hoc loco significari legem Regiam, cuius hæc sunt verba apud Festum: *si parentes puer verberit, ast oloe*, id est, *illi plorasint, puer Diuis parentum sacer esto: si nurus sacra Diuis parentum esto.* D Nam puerum, id est, filium vt veteres loquebantur, & nurum sacrum aut sacram fieri Diuis parentum, quid aliud est, quam in sacra quibus soluti erant, & in potestatem parentum reuerti, vt ab eis impune occidi possint tanquam sacri & detestabiles, videlicet si parentibus manus impias intulerint, si parentes verberauerint, illi vero plorassint, id est, proclamarint & implorarint ciuile auxilium, *vt Festus interpretatur.* Idemque iuris statuit ea lex in filio & vxore filii, id est, nuru, quæ in manu filii est, quæ semper sequitur familiam filii, & in eius potestate est, in cuius & maritus. Fuisse autem eam legem Regiam translatam in 12. tabulas, vt alias leges de patria potestate, non est dubium. Regula est emancipatos liberos in patriam potestatem inuitos non reuerti *l. vlt. D. de his qui sunt sui vel al. iur.* Sed excipitur causa ingratitudinis: sicut regulariter filii inuiti non emancipantur, quia inuito beneficium non datur: vnde voluntariæ iurisdictioni nomen, quæ exercetur a iudice, apud quem emancipatio fit, quia exercetur inter volentes *l. 2. D. de offic. procons.* sed excipitur iusta causa emancipandi filii, §. *cum autem, Institut. de adopt.* Ex qua si inuitus sit emancipatus, posset dici, ob causam ingratitudinis non posse eum redigi in potestatem patris, quia nemo inuitus intelligitur beneficium accipere, & vbi non est beneficium, nec ingratitudo esse potest. *& regula iuris, inuito beneficium non datur*, ita accipi posset non improbabiliter,

liter, vt nolenti accipere beneficium neque detur si non accipiat, neque si accipiat, quia (vt Seneca ait primo de benef. *Non accipere sed parere videtur, qui inuitus accipit: & nemo accipiendo obligatur, quod illi repudiare non licuit.*) Sed hoc ne admittamus, id est, ne dicamus ob causam ingratitudinis non posse redigi filium in potestatē, qui inuitus ex iusta causa emancipatus fuit, pietas paterna vetat, maxime cum specialiter ingratum eum tantum dicamus, qui pulsat parentem aut graui afficit cōuitio, & quia etiam, vt Leo eleganter ait in *Nou.* 201. duplex potius beneficium accipere videtur, qui cogitur accipere.



AD TITVLVM L.

De postliminio & red. ab host.

PErtinet etiam hic titulus ad causam patriæ potestatis: nam in eo intelligimus patrem captum ab hostibus desinere habere filios in potestate, postliminio vero reuersum tam filios, quā omnia sua in potestatem recipere, quia fingitur retro in ciuitate fuisse, id est, nunquam ab hostibus captus fuisse, qui ab hostibus aduenit *l. retro, ff. de capt. & postlim. reuers.* Et hæc est, quæ dicitur fictio postliminii. ¶ Alia est fictio legis Corneliæ de qua etiam agitur hoc titulo, qua is qui captus est ab hostib. & mortuus apud eos, eo momento fingitur mortuus in ciuitate quo captus est *l. in omnib. ff. eod.* captiuitati iuncto tempore mortis, vt in *l. iusto, in fine. ff. de vsurpat. & vsucap. l. Gallus §. videndum, ff. de lib. & post.* & proinde in ipso articulo captiuitatis, filius eius qui post captiuitatem mortuus est apud hostes, intelligitur morte patris sui iuris effectus, non quo tempore pater mortuus est, sed quo captus est, seu quo capiebatur nondum peracta captiuitate. Hæc fictio est ex iure ciuili ex lege Cornelia, fictio autem postliminii ex iure gentium *l. postliminium ff. eod. tit.* Intelligimus etiam ex hoc tit. filium captum ab hostibus desinere esse in potestate patris, sed reuersum iure postliminii reuerti in potestatem patris, ac si nunquam captus fuisset ab hostibus, *l.* 10. *&* 12. *hoc tit.* filium autem mortuum apud hostes ex lege Cornelia pro eo haberi, ac si esset mortuus cum captus est. Itaque captiuitas patris aut filii, vt eleganter ait Papinianus in *l. pen. ff. de suis & legit. hered.* non in plenum soluit patriam potestatem quamdiu viuit pater: *propter*, inquit, *suspensi iuris constitutionem*, id est, propter ius postliminii, quod est constitutio iuris gentium, sicut seruitus definitur constitutio iuris gentiū, & quodammodo Papinianus ita definit *postliminium cōstitutionem suspensi iuris*, quia spes postliminii suspendit patriam potestatem, & iura omnia captiui non abrumpit, *vt ait lex illa institutio* §. 1. *D. de heredib. instit.* Et huius spei ratione & respectu, vt opinor, *in edicto ex quibus causis maior.* seruitus separatur ab hostium potestate, quasi hostium potestas non sit plene seruitus propter spem postliminii. Postliminio est contrarium *eliminium*. Et plenius ita definitur in *d. l. postliminium, ius amissæ rei recipiendæ ab extraneo, & in statum pristinum restituendæ inter nos ac liberos populos Regesque moribus, legibus constitutum.* Ait *moribus*, id est, iure gentium, & naturali æquitate, vt *l. 8. D. de rit. nupt.* matrem aut sororem prohibetur moribus vxorem ducere. Ait *legibus*, id est, *iure ciuili*: Nam quod ius naturale est, & ciuile est, non contra. Item ait, *ab extraneo*, quia non tantum cum hostibus, sed etiam cum extraneis non hostibus postliminium est, *l. 5. §. in pace eod.* non tamen cum fœderatis, & liberis, licet extranei sint, vt ait lex 7. eod. quod tamen Ælius Gallus non probat apud Festum: Nam & cum fœderatis & liberis postliminium esse dicit, sed explosa est illius sententia. Et eo loco Festi, quo ex Ælio Gallo, ex nostris igitur, tractat de postliminio, duo loci sunt emendandi. vnus, quo, postquam dixit, *seruos nostros ca-*

A *ptos ab hostib. iure postliminij redire in potestatem nostram*, vt *l 10. h. t. subiicit Ælius Gallus*, quod etiam est in *l. 2. D. eod. Equi & muli & nauis*, inquit, *eadem ratio est quæ serui*, quia scil. eas res postliminio recipimus si ad nos reuertantur. Et ita legendū illo loco circumscriptis iis verbis intermediis, *postliminium receptum is*, quæ nil ad rem faciunt. Alter locus in Festo ita est restituendus: *quæ nationes in ditione nostra sunt, cum iis postliminium non est.* At rursus in supradicta definitione ait, *inter nos ac liberos populos regesque.* Sic idem Ælius Gallus, *Reciperatio*, inquit, *est, cum inter populos & reges nationesque & ciuitates peregrinas conuenit, quomodo per reciperatores reddantur res, recipiāturq; resque priuatas inter se persequantur.* ¶ Et restat hoc tantū, vt notemus ad *l. 1. h. t.* Primum sic esse restituendā inscriptionem, *Ouinio Tertullo præsidi prouinciæ*
B *Mysiæ inferioris, ex l. 9. ff. eod.* Lex est celebris, cū eius fiat frequenter mentio, *in ff. vt in d. l. 9. & l. 26. eod. & l. si apud hostes, ff. ad Tertul.* vbi sicut *in l. 9.* dicitur etiā fuisse scripta *ad Ouinium Tertullum*, & in *l. 1. §. quæri ff. de suis & legit. hered.* & sententia legis hæc est: apud hostes conceptum & editum ex viro & vxore captiuis, ingenuū esse, licet conceptus, & natus sit ex seruis, ex seruis ingenuū nasci, *vt d. §. quæri*, quod est paradoxon in iure, & verissimū, quoniā non serui sunt proprie, sed captiui. Et editum, *vt ante docui* separat seruos a captiuis, quia captiui non sunt ad plenum serui. Itē apud hostes conceptum & editum habere postliminium, licet ipse captus non fuerit, & reuersis cum eo parentib. in patriā iure postliminii recidere in potestatem patris, & patris originē sequi, & conditionem, ius sui & legitimi heredis habere. Deniq;
C in eo obtinere fictionem postliminii: fictionem tamē legis Corneliæ in eo locū non habere, puta patre mortuo apud hostes, patre interfecto ab hostib. & matre sola cū eo reuersa. quia etsi (quod ad legitimā matris hereditatē attinet) ex SC. Orphit. postliminium habeat *d. l. 1. §. sed etsi apud hostes*, & *l. 1. §. item si adhuc prægnans, ff. ad Senatusc. Tertull.* & conditionem matris sequatur, tamen nil iuris habet in bonis patris defuncti apud hostes ex lege Cornelia, quia ea lex fingit patrem mortuum horā captiuitatis, quia is puer non erat in rerum natura, cum conceptus ponatur apud hostes: Videtur ergo esse spurius, id est, sine patre, vt ait *l. 26. eod.* & vulgo quæsitus, quod idem est. ¶ At sciendum est posterioribus Imperatorib. *h. l. 1.* visam imperfectam, quod in suscepto apud hostes admittant fictionem postliminii, non fictio-
D nem legis Cornel. quam postea Leo Philosoph. *Nou. 36.* in eo etiam admisit, vt mortuo patri apud hostes reuersus in patriam succederet, quasi ex lege Cornelia. Igitur ex ea Nouella in eo non tantum habet locum fictio postliminii, sed etiam fictio legis Corneliæ.

Ad L. II.

L. 2. Ab hostibus redeunti, quoad exsoluatur pretium, magis in causam pignoris constituti, quam in seruilem conditionem esse detrusi videntur: & ideo si nummi eo nomine expensi donatio intercedat, pristinæ conditioni eos reddi manifestum est. Proinde si ab hostibus redemptam, post dissolutum, veluti naturalis pignoris vinculum, habere in matri-
E *monio cœpisti: nihil est, quod de statu eius, seu liberorum communium debeas pertimescere.*

IN lege 2. notandum in primis esse censeo, captiuorum tria iura, tresue casus esse. Alii sunt, qui ab hostibus in patriam reuertuntur, non commercio redempti, sed vel vltro dimissi ab hostibus, vel elapsi fuga, vel virtute militum recuperati. Alii sunt qui ab hostibus interficiuntur, vel qui apud eos sua morte funguntur. Alii, qui cōmercio redimuntur ab hostibus, pecunia sua vel aliena. ¶ Primo casu captiui, qui redeunt in patriam, iure postliminii illico suæ libertati, & ingenuitati restituuntur, & omnia iura sua pristina recipiunt, quæ modo in eadem causa manserint, id est, quæ amissa aut deminuta non

ſunt. Serui autem capti ab hoſtibus reuerſi dominis reſtituuntur *l. 5. 10. & 12. h. pen. & vlt. h. tit.* Et in hanc rem l. vlt. verba referuntur *Concilii Hiſpalenſis 1. Can. 1.* Si qua vero iura interim amiſſa ſunt, dum ſunt apud hoſtes, vſucapione forte, vel præſcriptione longi temporis, vel non vtendo, ipſo quidem iure, id eſt, poſtliminii, ea non recipiunt, quorum poſſeſſionem & dominiū alter adeptus eſt, vt *l. denique, ff. ex quib. cauſ. maior.* ſed vt ea recipiat, a prætore ei datur vtilis in rem actio reſciſſoria, per quam reſciſſa vſucapione, & præſcriptione temporis, in integrum reſtituuntur ex edicto, *ex quibus cauſ. maiores.* Denique ea, quæ interim amiſerunt, non recipiuntur iure poſtliminii, ſed iure vindicationis vtilis, & reſciſſoriæ ſiue reſtitutoriæ, vt *l. 18. h. t.* ¶. Et hoc quoque notandum eſt, aut memoria repetendum, quod docuit nudiuſtertiana recitatio, ex *l. 1.* aliquando etiam non captiuis. i. non captis ab hoſtib. ſi reuertantur, eſſe ius poſtliminii, vt puta iis, qui ex captiuis concepti & editi ſunt. Nec omittendum, quod notat *l. pen.* captiuis dari poſtlim. non transfugis, quoniam ii non ſunt captiui, nec ex captiuis ſuſcepti, *vt l. poſtlim. §. transfuga, ff. eod. tit. l. 14. ff. ex quib. cauſ. maior.* Hoc quoque notandum, quod ad hunc primū caſum attinet, medio tempore, antequam captiui reuertantur, bonis eorum, ne diſſipentur, ne pereant, curatorem conſtitui, vt *l. 7. §. vlt. ff. de tutel. & rat. diſtr.* Curatorem *inquam,* bonis captiui cōſtitui, quæ in patria reliquit, qui promittat datis idoneis fideiuſſorib. rem captiui ſaluā fore, quod promittit ſtipulanti ſeruo publico, vt ait lex 3. *h. tit.* ſcil. ſi nullum ſeruum reliquerit in ciuitate, qui ei ſtipuletur: Nam liber homo ei ſtipularetur inutiliter, quia alteri liber homo non ſtipulatur, ſed ſibi tantum. At ſeruus publicus ei recte ſtipulatur, qui non habet, qui ei ſtipuletur, & qui ipſe ſibi ſtipulari nequit, propter cauſam captiuitatis. Seruus publicus eſt quaſi ſeruus communis omniū, & ideo cuilibet ex ciuibus recte ſtipulatur, vt *l. non aliter ff. de adopt. l. 2. ff. rem pup. ſal. fore* & in hac *l. 3.* Interim vero de bonis eius, qui eſt apud hoſtes, nil tranſigi poteſt inter aliquos, nil iudicari: hereditatem eius tanquam mortui adire, aut bonorum poſſeſſionem petere nemo poteſt, propter ſpem poſtliminii, quam ponimus præcipue in virtute militum noſtrorum, & viribus imperii, atque adeo pro certa habemus, vt quamdiu is vitam viuit apud hoſtes, nemo poſſit eorum bona, tanquam ſua, vllo iure occupare. Et in hanc rem eſt elegans lex 4. h. t. cuius ſpeciem ponam, quia non patet omnibus.

Ad L. IV.

L. 4. Nec nos præteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat ab hoſtibus interfectam, an captam eſſe, a filio adiri non potuiſſe, quoniam eorum bona, qui in hoſtium poteſtatem rediguntur, eo demum tempore ſucceſſionis iure acquiri poſſunt, cum captos apud hoſtes mortuos eſſe cognoſcitur. Nec ſuper facultatibus eius, cuius incerta vita ac fortuna fuit, tranſigi vel iudicari potuit. Vnde poſteaquam apud hoſtes materteram veſtram fati munus impleſſe innotuit, tunc vobis licentia permittitur agnoſcendæ per bonorum poſſeſſionem ſucceſſionis: non officientibus enim his, quæ perperam geſta ſunt, ſi priorem gradum obtinetis, ſucceſſionis compendium ad vos pertinet.

Filius matris captiuæ nondum mortuæ, aut de eius morte nondum accepto certo nuntio, hereditatem quaſi legitimam adiit, deinde is filius vita deceſſit. poſt mater mortua eſt apud hoſtes relictis filiis ſororis, qui ab inteſtato erant proximiores cognati ſuæ materteræ apud hoſtes defunctæ: & vero ei ſuccedent iure prætorio, vt cognati proximiores, quia nil eis obeſt aditio hereditatis a filio præmature facta, quo minus petant bonorum poſſeſſionem vnde cognati, matertera defuncta apud hoſtes. Et hæc de primo caſu. ¶ Secundo autem caſu, qui mortui ſunt apud hoſtes, perinde habentur ex l. Corn. ac ſi mortui eſſent in ciuitate, ipſo die vel momento, quo capti ſunt, quæ lex lata eſt contra fiſcum, ne ſcilicet fiſcus bona occuparet, ſed ii, qui ei heredes exiſterent, ſi non veniſſet in poteſtatem hoſtium, qui non poſſunt ei heredes eſſe ex 12. tab. quia ſerui non habent heredem ex 12. tab. ſed tantum patresfamil. Verum ex leg. Corn. heredes eſſe finguntur, quia retro fingitur mortuus, puta momento captiuitatis, qui poſt mortuus eſt in captiuitate. Itaque filii, quos eo die, quo captus eſt, habet, ex l. Corn. vocantur ad eius hereditatem legitimam, & teſtamentariam, quos habuit eo die, quo captus eſt, vt dixi, non etiam ii, quos poſt captiuitatem ſuſcepit apud hoſtes *l. 1. h. t.* quod tamen (vt ibi dixi) Leo abrogauit. ¶ Duæ tantum ſunt in hoc tit. leges ſeu conſtitutiones de l. Corn. Vna eſt, *d. l. 1.* de qua ſatis dixi nudiuſtertius. Altera eſt, *l. 9.* in qua Accurſ. primum tentat, & Æmilius Ferretus affirmat perperam, per errorem ſcripſiſſe Impp. & vſurpaſſe l. Corn. pro iure poſtliminii, quod eſſet perquam abſurdum, quodq; eſſe falſum etiā ad eam l. poſita conueniens ſpecies indicat. Finge: Pater & filius capti ſunt ab hoſtib. pater mortuus eſt apud hoſtes medio tempore, id eſt, antequam reuerteretur filius in patriam: poſt reuerſus eſt filius; lex Corn. eum vocat ad patris hereditatem, vt ſuum heredem, ſi eo die quo capti ſunt, in poteſtate patris fuerit, quia ea ipſa die pater fingitur mortuus, & ideo res paternæ, quæ in eadē cauſa māſerint, iure poſtlim. ei reſtituuntur directa vindicatione, niſi (*vt ait*) poſt reditum filii ab alio vſucaptæ ſint, vel longo tēpore adquiſitæ. Et hoc vult l. 9. Et eadē eſt ſpecies in *l. vlt. ſup. quib. ex cauſ. maior.* quæ tamē addit, res patris vſucaptas ante reditū filii, vel longo tempore ab alio adquiſitas filio in patriā reuerſo reſtitui, nō directa vindicatione, qui [illegible] nt in eadē cauſa: ſed vtili vindicatione re[illegible]o, vt *l. 18. h. t.* In hac ſpecie lex Corn. filio defer[illegible]atris hered. poſtliminiū a. vindicandæ hereditatis facit poteſtatem. & hæc de 2. caſu. ¶ Tertio caſu, commercio redempti ab hoſtib. videntur quidem eſſe ſerui emptoris, tanquam ære empti a dominis, ſed reuera ſunt liberi, nec a ciue emi potuerūt in ſeruitutem. At reuerſi non illico poſtliminium habēt, vt primi, de quibus eſt primus caſus, quoniam non ante pro liberis habentur, quam pretiū redēptionis ſoluerint redēptori, quo redemptor ſoluit de ſuo, ſed ſeruiunt interim redemptori, vt obærati, vt addicti, & vt ait lex 2. *h. tit.* quaſi pignoris naturalis iure tenetur. Cur pign. *naturalis?* quia reuera liberi ſunt, qui ſunt redempti ab hoſtib. Et emptio ſerui non facit ſeruum eum hominē emptoris, & iure ciuili liberi homines pignori eſſe non poſſunt. Eſt igitur non ciuile, ſed naturale pignus, imo nec naturale, ſed quaſi naturale pignus, & tenētur quaſi vinculo pign. ii tantum, qui redempti ſunt ab hoſtib. non etiam filii ſuſcepti ex eis poſt redemptionē, quia pro eis redemptor nil præſtitit hoſtib. *l. 8. h. t.* Vel ſic dicamus: qui redempti ſunt, ſeruiunt redemptori, donec filii pretium ſoluerint, non etiam filii eorum ſuſcepti poſt redēptionem. Aliud eſt ſeruire, aliud ſeruū eſſe *l. vxori §. vlt. ff. de vſufr. leg. l. cum heres §. Stichus ff. de ſtatulib.* Seruit mercenarius, nec tamen ſeruus eſt. ſeruit fructuario manumiſſus a proprietario, nec tamen ſeruus eſt, *vt l. 1. ſup. comm. de manum.* Et redemptum ab hoſtib. non eſſe ſeruum redemptoris, argumentū eſt, quod paulo ante dixi, quod filii eius poſt redemptionem ſuſcepti non tenentur redēptori eo vinculo quaſi pign. quo ipſe tenetur & quod in ſua poteſtate habet, quando definit ſeruire ſoluto ſui pretio, quod etiam ſoluit inuito per iudicem *l. 6. h. t.* & quod ſoluto pretio, vel remiſſio, etiamſi ſit manum. a redemptore inter libertinos non eſt, ſed plenæ ingenuitati reſtituitur *l. 11. & 13. h. tit. l. ſi quis ingenuam, ff. eod.* Et ideo, ſi redemptor quam redemit ab hoſtibus ſuo ære, ducat vxorem, iuſta ei vxor eſt, qui etiam hoc ipſo, quod eam duxit vxorem, videtur remiſiſſe pecuniam redemptionis: nam & quolibet iudicio donationis remittitur *l. 17. h. tit.* vbi legendum *indicio*, non *iudicio.*

iudicio. Et consequenter iusti sunt liberi ex eo matrimonio procreati, & non tantum, si ipse redemptor eam duxerit vxorem, sed etiamsi alius post remissionem pignoris, iusta vxor est, & iusti liberi. Et ita Græci accipiunt recte *l. 2. h. tit.* vt redemptam, cui pretium redemptionis remissum est, duxerit extraneus, non ipse redemptor, & vt sit iustum matrimonium, quia plenæ ingenuitati restituta est, nec libertinæ loco est. Et hoc ius deriuari ex Atheniensium fontibus, & redemptis ab hostibus vt redemptori sint veluti pignori, & seruiant, docet Demosthenes in Oratione πρὸς Νικόστρατον: *Leges,* inquit, *iubent redemptum ab hostibus, ei esse subiectum, qui redemit, donec* λύτρον, *id est, pretium redemptionis exsoluerit,* quod in Idiotismo significamus voce deducta a nomine redemptionis, *redemption, rançon.* Et ex eo nomine, quod vocetur redemptio, plane argumentabimur & colligemus, ius gentium, quo capti fiunt serui hostiũ, nec hodie penitus esse sublatum, quia nec tolli potest omnino. Et hoc est, quod dicitur, *ius naturale esse immutabile:* Nam si captus ab hostibus hodie redimitur, ergo est deductus quasi in seruilem causam, quia liber non emitur, sed seruus tantũ, aut quasi seruus. Ille locus Demosth. est vt dixi, in oratione πρὸς Νικόστρατον, non (vt quidã notant) πρὸς Λάκριτον. qui & in hanc rẽ multa alia falsa notat. De hoc iure pign. quo redemptor redemptũ tenet, agi in *l. Nã & Seruius ff. de negot. gest. agere* Varronẽ, in verbo *clarigare*, agere de eodem Dionys. Halicarn. lib. 3. in quo de ea re neque vola, neque vestigium. ¶ Et postremo notandum, quod est præclare constitutum in *l. vlt. h. tit.* vt rede   i ab hostibus, cui datur victus aut vestitus ex hum   & misericordia cõmuni, non possit repeti: pre   redemptionis, quod datum est vt possit repeti   amen repetitionem impedire videbatur eadem h   anitatis ratio, quod pietate adducti captiuos redimamus potissimum, non animo pretii repetendi, quæ ratio etiam præualet in matre, quę redemit filium de suo *l. 17. h. t.* quia pietas matris prædominatur, atque præcellit. Et certum est in iure, quodcunque pietatis gratia fit pro alio, siue humanitatis, eius non esse repetitionem. sed hæc ratio pietatis non præualet similiter in extraneis, qui captiuos sua pecunia redemerunt, sed in eis communis & publicæ vtilitatis ratio præpollet, *vt ait l. 6. & vlt. h. t.* Quid hoc est? quia hæc ratio exigit, vt redẽptores pretia, quæ prorogauerunt pro captiuis, repetere possint, ne non data repetitione tardiores faciamus homines ad humanitatis officia, redimendosque captiuos. verum ait *d.* lex *vlt.* eum qui pretium sui nequit soluere, vinculo suo resolui, si quinquennio redemptori dederit operas, & seruierit, quæ constitutio est piissima, & merito in ea eius executio Christianis demandatur, vt obseruent, ne quis redemptum ab hostibus retineat, sed vt mox liceat ei remeare ad suos, & sua suosque postliminio recipere. Eaque pars legis vltimæ de Christianis reperitur in *l. Christianis sup. de Episcop. aud.* Restat tantum vnum verbum ex *l. 15.* redemptum ab hostibus etiam antequam pretium sui restituerit redemptori, delatam sibi hereditatem posse vindicare, cum hoc scilicet, vt ex ea statim pretium sui restituat, simul atque ipse plenæ libertati restituetur. Idque ait esse receptum fauore libertatis, & ingenuitatis, quoniam, qui veluti seruus tenetur, non potest adire hereditatem, sed potest, ne amplius teneatur vt seruus, vt statim atque adierit ea bona, se absoluat a redemptore.

AD TITVLVM LI.

De infantibus expositis liberis & seruis, & de his, qui &c.

HIc titulus pertinet etiam ad causam patriæ potestatis, quam amittit, qui filium a partu recentem proiicit inhumaniter, & quodammodo ad mortem exponit, quod Græcis est χυτρίζειν, quoniam apud eos exponi solebãt in vase fictili. Et eadem ratione dominus serui, quem exponit, dominium amittit. Et generaliter nemo præiudicio suum esse recte vindicat, quem pereuntem contempsit, *vt ait l. 2. h. t.* alter collegit, extulit, & seruauit incolumem, quo pertinet etiam *Iustiniani Nou.* 153. Verum ad leg. *2. h. tit.* adduntur in codice Th. *tit. de expos.* hæc verba (*si modo testis Episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad seruitutem posit esse cunctatio.* i. vt Anianus interpretatur, *si contestationi de collectione eius Episcopus & clerici subscripserint.* Quamobrem illam legem, quæ est Honorii & Theod. significari opinor Vasensis Concilii Can. 9. his verbis, *vt secundum statutum fidelissimorumque Augustorum & Principum quisquis expositum colligit, ecclesia contestetur.* Et plenissimus sensus hic est: eum, qui expositum colligit, id conuocatis testibus debere in contestationem redigere, eamque offerre episcopo, & ecclesiæ subscribendum, vt ab omni calumnia in posterum liberetur, nec a quoquam possit insimulari plagii, vel furti: nam ex contestatione ab ecclesia subscripta apparebit eum collegisse expositum, non quæsisse malo more, aut mala fide. At (vt dicere cœpi) nulla est differentia constituenda, quæ etiam nulla aperte constituitur in *l. 1. C. T. de expos.* inter dominum & patrem, qui sciens volensque seruum a partu recentem, vel filium exposuerit extraneæ misericordiæ. Tertul. in Apologetico ait, *filios exponitis suscipiendos ab aliqua prætereunte extranea misericordia.* Nullam, inquam, differentiam esse constituendã inter dominum, qui exponit seruum recens editum, & patrem, qui exponit filium similiter recens editum: Nam & cum *in prima parte h. t.* seruis iungantur liberi his verbis, *De infantibus expositis liberis & seruis:* vbi *liberis, id est,* filiis, *vt constat ex d. l. 1. C. Th. eod.* consequens est, etiam dominis esse iungendos patres, vt & illi dominium & ius patriæ potestatis amittant, si puerum recens natum exposuerint, quamquam in iure, quod habent, multum distent: Nam patria potestas est inæstimabilis *l. filiifam. §. secundum, ff. de legat. 1.* nimirum, quia res sancta est. dominium in seruum est æstimabile. ¶ Verum quod dicimus patrem, qui filium exponit amittere patriam potestatem, huic sententiæ obstat *l. patrem sup. de nupt.* quæ indicat patrem, qui filiã exponit, non amittere patriam potestatem, cum penes eum velit esse arbitrium collocandæ filiæ. si quis alius exposuerit inuito, vel ignorante patre, fateor patrem non amittere patriam potestatem, sicut dominus non amittit dominium partus ancillæ, si ancilla inuito, vel ignorante eo partũ proiecerit, & exposuerit, qui Theocrito est μητρόλειπτος, sed domino vindicanti puerũ, quẽ ancilla sua exposuit se ignorante, & inconsulto, obstat exceptio doli mali, nisi educatori restituat sumptus alimentorum & disciplinæ, *l. 1. h. t.* etiamne sumptus disciplinæ & eruditionis? sic est scriptum in *l. 1.* & verum est, si dominus aliunde sumptus eruditionis educatori refundere possit, *vt in l. apud §. si minor, ff. de dol. except. l. idque, §. 1. de act. emp.* non vt in contrariis legib. *id est,* prima specie contrariis, quæ adducuntur ab Acc. in *d. l.* si dominus aliunde eos sumptus reddere nequeat, quia tunc non tenetur, nisi ad reddendos sumptus alimentorum, non etiam eruditionis & disciplinæ, exceptis duobus casib. *l. 27. §. vlt. & trib. aut 4. seq. ff. de rei vind.* Quod si quis partum ancillæ subripuerit, *d. l. 1. h. tit.* notat dominum furi nullos sumptus restituere debere. nec alimentorum, nec eruditionis: sicut si ex argẽto subrepto fur pocula fecerit, flaturæ aut celaturæ sumptus, dominus, qui cum eo agit vindicatione vel cõdictione furtiua ei reddere non debet *l. ex argento, D. de cond. furt. l. inficiando §. si infans, ff. de furt.* Et recte Accur. in *h. l. 1.* aliam esse causam malæ fidei possessoris, qui sumptus reputat domino, quod confirmaui latius *initio obseru.* 10. aliam furis, qui nullos sumptus reputat domino, quia fur est plus, quam malæ fidei possessor. ¶ Sed redeamus ad *l. patrem* in *l patrem,* non ponitur filiam ab

alio expositam fuisse, sed ab ipso patre, & tamen patrem A retinere patriam potestatem. Verum vt respondeamus, ponenda est ad eam legem species congrua & conueniens, ne quid aduersi inde nascatur, & vt suo casu circumscribatur, nec serpat ad omnes. Et ea posita specie propria nihil prorsus obstabit nostræ sententiæ, puta, patrem non exposuisse filiam impietate quadam, aut inhumanitate adductum, sed egestate & fame compulsum, filiam, quam tueri non poterat recens natam, vagientem in cunis exposuisse alienæ misericordiæ, *vt in l. 2.* est similis species *sup. de patrib. qui fil. distrax.* Quo casu æquum est, patrem ius suum non amittere, qui famis necessitati succubuit: Nam, vt eleganter ait lex *pen. §. vlt. ff. de excusat tut.* necessitati succumbimus, quam nec Dii superant. Sed ait *d.* lex *patrem*, si educatore desiderante filiã, quæ suis sumptibus creuit, filio suo a patre B collocari, & in ea re quodammodo pater ingratus ei non adsentiatur, tunc tenebitur educatori alimentorũ nomine, qui eo nomine nõ teneretur, si libens filio educatoris, vt desiderat educator, vt rogat, in manũ conuentione filiam nuptui collocaret, quia & eo genere filia ea transiret in familiã educatoris. Et ita est explicanda lex *patrẽ.* Et quæ diximus hactenus, pertinent ad primam partem tit. Duæ sunt partes huius tituli. Prima ita concepta est: *De infantib. expositis liberis & seruis.* Secunda hoc modo: *Et de iis, qui sanguinolentos educandos, vel nutriendos acceperunt.* Neque tamen existimandũ est alios esse in prima parte infantes, alios in secũda parte sanguinolentos, quoniã in vtraque infantium & sanguinolentorum nomine, significantur a partu recentes, vel (vt ait Iuuenalis) *a matre rubentes*, vt lex tertia seu vltima huius tituli, C *Pueri paruuli.* Et sic in *l. 2. sup. de patrib. qui fil. distr. Si quis filium aut filiam sanguinolentos vendiderit.* Et Prudentius cõtra Symmachum, *quos sanguinolentos vendendi mos iuuat.* Et Donatus in Andriam: *A matre sanguinolentum*, inquit, *non pulcrum, sed scitum pronuntiat.* Ergo in prima parte huius tituli, infantium nomine non significatur integra prima ætas, quæ perducitur vsque ad septennium *l. si infanti sup. de iur. deliber.* sed significantur prima cunabula, quib. qui eiiciuntur, proprie dicuntur expositi: Nam qui grandiores eiiciuntur, non proprie exponi dicuntur, sed pro derelicto haberi, *vt in l. 2. ff. qui si. manum. ad libert. peru. l. vlt ff. pro derelict.* etiam Greci eos distinguunt nominibus, quibus expositi sunt ἐκθέτοι: habiti pro derelicto ἀπεγνωσμένοι, *id est*, quorum curam nemo habet, contempti, & derelicti. Et male Harmenop. in fine primi Epitom. ἀπεγνωσμένους esse eos, qui re- D bus suis prospicere non possunt, veluti furiosos & dementes: cum constet ex Basilicis, ita appellari eos, quos dominus habet pro derelictis, qui quanto interuallo distent ab expositis, ex eo apparet, quod expositi serui sanguinolenti libertatem consequuntur: habiti pro derelicto non consequuntur libertatem, nisi vno casu, si ægri & affecti a domino tædio medendi eiecti, & derelicti sint. Quo casu ex edicto Claudii liberi fiunt, vt *d. l. 2. ff. qui si. manum. lib. l. 1. §. sed scimus sup. de Latin. libert. toll.* de quo edicto & mentionem fecerunt, Dio, Sueton. & Suidas: alioquin habiti pro derelicto non desinunt esse serui, sed fiunt serui occupantium, & interim sunt serui sine domino. ¶ At prima pars huius tituli est de iis, E qui sanguinolentos exponunt, ad quam pertinet lex 1. & 2. Sed secunda pars est de iis, qui eos excipiunt, & extollunt, ad quam pertinet *lex* 3. cuius tantum restat vt sententiã exponamus. Ea lex abrogat ius antiquum, quo licebat excipienti expositum sibi habere quo iure volebat, vel vt seruum, vel vt filium, vel vt liberum, aut colonum, aut adscriptitium, *vt constat ex l. 1. C. Th. de expos.* Et definit *hæc lex* 3. neminem posse expositi ingenui, vel serui, paruuli pueri dominium aut patronatum, aut potestatem patriam, vel quã aliam sibi vindicare, siue eum ipse collegerit, siue ab alio collectũ ab eo legitime emerit vt ait *l. 1. C. Th. de iis qui sanguin. empt. &c.* Et dico primam partem huius legis esse de emptis, secundam autẽ esse de collectis, quos etiam Plinius vocat θρεπτοὺς 10. *Epist.* Nam cum in antiquis libris, & in C. Th. secunda pars huius tituli ita sit conscripta, *& de his, qui sanguinolentos emptos, vel nutriendos acceperunt*, necesse est, vt sub eo quodam loco agatur *de emptis.* Et nullus est, qui accommodari possit præter primam partem huius legis. & cum secunda pars eiusdem legis sit *de collectis, & educatis*, argumentum præbet, primam esse *de emptis.* nos autem, & illos lex 3. definit esse liberos, & ingenuos, siue nati sint serui, siue ingenui: scil. nemine eos vindicante, vel vindicante eo, qui exposuit, quia non habet vindicationem eorum, nec posse eos retineri vt seruos ab eo, qui eos emit, vel extulit, siue pietatis causa hoc fecerit, siue animo retinendi eius tanquam mancipii. Et ratio hæc est, ne ex pietatis officio lucrum expectet. Pietas se ipsa contenta est, gratuita est, & officium sequitur non fructum. Igitur nec si ingenuam natam quæ exposita est, extulerit, & educauerit, alimentorum nomine eam poterit retinere vt ancillam *l. 2. sup. de ingen. manum.* Et eleganter Traianus apud Plinium: *Libertatem non esse redimendam pretio alimentorum.*

AD TITVLVM LII.

Quæ sit longa consuetudo.

Referendus est hic titulus ad legem vltimam *tit.* 40. qui propius abest, in qua ostenditur, *apud eos magistratus emancipari filios posse, quibus lex, vel longa consuetudo*, inquit, *dedit, vt apud eos solemnia iuris peragi possent*, id est, *quibus dedit legis actionem.* Quam ob causam in hoc titulo ostenditur, non quid sit longa consuetudo, sed quæ sit, id est, quam vim, & efficientiã habeat. ¦Quid tamen sit si quæras, dicã esse ius non scriptũ, quod vsus populi frequens & inueteratus adprobauit adsensione communi *§. fine scripto Inst. de iu. nat.* ¶ Et rursus si quæras, quot annorum vsus consuetudinem faciat. Dicam glossas & doctores perpetuos glossarum simios huic rei finire decenniũ, & moueri hoc argumento solo, quod dicatur consuetudo longa & diuturna: quasi scil. his verbis non possit significari tempus decennio longius, vt in *l. 3 sup. de præscr. 30. ann.* longum tempus dicitur de 30. annis, & diuturnum silentium æque in *l. 1 .C. Th. de act. cert. temp. finiend.* & de 40. annis in *l. 2 sup. de præscr. 30. ann.* Dicam igitur huius rei certam definitionẽ non esse decenniũ, quia & finire tempora legis est solius, non interpretis. Denique huius rei finẽ non esse decennium, quandoquidem plurimorum ann. obseruationẽ requiri *l. sed ea quæ, ff. de legib.* & Arist. 2. Politic. *c. 6.* τοῦ χρόνου πλῆθος, *multitudinem annorum.* & antiquam & tenacem adprobationem, *l. 3. h. t.* vsum longæuum *l. 2.* & inueteratũ populi consensum, *l. de quib. ff. de legib.* & consuetudinẽ semper obseruatam *l. sine herede §. Lucius, ff. de administ. tut.* quibus verbis sane significatur tempus decennio longe amplius, & tẽpus incertũ & infinitũ, quod sensim sine sẽsu labitur, quoad morem fecerit, & habitum in animis ciuium, cuius quidem habitus comparandi ratio, vt certo tempore non finitur, ita in populo ex longa consuetudine inducendi moris ratio certo tempore finiri non potest. Consuetudo facit morem vt Lactantius ait 5. Inst. *Paulatim male viuendi consuetudinem morem fieri.* Et Arist. 2. Eth. ad Eudem. τὸ ἦθος ἀπ' ἔθους ἔχει τὴν ἐπίδοσιν: *Morem ex consuetudine proficisci*, quod & Vlpianus significat libro regularum, dum ait, *morem esse tacitum consensum populi, longa consuetudine inueteratũ.* Sed vt hoc interim admoneã, moris, seu morũ & consuetudinis nominibus promiscue vtimur. vtuntur & alii auctores. Varro certe sẽper *consuetudinẽ*, vocat, quod *morem* esse diximus creatũ ex consuetudine, vt apud Seruiũ in 7. Æneid. Varro ait,

Morem

Morē esse cōmunem consensum omnium simul habitantiū, qui inueteratus consuetudinem faciat. Et apud Macrob. lib. 7. idē Varro, *Morem esse in iudicio animi, quem sequi debeat consuetudo. Instituta*, etiam pro eodem accipimus, quæ barbare in Idiotismo vocamus *statuta*, vt in *l. 1. Cod. Theodos. de longa consuetud.* eleganter scriptum est: *venientium est temporum disciplina instare veteribus institutis.* ¶ Sed ad alia pergamus. Id etiam, quod vulgo traditur ex glossa 2. *sententias iudicis in eodem genere litis consimiles facere consuetudinem*, omnino falsum est: Nam a rebus iudicatis separatur consuetudo *l. nam Imp. ff. de leg.* & non res iudicatæ consuetudinem faciunt, sed tacitus, illiteratusque consensus populi longo vsu inueteratus. Item res iudicatæ vim leg. non obtinent, si bis similiter sit iudicatum, sicut vim legis obtinet consuetudo: Sed ita demū res iudicatæ etiam vim leg. obtinent, si sæpius, si perpetuo similiter iudicatū sit, vt ait *d. l. nam Imp.* Et quod est scriptum in *l. 3. in fi. sup. de episc. audient.* ad quam nos glossæ allegant, primum non est de communi consuetudine vnius ciuitatis, vel prouinciæ, sed de moribus vnius hominis: non igitur de re, qua de agitur. Deinde quod ait illa lex, *ei, cui venia criminis semel data est, iterum non dari si in idem crimen relabatur, quod impunitatem veteris criminis, non emendationi potius, quam consuetudini deputarit.* Quid consuetudini qui bis tantum idem crimen admisit? quis non videt id esse scriptum hyperbolycōs. Certum enim est consuetudinem, vel habitum, quem impegit quis ex vna vel altera actione non ingenerari. Sed iam tempus est, vt tractemus de virtute & potestate consuetudinis, quam in hoc tit. explicari, a principio diximus. Consuetudinis, inquam longæ, & probatæ, consuetudinis longæ, quod est quasi perpetuum epitheton consuetudinis: nam quæ non est longa, non est consuetudo: nec longa dicitur ob discrimen breuis cuiusdam consuetudinis: Nam vsus tantum longæuus eam facit, & qui allegat vsum longæuum, siue consuetudinem, diu eo iure ciuitatem vsam, vel prouinciam probare debet, vt ait *l. 1. h. t. & l. 3. §. vlt. ff. de testib.* quod fit non rogatis singulis ciuibus vel prouincialibus, vt volunt interpretes, singulis quibusdam, sed per tribus & curias, aut centurias, aut vicos interrogatione currentem, vt Ioannes Faber in *l. 2. h. tit.* scribit, hunc esse stylum sicut loquitur, curiæ curiarum huius Regni, vt hac de re inquirant *per turbas, vt vulgo loquuntur.* Itemque probabitur consuetudo, si quum quæreretur in aliqua controuersia apud iudicem consuetudine vno affirmante talem consuetudinem inualuisse, & semper obtinuisse, alio negante: & hac quæstione in iudicio agitata iusto contradictore consistente aduersus eum qui adserebat consuetudinem, si probetur causa cognita iudex consuetudinem firmasse, in hac quæstione, *vt l. cum consuetudine ff. de legib.* sententia iudicis confirmat consuetudinem, quæ iam inualuit & obtinuit, si quis eam contradicat, vel vitilitiget, dum scilicet declarat sibi esse probatam ab aduersario consuetudinem eam, non etiam consuetudinem facit. Et in illa l. *cum de consuetudine*, contradicto iudicio, id est causa cognita, *vt in glossis antiquis, ex contradictione, κατὰ ἀντίδικον, causa cognita.* Hoc dixi, vt intelligeremus de cuius consuetudinis vi & potestate quæramus. Hic igitur quærimus, de vi longæ & probatæ consuetudinis, cuius vna vis, seu virtus hæc est, quod leges ipsæ, quæ ex scripto constant, nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptæ sint, id est, quod etiam consuetudine sint approbatæ *d. l. de quib.* Et Arist. eodem loco Polític. ὁ νόμος ἰσχὺν οὐδεμίαν ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι πλὴν παρὰ τὸ ἔθος: id est, *lex nullam vim habet ad impellendos homines, vt sibi pareant, nisi hoc acceperit ex consuetudine*, quod est illud ipsum quod retuli *ex l. de quibus.* Summa autem virtus longæ, & probatæ consuetudinis hæc est, vt pro lege obseruetur, id est, perinde atque lex scripta *l. diuturna* Cod.

A *ff. de legib. §. sine scripto. Inst. de iur. natur. l. 3. h. t. l. vlt. sup. de test.* Gregor. Nazian. in secundo de Theologia, τῷ χρόνῳ τὸ ἔθος βεβαιωθὲν νομίζεται νόμος: Id est, *consuetudo tempore corroborata existimatur esse lex.* & Ioannes Zonaras in Basil. Porphyrogeneta: ἔθος καὶ νόμος δοκεῖ τοῖς νομοθέταις, *consuetudo quam legum latores legem videri tradunt.* Verum addit *d. l. diuturna*, consuetudinem diuturnam pro iure & l. obseruari, non in omnibus sed in iis, quæ ex non scripto descendunt, id est, quæ non sunt definita legibus vt *l. de quibus initio*, & Tertul. lib. de Corona militis eleganter, *consuetudo*, inquit, *in ciuilib. reb. pro legib. suscipitur, cum deficit lex. ratio commendat, non scriptura.* Porro inquit, *si lex ratione constat, lex erit id omne, quod ratione constiterit*: quæ verba suppresso Tertul. nomine Isidorus vsurpauit *can. consuetudo distinct. 1.* & ita Cæsarius apud Cedrinum: νόμος ἀνόμοις τὰ
B πάτρια δοκεῖ. Id est, *his qui nullam habent legem scriptam, pro l. sunt patrii mores.* Et hoc exemplis demonstretur lege definitum non est, an in oppido ruina collapsum ædificium quis possit conuertere in aliam faciem, puta in hortum, aut vineam: & ideo in ea re valet & spectatur oppidi consuetudo. Et hæc species est apponenda ad legem 1. *h. tit.* hæc est propria species *l. 1.* vt constat ex *l. 3. sup. de ædific. priuat.* in qua & pars *l. 1.* iisdem verbis exponitur, & vtriusque legis eadem debet esse inscriptio & subscriptio, & ita alia ex alia fœnerari lumen. vel etiam pone aliud exemplum: quia lege definitum non est an a iudice possint euocari testes, qui rei dirimendæ dicuntur a partibus sufficere posse, qui producuntur a partibus, an a iudice possint euocari testes per
C longum iter, an vero ad eos mittere debeat, qui eorum testimonia excipiat? deficiente lege, in ea re valet consuetudo cuiusque regionis *l. 3. §. vlt. ff. de test.* Item quæ priuilegia ex consuetudine dantur officiis, *vt ait l. 3. h. tit.* id est, apparitoribus Iudicum, vel ciuitatibus, id est, quæ priuilegia sibi ciuitates vindicant ex longo vsu, vel principia, inquit, id est, principia numerorum militum, vel collegia quædam, ea habent ex consuetudine firmo iure, quod de eis nil legibus proditum sit, *l. 3. h. tit.* Item quia vsurarum quidem modus lege finitus est, puta ne excedat centesimam, tamen intra eum modum in singulis prouinciis, quibus vsuris occupandæ sint pecuniæ, leuioribus an grauioribus & summis, id est, centesimis: hoc quia lege finitum non est, ideo in eo spectatur consuetudo cuiusque regionis *l. 1. ff. de vsur. l.*
D *idemque §. sed & pecuniam, ff. mand. At in iis*, quæ palam lege sunt definita, consuetudo non potest vincere legem, *vt ait l. 2. h tit.* vt lex est de modo vsurarum, quem excedere non liceat: hanc consuetudo vincere non potest, vt & nominatim scriptum est in *l. eos sup. de vsur.* lex est, imo leges sunt plures, ne alius pro alio conueniatur, ne pater quidem pro filio, nisi de peculio, aut filius pro patre, vel matre, aut vxor pro marito, &c. hanc legem consuetudo clarigationum, siue oppignorationum *represailles* vincere non potest; vt quod mihi extorsit Italus, ego non repetam ab alio Italo, nisi id mihi princeps permiserit, *faut auoir lettres de marque.* Repetere ab alio quod alius mihi debet, hoc est *clarigare*, aut *rapere*, quæ consuetudo si quo loco introducatur, non potest vincere legem, ne alius pro alio
E conueniatur. Et ita de hac specie est proditum in *Nouella 52. in princ.* Ergo legem vincere consuetudo non potest, vt ait *l. 2.* Obstat quod dicitur tacito consensu populi legem obliterari *d. l. de quib. l. vn. sup. de cad. toll.* quæ est alia virtus consuetudinis, vt abroget legem: Nam & *desuetudo*, id est, non vti lege, est consuetudo: priuatio actionis actio est, quia nec desinit populus vti lege, quin incipiat vti suo more legi contrario. Respondeo consuetudine longa legem abrogari, hoc non esse legem vincere, sed vincere legem est in ipso conflictu, dum viuit lex & vrget, necdum consuetudo obtinuit per omnia in iudicio aut consensu omnium, neque per-

crebuit, sed tantum gliscit, & inualescit, & increscit superare legem. In hoc statu rerum consuetudo non vincit legem. Cæterum vbi lex penitus exoleuit tacito inueteratoque consensu plus valet consuetudo, etiamsi sit vsurpata paulatim contra leges, nisi reducatur lege antiqua, vt ecce lex Pompeia vetabat in Senatum Bythinicarum ciuitatum adscribi ciuem alienum, quæ post abiit in desuetudinem & obtinuit longa consuetudo contra legem Pompeiam vsurpata, vt adscriberentur in Senatu etiam alterius ciuitatis ciues vt ait, Traianus 10. epist. Plinii, qui etiam ex præterito nil nouat, id est, non immutat, quod præterita consuetudo fecit, non Senatu pellit eos, qui ex consuetudine adscripti sunt in Senatum, ne sit causa vllius perturbationis, sed tantum vult legem Pompeiam in futurum obseruari. & ita hac de re statuendum est.

Ad L. 2. huius tit.

L. 2. Consuetudine vsusque longæui non vilis auctoritas est, verum non vsque adeo sui valitura momento, vt aut rationem vincat, aut legem.

Dixi *legem 2. h. tit.* pugnare videri *cum l. de quibus, in fine. ff. de legib.* & in hac pugna dirimenda totos esse iuris interpretes. Cæteras quæstiones, quæ incidunt in hanc materiam, eis perfaciles videri. Et pugnare videri, quia lex 2. ait, *longæ quidem consuetudinis non esse vilem auctoritatem, sed non vsque adeo sui valere momento*, quæ verba glossa non intelligit, id est, non esse tanti menti, vt legem possit vincere & ratione. At lex, *de quibus*, ait, *legem per desuetudinem abrogari*. ac similiter *l. vn. sup. de caduc. toll.* legem Papiam fuisse abolitam per desuetudinem, & in §. *pen. Instit. de iu. natur.* leges mutari tacito consensu populi. Leges igitur mutari, aboleri, abrogari per desuetudinem: nec facias (vt Græci) differentiam inter desuetudinem & consuetudinem, vt dicas, *leges abrogari desuetudine, non consuetudine*: nam & desuetudo (*vt dicebam*) consuetudo est. & vix est, vt populus desuescat aliqua lege vti, quin & consuescat simul vti more legi contrario: & e diuerso vix est, vt populus consuescat vti iure nouo, quin desuescat vti antiquo iure scripto. Et ita in *l. si sine herede §. Lucius ff. de administrat. tut.* Hæc consuetudo ciuitatis, vt onera tributorum, & stipendiorum onera fiscalia agnoscat dominus, non conductor prædii, quid aliud est, quam desuetudo legis, quę vult, vt hæc onera sequantur conductorem sicut emptorem *l. prædiis ff. de iur. fisc.* Item in *l. vendit. §. si constat, ff. comm. præd.* Hæc consuetudo regionis, vt ex lapidicinis, quæ sunt in agro meo, liceat hominibus eiusdem regionis inuito me excidere, & euehere lapides præstito mihi solatio, id est, mercede certa, pretio certo, quæso quid aliud est, quam intermissio, & desuetudo legis notissimæ, & in libris iuris sæpius repetitæ, ius non esse quidquam faciendi in meo inuito me, ius alii non esse quicquam auferendi ex re mea, iureue meo. Et præterea, in *l. item eorum ff. quod cuiusque vniuers.* hæc consuetudo, vt in curia, in petitione honorum suffragium patris non prosit filio, vel contra, hæc, inquam, consuetudo quid aliud est, quam desuetudo legis, quæ statuit, vt ibidem proponitur, in honorum petitione, si ambo decuriones sint pater & filius, id est, senatores eiusdem curiæ municipalis, suffragium patris prodesse filio & contra. Ergo non est in hac re (quod etiam non statuit *l. de quib.*) statuenda differentia inter vsum & non vsum, inter consuetudinem, & non consuetudinem, seu desuetudinem. At dicebam, in ipsa contentione, atque conflictu, cum alter vtitur lege, quæ nondum prorsus exoleuit, alter consuetudine, quæ paulatim increbrescit, nondum est inueterata, nondum stabilita, nondum contradicto iudicio comprobata, nondum recepta consensu omnium, *non esse tanti consuetudinem nascentem, &*

A *paulum exorientem vt posit vincere legem nondum extinctam.* Et ita consultus Imperator respondet Proculo (is fuit Proconsul Africæ, quod notandum in hac *l. 2.* vt *l. pen. de legib. ait*, cum dubitatio emergit de nouo iure, quo scilicet populus vti incipit contra legem antiquam, & quod inueterato vsu, *inquit*, non adhuc stabilitum est, tum a magistratibus consulendum esse principem, qui vtique id responsurus est, quod habetur in *l. 2.* Contra vero si consuetudo inueterata constabilita, & rerum iudicatarum auctoritate firmata sit, iaceat autem lex, & sileat, quis non videt, legem minorem esse consuetudine, potentiorem consuetudinem, vel potius deficere legem tanquam obliteratam tacito consensu omniũ, nam consensum omnium exigit *d. l. de quibus:* lege autem deficiente, dominari consuetudinem, & legis vim obtinere, quoad lex vetus renascatur, & redeat. Adhæc dicimus, legem quam ratio commendat, esse potiorem consuetudine, quæ nulla, aut parua ratione constat, & hoc esse quod ait *l. quod non ratione, ff. de legib.* quod non ratione est introductum, sed errore primum, dein consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinere, id est, non obtinere semper in eodem genere controuersiarũ, nec ex eo in aliis causis duci idoneum argumentum, nec legis vim obtinere consuetudinem etiam inueteratam, cuius non ratio, sed error parens est, vt dicebam ex Nouella 52. Hanc legem, vt alius pro alio non conueniatur esse potentiorem, etiam longa consuetudine, quæ rapere permittit, quod est *clarigare*, & alium vexare pro alio, Nam & eius consuetudinis, quæ ratio est? Et ad *d.* legem: *quod non ratione*, soleo apponere exemplum ex *l. solent, ff. de offic. procons. coniunct. l. 1. ff. de offi. eius cui mand. est iurisd.* cognitionem rerum capitalium seu iudicii publici exercitionem, quod idem est, nullus magistratus habet suo iure, sed beneficio legis, quæ nominatim ei hanc potestatem dedit, & eatenus, quatenus dedit, vt si dederit magistratui lex ius deportandi, non habeat ius confiscandi rei, id est, publicandi bona eius, quia merum imperium est legis. Imperium lege datur non tantum magistratui, sed & quandoque priuato, non etiam competit iure magistratus. Ex quo sequitur eam potestatem *non posse mandari aliy, non posse delegari, quia eam non habemus nostro iure*, & quod nostri proprii iuris est, id tantum alii delegare, seu mandare possumus *l. 5. ff. de iurisdict. om. iudic.* & tamen, *vt ait l. solent*, solent magistratus cognitionem rerum alii mandare. Hæc est consuetudo, vt alii mandent cognitionem criminũ, merũ & imperium. sed quid de hoc genere mandati sentiunt iuris auctores? Eadem lex ait esse mandatum extraordinarium, id est, non esse legitimum. & *l. 1. ff. de offic. eius cui mand. est iurisdict.* errare magistratus, qui hoc faciunt. Hæc ergo consuetudo non ratione constat, sed errore. ergo nos non obligat, non habet vim legis. Contra consuetudo, quam ratio suasit, vt recte ait *l. 1.* maior scilicet ratio quædam, maiorque vtilitas publica, quam spectare est proprium munus legum, & morum, ea certe est potior lege, cuius ratio vel cessauit, vel minor est, vel minus confert Reipublicæ. Et sic consuetudo plane abrogat legem, lex autem (vt ait Claudianus) *resumit priscam canitiem.* Et ita illa legum pugna est dirimenda, non inconditis traditionibus, quales sunt multæ. At vt & hoc resumam iterum, vires longæ & probatæ & perpetuæ, nec a ratione naturali abhorrentis consuetudinis hactenus has esse ostendi, vt legem abroget, vt legis vim obtineat. ergo vt habeat eosdem effectus quos habet lex, id est, easdem virtutes, puta, *imperare, vetare, permittere, punire, legis virtus ff. de legibus.* Fabius 7. Institut. addit, *tribuere & adimere.* Item consuetudinis tanta est vis, vt lex non alia ex causa nos teneat, quam quod etiam consuetudine approbata sit. Sed addamus, hanc etiam esse vim consuetudinis, vt sit optima legum interpres, id est, cum de interpretatione legis quæritur, tum quærendum esse quemad-

modum ea lex in foro semper accepta sit, optimam legum interpretem esse consuetudinem, siue trituram forensem, id est, continuatam & tritam vsus meditationem. Eadem definitio, quæ fabricæ Vitruuio, *Fabrica est continuata & trita vsu meditatio.* Eadem definitio πείρας, seu πράξεως. Iustinianus *Nouella de indic.* ait πείρας, dum ait, *iudicem peritum esse debere* νομων καὶ πείρας, quoniam πεῖρα est optima legum interpretatio. & ita Halicarna. 7. παντὸς ἀμφισβητουμένου τοῦ δικαίου κριτήριον εἶναι δοκεῖ κράτιστον ὁ χρόνος: id est, *quocumque de iure sit controuersia, optimus censor & interpres iuris est tempus*, id est, *vsus longæuus, consuetudo longa.* ¶ Restat tantum vt adnotemus, cum *l.3.h.tit.* coniungendam esse legem *1. sup. de offic. iurid. Alex.* & *l. petitionem sup. de aduocat. diuers. iudic.* Omnes hæ leges sunt scriptæ Alexandro duci, & ita est restituenda inscriptio huius legis tertiæ. *Ægyptiaci limitis, & præfecto Augustali.* & subscriptio quæ est integra in hac *l.3.* eadem est reddenda, & applicanda *d. l.1. & l. petitionem.* Certum est autem, olim in vnoquoque foro fuisse certum corpus & collegium aduocatorum, certum numerum, vt constat ex *illo tit. de aduoc. diuers. iud.* Et huic corpori aduocatorum vsus longæuus, siue consuetudo longa præter constitutiones principum, etiam dederat priuilegia multa. Nullum est corpus, collegium aut ciuitas, quæ non habeat priuilegia quædam vel a legibus, vel a moribus. Et ea quæ data sunt corpori aduocatorum *d. l. petitionem*, ait se velle intacta & inuiolata seruari specialiter de collegio aduocatorum. Sed in *l. 3. h. tit.* subiicit, *generaliter etiam priuilegia antiquitus data consensu tacito & illiterato quibuscunque ciuitatibus, vel officiis*, id est, *corpori apparitorum, qui obsecundant iudicibus, vel Principiis numerorum militarium vel collegiis, vim legis obtinere.* Et ad id non nihil facit lex 3. *inf. de Decurial. vrb. Rom. lib. 11.*

AD TITVLVM LIII.

De donationibus.

RETuli titulum superiorem ad tit. 48. *de emancipat. liberor.* seu ad leg. vlt. eius tit. in qua de longa consuetudine agitur, de qua etiam glossæ accipiunt *l.1.* eiusdem tit. Nunc hunc titulum refero ad titulum illi proximum, puta 49. *de ingrat. lib.* vt quemadmodum hi duo tituli sunt vicini, ita apte referantur ad duos titulos æque vicinos, & ab iis distantes propius. Refero, inquam, hunc *tit. de donationibus* ad titulum *de ingratis liberis*, quo data est actio ingrati aduersus filium emancipatum emancipationis rescindendæ gratia. Et nunc, quia daturus est aliam actionem ingrati aduersus donatarium donationis rescindendæ, & reuocandæ gratia, quod facit in tit. 55. ideo prius instituit generaliter tractare de donationibus: & hanc relationem quam facio hoc titulo ad titulum *de ingratis liberis*, qui præcedit, & ad tit. *de reuoc. donat. tit. 55.* aperte confirmat Codex Theodos. in quo titulus *de reuocan. donat.* statim subiicitur *tit. de ingrat. liber.* Cur? nisi quia hoc datur actio ingrati aduersus emancipatum, illo vero aduersus donatarium. ¶ Et definitio si quæratur donationis, non est alia quærenda, quam quæ ab Aristotele duobus verbis tradita est 4. Topic. vt sit δόσις ἀναπόδοτος, id est, datio ita ab aliquo profecta, vt nullo casu reuocari possit: Nam datio est genus donationis. non omnis datio est donatio: datio ex causa permutationis, non est donatio, quia vicissim alia res datur. Datio igitur genus est, licet donatio aliquando sumatur generaliter pro datione siue traditione, vt in *l. quemadmodum ff. de iure dot.* secundum scripturam Florentinam. Legatum etiam dicitur esse donatio: eodemque modo potest definiri fideicommissum, sed non est commiscenda cum donatione, de qua agitur hoc titulo. Nam hic agitur de directa, & simplici, quæ fit inter viuos: legatum & fideicommissum est donatio mortis causa, siue mortis causa capio, quæ testamento tantum relinquitur, aut codicillis, aut fideicommisso per epistolam ab intestato. Item legatum & fideicommissum potest adimi: donatio, de qua hic agitur, non potest, & datio est ἀναπόδοτος. Et hoc genus donationis, vt perficiatur, *h. tit.* ostenditur, veluti traditione, mancipatione, cessione in iure, & quandoque per epistolam, non inter omnes, sed inter coniunctas personas: Nam inter eas donatio quoquo modo facta valet, vt ait Paulus 4. *Sentent. tit. 1.* Et ita in *l. 5. & 13. h. tit.* dum proponitur donatio facta per epistolam, ponendum est factam eam fuisse inter coniunctas personas: Et vero Vraniam, ad quam scripta est lex 13. fuisse filiam donatoris ostendit *l. 1. sup. comm. de success.* quæ est coniungenda cum *l. 13.* Item quando rei donatæ traditio facta intelligatur, & quæ sint necessaria, vt valeat donatio, hic titulus ostendit. proponit etiam generalem regulam: perfectam donationem reuocari non posse, a qua postea excipit causam ingratitudinis, quam potissimum respicit hæc quæ instituta est tractatio de donationibus. Dixi de definitione donationis quod rursus perstringam paucis. Donatio est datio ita profecta ab aliquo, vt nullo casu reuocetur, quod (vt dixi) Aristoteles expressit duobus verbis. Datio est genus, quo etiam continetur dos, & mutuum & permutatio, & legatum, & fideicommissum, & donatio causa mortis, & donatio vera, & absoluta, de qua est hic titulus, quæ nullo casu reuocari potest. Illæ donationes repeti, vel reuocari possunt. Dos repetitur soluto matrimonio. mutuum constat repeti & exigi sæpe magna instantia. Datum item ex causa permutationis repetitur, re non sequuta. legatum, fideicommissum, donatio causa mortis reuocatur pœnitentia, siue ademptione. Et ex iis donationibus, quæ donationes dicuntur, veluti dos, & legatum, & donatio causa mortis, non sunt veræ & absolutæ donationes, vt ait *l. senatus ff. de mort. caus. don.* de quib. est. h tit. sed mortis causa factæ, veluti legatum, fideicommissum, donatio causa mortis, est reuocabilis donatio. Ergo non sunt donationes, *de quib. est. h. tit.* qui est de irreuocabilibus, exceptis quibusdam causis grauissimis, quæ explicabuntur in tit. *de reuoc. don.* Nunc tractemus, quomodo perficiatur donatio. Iure antiquo donatio non perficitur nudo consensu, non literis, sed vel verbis, id est, interposita stipulatione, vel re, id est, traditione. Ergo non interposita stipulatione donatio perficitur traditione. Et *tradere* videtur non tantum, qui rem de manu in manum tradit corporaliter, vt loquimur, vel qui abscedit possessione fundi, vt mox eam ingrediatur donatarius, sed etiam tradere videtur, qui eius rei, quam donat, emptionis, seu auctoritatis instrumentum tradit, *le tiltre de l'acquisition.* Quod ostendit *l. 1. h. tit.* tradito instrumento auctoritatis, traditam rem videri, quæ donata est: Sicut legato instrumento emptionis prædii, predium legatum videtur, *l. pen. §. 1. ff. de legat. 3.* Itemque pignerato eodem instrumento prædium pigneratum videtur, *l. 2. sup. quæ res pign. oblig. poss.* Et hoc est vnum genus fictæ traditionis. Est etiam aliud, quia tradere videtur donator rem donatam, qui in donando sibi recipit, & retinet vsumfructum rei *l. quisquis h. tit.* etiam si *(inquit)* non stipuletur, puta sibi vtifrui licere. Et ita locus ille est intelligendus, i. vsusfructus constituitur in donando, & in personam donatoris transfertur citra stipulationem. Denique non tantum stipulatione vsusfructus constituitur, si stipuler mihi vtifrui licere, sed etiam si in donando vsumfructum mihi retineam. Et abrogat illa *l. quisquis*, legem *pen. C. Theod. eod. tit.* quæ in donatione exigebat corporalem traditionem, nec retentionem vsusfructus habebat pro traditione. Et vt plenius est traditum in *l. vlt. C. Theod. tit.* ex qua tracta est lex *quisquis*, abrogat *d. l. pen.* quæ omnino exigebat in donatione corporalem

traditionem, nec contenta erat fictitia, quia (vt ait) solemnitatem iuris solemnitatem traditionis contrahere potius, quam propagare debemus: & contrahimus, coarctamus, si non ita præfracte exigimus corporalem traditionem, si fingamus eum rem tradidisse, qui sibi recepit vsumfructum, & ita constituit se donatario possidere, & eum possessorem suo ministerio fecit, vt *l. quod meo, D. de adquir. poss.* Hoc & vsus trahit ad precariam possessionem, puta si donator rem donatam constituat, se a donatario precario possidere, quoniam & hoc casu licet corporaliter rem non tradiderit, tamen fingitur tradidisse, qui eam desiit sibi possidere, & cœpit possidere donatario, tanquam ab eo precario acceptam. Et eadem ratio interuenit, si donator eam rem, quam donauit, nec dum tradidit corporaliter, conducat a donatario, s'il la loüe, vt in *l. quadam ff. de rei vindic.* Ergo & si eam retineat vt sibi commodatam a donatario, vel in causam depositi, aut pignoris, quia his omnibus modis fingitur tradidisse possessionem donatario, & fecit donatarium possessorem his omnibus modis. & retentionem vsusfructus olim ante *d. l. pen.* fuisse pro traditione, *ait d. l. vlt. C. Theod. eod.* Igitur quod ponitur in *l. Seia ff. de mort. caus. donat.* donator in tradendo sibi vsumfructum recepisse, ex eo non sequitur, & eum, qui in donando sibi vsumfructum recepit, non videri rem tradidisse: sed ex eo potius sequitur, traditionem corporalem plenam proprietatem transferre in donatarium, nisi nominatim excipiatur vsusfructus: Exceptum autẽ vsumfructum nondum facta traditione vlla pro traditione esse, quod & Iustinianus confirmat *l. si quis argentum §. sed si quidem, h. tit.* Et ratio hæc est, quia per donatorem, qui sibi excepit vsumfructum, donatarius videtur adquisiisse possessionem, quia donator eo modo sibi possidere desinit, & incipit possidere nomine donatarii, & fingitur breui manu, &, vt Isidorus ait in *d. l. quisquis*, κατὰ συντομίαν, *quodam compendio*, eam rem tradidisse donatario, & mox ab eo recepisse, & celeritate coniungendarum actionum vna actio subripitur & occultatur, vt ait eleganter *l. 3. §. vlt. ff. de donat. int. vir. & vxor.* Celeritate coniungendorum extremorum, medium occultatur: vix enim vlla sunt extrema sine medio. Plato 9. de ll. οὐκ ἐκ πάντων τῶν ὄντων ὅλως, &c. Fictas igitur traditiones etiam in donationibus ius nostrum admittit, vt in *l. 1. h. tit.* & in *l. quadam, ff. de rei vindic.* & in *l. quisquis, h. tit.* Ergo & cæteras omnes fictas traditiones, in quibus eadem ratio versatur, eademque præsumptio locum habet: cæteras, inquam, omnes quæ in aliis causis admittuntur. Et mouet me ratio generalis *l. vlt. C. Theod. eod.* quod solemnitates iuris restringere potius debeamus, quam ampliare, quia sunt scrupulosissimæ. Et tamen moribus nostris non temere quælibet ficta traditio perficit donationem, sed corporalis tantum: & ne retentio quidem vsusfructus, nisi fiat in re præsenti, & inter præsentes, quod tamen ius nostrum non exigit, & omnino eo iure, quo vtimur, semper donationes strictius accipiuntur, & infirmantur facillime. Iure nostro contendo non tantum vera & naturali, sed etiam quacunque fictitia traditione, quæ recipiatur in aliis negotiis, vt in venditionibus, aut dotibus, perfici donationem. Et inuenio etiam in *capit. 2. extra, de consuetud.* consuetudinem regni Daciæ probari, vt donator fundos donatos Ecclesiæ videatur, & fingatur tradidisse, & hoc sufficiat perficiundæ donationi, vna gleba fundi delata in ecclesiam, & vel altari imposita, vel tradita in manum Episcopi, vel alterius prælati ecclesiæ: sicut iure ciuili Populi Romani, ex quo videtur deriuata ea consuetudo, vna gleba fundi delata ad prætorem, in ea tanquam in toto fundo vindicatio fieri solebat, cum rei vindicatione agebatur, quod scribit Gellius lib. 20. Sicut aditio hereditatis fieri solebat arrepta vel minima re hereditaria, vt in *l. 1. C. Theod. de legit. hered.* Nam & aditio hereditatis est vindicatio hereditatis, & qui adit hereditatem, eam dicitur vindicare

A *l. si tu ex parte, in fine. & l. vlt. ff. de adqu. hered. l. 15 sup. de postlim. & redem. ab host.* Addamus iure antiquo etiam perfici donationem mancipatione sola, id est, per æs & libram, vt *l. 4. C. Theod. de donat.* vel mancipatione & traditione simul, *vt l. 7. eod. tit.* quod & lex *vlt. h. tit.* demonstrat, dum ait, *hæc in vsu fuisse in donationibus verba recepta: Dono tibi rem illam, aut vendo sestertio nummo vno assium quatuor:* Nam quis non videt hunc sermonem, vel hæc verba ducere originem a mancipatione, per quam olim solemniter fiebat donatio, id est, per imaginariam venditionem nummo vno, vel, vt Statius loquitur, asse Caiano, quo se coniuges nuncupantes Caium & Caiam coemebant, & ita per coemptionem faciebant nuptias, per imaginariam venditionem emptionem. Vnde illa formula, *vbi tu Caius, ego Caia.* Et inde

B nomen *nummo Caiano*, quo expletur quælibet imaginaria venditio. Et ita Suetonius in Ottone: *Otto*, inquit, *cuidam de parte finium cum vicino litiganti adhibitus arbiter, totum agrum redemit emancipauitque.* Et Cornelius Tacitus scribens eadem de re, *vniuersum agrum sua pecunia emptum dono dedit.* Coniuncti hi duo loci demonstrant donationem perfici per mancipationem. Non perficiebatur autem donatio iure antiquo inter extraneos, nisi interueniente traditione, vel mancipatione, vel vtraque simul. At inter parentes & liberos, emancipatos scilicet, vel qui sunt in potestate, quia & donatio illis facta, licet ab initio sit inutilis, & possit reuocari, tamen silentio & morte confirmatur. Inter liberos igitur & parentes constitutione D. Pij donatio perficiebatur nuda voluntate, quod ostendit *l. 4. 5. & 7. C. Theod. eod.*

C *tit. & Paulus 4. Sentent. tit. 1.* dum ait, *inter coniunctas personas sufficere, si fiat donatio quibuscunque verbis expressa voluntate. neç igitur exigi traditionem, aut mancipationem.* Et coniunctas personas intellige liberos tantum, & parentes, id est, coniunctissimas personas, vt ait *l. data, h. tit. Inter necessarias*, inquit, *coniunctissimasque personas*, vt recte legit Haloander, vtque est in antiquis omnibus, vt in *C. Theod.* & intelligit tantum parentes & liberos. Hoc autem vult *l. data*, vt etsi donatio fiat inter parentes & liberos, non valeat sine actorum, sine publicorum monumentorum confectione, id est, nisi donatio publicetur, & insinuetur apud acta in foro eius loci, quo donatio fit, etiam si res donatæ alibi collocatæ sint: Nam & in *d. l. data in fine.* pro, *collatis* est legendum, *collocatis* ex *l. pen. C. Th. eod.* Et sensus est, insinuationem donationis publice esse faciendam, non vbi positæ & collocatæ sunt

D res donatæ, sed vbi res agitur, & donatio perficitur. Et quod ita constituit *l. data*, inter liberos & parentes factam donationem non valere, nisi insinuata sit, hoc glossæ excipiunt partim bene, partim male. Male ita, *si donatio*, inquit, *fiat ex scripto, si redigatur in literas:* Nam & sine scripto facta donatio, ac multo magis insinuationem desiderat *§. perficiuntur, Inst. de donat.* Bene autem ita, si donatio excedat legitimam quantitatem, alioquin non exigitur insinuatio. Legitima quantitas fuit olim 200. aureorum, ad quam vsque valebat donatio non insinuata: postea legitima quantitas fuit trecentorum aureorum, & tandem a Iustiniano facta est 500. aureorum, vt scilicet liceat vsque ad 500. aureos, non vltra donare

E citra insinuationem, aut citra monumenta publica, vel gesta. Ergo recte *inquiunt glossæ*, donatio inter parentes & liberos, secundum *legem data*, non valet sine insinuatione. Hoc ita verum est, si excedat legitimam summam, alioquin non requiritur insinuatio. Verum dices, si ita accipias *l. data*, lex carebit dubitatione, quoniam idem iuris est etiam in donatione facta inter extraneos, vt non valeat sine insinuatione, si excedat legitimam quantitatem. Quid igitur proprium statuit *l. data* in donatione facta inter parentes & liberos, si illo modo adhibito ea lex est accipienda? Et sane hac de causa & Græci, & Latini interpp. quidam existimant, *l. data* sic esse accipiendam, vt donatio facta inter parentes & liberos exigat insinuationem,

insinuationem, etiamsi non excedat legitimam quantitatem. Hoc esse singulare in liberis & parentibus. quod omnino falsum esse statim indicabit *l. donationes, sup. de donat. inter vir. & vxor.* Et in hunc errorem illi inciderunt ignorantia rationis dubitandi, quæ in eo consistit, quod quemadmodum hoc priuilegium datum est liberis & parentibus constitutione D. Pij, vt donatio inter eos facta valeat, & perficiatur nudo consensu citra mancipationem, aut traditionem: ita dubitabatur, an etiam inter eosdem valeret citra insinuationem, quod non admittit *l. data.* Tollit ergo illam dubitationem. Et hic est finis *l. data,* vt dicat, etiamsi filiis & parentibus sit remissa solemnitas mancipationis, vel traditionis, non tamen esse remissam solemnitatem insinuationis, si donatio excedat legitimam quantitatem, vt scilicet falsi occasio omnis tollatur publice facta insinuatione. Nec voluit *l. data* proprium quiddam statuere in liberis & parentibus, quod diuersum foret in causa insinuationis ab extraneorum conditione, & iure. Illud est postremum vt adnotemus, iure nouo donationem perfici stipulatione, quod & olim obtinuit: vel, quod nunquam antea obtinuit, hodie donationem perfici *nudo consensu,* & nuda voluntate, non tantum inter parentes & liberos, sed inter quoscunque, sicut emptionem. Emptio perficitur nudo consensu. donatio perficitur nudo consensu, impletur traditione, sicut nuptiæ quoque perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu. Et in donatorem ex constitutione Iustiniani, id est, ex *l. si quis argentum* §. *sin autem hoc minime,* donatione perfecta nudo consensu, donator eam cogitur adimplere, & consummare traditionibus factis per condictionem ex lege Iustiniani, non tamen cogitur cauere de euictione, sicut venditor, nisi ita stipulatione cautum fuerit, nudum pactum non sufficit ad obligandum donatorem euictionis nomine, *l. 2. sup. de euict.* Ergo perficitur quidem donatio nudo consensu, & impletur traditione vt emptio venditio, sed non per omnia, puta non in cæteris omnibus eodem iure est donatio, quo emptio venditio. Quod dixi nudiustertius, etiam in donationibus perficiundis admitti fictas traditiones, quas in aliis causis admittunt iura ciuilia, vt si donator tradat instrumentum emptionis rei, non rem ipsam, res pro tradita habetur *l. 1. h. tit.* vel si retineat vsumfructum in ea re, *l. quisquis h. tit.* vel si eam rem a donatario conducat nondum ei traditam corporaliter *l. quædam, ff. de rei vindicat.* hoc hodie confirmabo aliis exemplis: Si donetur res ei, qui ex alia causa volente domino eam rem nactus est, & tenet, veluti ex causa commodati, vel depositi, vel locati, quia nunc & eam videtur habere ex causa traditionis, fingiturque tradita ex ea causa, quam patitur apud eum esse *d. l. quædam, & l. absenti ff. de don. l. 9.* §. *interdum, ff. de adquir. rer. dom.* Idemque erit, si nuda voluntate donatoris in possessione eius rei fuerit sine titulo, vt *l. 12. sup. de contrah. empt. l. 2. sup. si quis alt. vel sib. l. 2. sup. de adquir. possess.* Nihil refert donator relinquat, an transferat possessionem rei donatæ *l. 8. sup. comm. vtriusq. iud.* Nil interest donatarius inferat in domum suam rem donatam, vel veniat in eius possessionem voluntate donatoris, an ei tradatur a donatore *l. si ego* §. *pen. ff. de iur. dot.* voluntate, *inquam,* donatoris: Nam vt emptor, ita donatarius per se non recte venit in possessionem rei emptæ, vel donatæ *l. fundi venditor ff. de adquir. possess.* donatio fieri dicitur non tantum inter præsentes, sed etiam inter absentes, veluti per literas, per epistolam *d. l. quædam, & l. 5. & 13. h. tit.* Nec tamen perficitur literis, sed sequuta traditione demum vera, vel ficta. *l. 6. h. tit.* Et quæ est perfectio donationis, eadem quoque consummatio eius est, vt *l. 4. ff. de don.* dicitur, per interpositam personam consummari donationem posse, veluti per nuntium, qui rem perferat ad donatarium *l. absenti eod.* Et longe alia est ratio, si ius antiquum spectes emptionis venditionis, quæ perficitur nudo consensu, consumma-

A tur & impletur traditione rei, & numeratione pretii, *l. si quis alienam, ff. de act. emp.* Nec in emptione venditione idem est perfectio, ac consummatio. At ex constitutione D. Pij, vt ostendi nudiustertius, etiam nudo consensu perficitur donatio inter parentes & liberos, & hodie ex constit. Iustiniani inter omnes, exemplo emptionis venditionis. Ergo & per nuntium & per epistolam. Consummatur autem traditione rei donatæ. Denique hodie in donatione non est idem perfectio, & consummatio. Sequitur aliud exemplum fictæ traditionis: Si quis consentiente domino, & volente donare, rem eius veluti suam deferat *in censum,* id est, in tabulas publicas testes census & facultatum cuiusque: Nam & hoc modo ea res pro tradita habetur *l. 7. h. tit.* Idemque erit, si (vt ponenda est species in *l. 8. h. tit.*) mater rem suam deferat in censum tanquam rem filii sui animo donandi, quem

B vtique animum, qui hoc facit, semper habere intelligitur, nisi probet, se hoc non fecisse animo donandi certis & manifestis coniecturis prolatis in medium. & hoc vult *l. 8.* Præsumptio, quæ pro filio facit, transfert onus probandi in matrem, vt in *l. generaliter* §. *si petitum, in fine ff. de fideicom. libert.* Alias vero, qui rem alienam veluti suam, deducit in censum sine voluntate domini, dominii causam non mutat. Alioqui quis non hac ratione breui fieret locupletissimus? *l. qua quisquis, ff. de adquir. rer. domin. l. forma* §. *si cum ego ff. de censib. l. 3. sup. ne rei domin. vel temp. & l. 7. h. tit.* Marcus Tullius pro Flacco: *Primo quidem pertinuit,* inquit, *cum te audisset, seruos suos esse censum, retulit ad Iurisconsultum. constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua faceret, eum maximam habiturum esse rerum copiam.* His consequens est,

C vt nec mutet causam dominii, quæ censum sequi solet, solutio functionum publicarum, siue tributorum, & annonarum militarium, si fiat a possessore, qui rem alienam, quam possidet, retulit in censum *l. 4. h. tit.* Vnde in *l. 2. sup. pro soc.* si ego & tu communiter fundum emerimus, proculdubio dominium fundi ad vtrumque pertinet, quia communi nomine emptus est, tametsi ego solus pretium numerauerim de meo, solusue publicas functiones exsoluerim: nec enim ideo eius fundi solus ero dominus. Et sic est explicanda *d. lex 2.* Et hæc dixisse sufficiat de ratione perficiundæ donationis rerum corporalium. Rerum incorporalium, veluti nominum, seu obligationum donatio perficitur cessis actionibus *l. 11. in fine h. tit.* Et fit ea cessio etiam inuitis debitoribus

D *l. 2. h. tit. l. 1. sup. de nouat.* siue pura sit obligatio, siue sub conditione contracta: Nam & spes futuræ actionis cedi & donari potest *l. 3. h. tit.* Cessio actionis est mandatum, quo procurator constituitur ad eam actionem instituendam. Constituitur autem procurator cessa actione, vel in rem nostram, vt emolumentum litis ad nos redeat: vel in rem ipsius procuratoris, vt si ei donauero nomen debitoris, vel si vendidero, cedam illi actionem in debitorem, & ita faciam eum procuratorem in rem suam, vt sibi habeat, quod iudicio consequutus fuerit, non in rem meam, qui donaui, aut vendidi actionem. Et multum interest, in rem suam constituatur procurator veluti donatarius, aut emptor, an in rem alienam, quod nobis explicandum est diligenter: Et hic tractatus ex-

E plicabit legem *illam* quæ est elegantissima. Dicamus ergo primum *de procuratore in rem suam.* Erat olim differentia in hac re inter donatarium, & emptorem, quod emptor actionis sibi cessam actionem transmittebat in heredem, etiamsi moreretur ante litem contestatam: Poterat etiam alium facere procuratorem ad agendum, ante quam ipse litem contestatus esset, quod tamen omne denegabatur donatario, qui non nisi post litem contestatam poterat alium facere procuratorem ad litem exequendam, nec nisi post litem contestatam transmittebat actionem ad heredem suum, *l. illam, h. tit.* nimirum donatione strictius accepta, vt cras demonstrabo auctores iuris semper accepisse donationes restricte, quod fiant

sæpe temere & inconsulto. Collegit alias differentias inter donatarium & emptorem, donatorem & venditorem Modestinus lib.8. differentiarum, quod ad res venditas edictum ædilitium, & redhibitoriæ actiones pertineant non ad res donatas, *l. ad res ff. de ædilit. edict.* Et quod emptor ex mora debeat pecuniæ vsuras, non etiam donator pecuniæ per stipulationem *l. eum qui, ff. de donat.* Et quod ademisse legatum videtur indistincte, qui rem legatam donauit: qui vendidit, non sine distinctione, vtrum necessitate coactus vendiderit, qui non videtur ademisse legatum, an vltro, qui videtur ademisse legatum *l. rem legatam ff. de adim. legat.* Omnes has differentias posuit, vt illarum legum inscriptiones demonstrant, Modestinus, 8. Different. nec est dubitandum, quin posuerit etiam illam, de qua agitur in *l. 33. h. tit.* Et hanc quoque, quod venditor vsusfructus, retinet vsumfructum, etiamsi emptor non vtatur, quia pretio fruitur, & qui pretio fruitur, non minus videtur rem habere, quam qui re principali vtitur fruitur. Donator autem non retinet vsumfructum, nisi donatarius vtatur fruatur, *l. non vtitur, & duab. sequent. ff. de vsufr.* Et hanc quoque, quod donatarius euictionis nomine non habet regressum ad donatorem, nisi de eo stipulatus sit. At emptori est regressus euictionis nomine ad venditorem, etiamsi de eo nil conuenerit inter emptorem & venditorem, *l. 2. sup. de euiction.* At prima illa differentia inter donatarium & emptorem tollitur in *d. l. illam.* Ex qua, vt emptor nominis, ita donatarius transmittit actionem ad heredem, licet ex ea litem contestatus non sit, vel ius litis contestationis non impetrauerit a Principe, vt ait *l. illam.* Et notandum, ius litis contestationis impetrari rescripto Principis, quo scilicet Princeps statuat actionem eodem iure esse, quo si ex ea lis contestata esset, vt in *tit. quand. libell. princ. oblat. lit. cont. sup.* Denique vt mortuo eo, qui donauit aut vendidit, relictis heredibus ante litem contestatam a donatario vel emptore, mandatum, siue procuratio non extinguitur, quæ facta est in rem procuratoris, non in rem mandatoris, *l. 1. sup. de oblig. & act.* Ita nec mortuo emptore vel donatario ante litem contestatam, mandatum actionis extinguitur, sed transit ad heredem emptoris, vel donatarii. Item ex *l. illam* donatarius re integra, id est, ante litem contestatam, sicut emptor, alium ad agendum procuratorem instituere potest. Et sublata igitur est illa vetus differētia, quæ strictius accipiebat donationem, quam emptionem, constituta inter donatarium & emptorem. Et hæc de procuratore, id est, de eo, cui cessa est actio in rem suam. Nunc dicamus de eo procuratore, cui cessa est actio in rem alienam, id est, in rem mandatoris. Hic si moriatur re integra, id est, ante litem contestatam, non transmittit actionem ad heredem. Post litem contestatam transmittit, quia litis contestatione factus est dominus litis. & ita constituit Iulian. Imperator in *l. nulla, sup. de proc.* de qua Iuliani constitutione sensit proculdubio Symmachus, 1. *Epist. ad Theod. Imper.* his verbis: *successit aliud, vt obitu Martianæ clarissimæ fœminæ, mandatum diceretur extinctum. sed contra venerabilis Iuliani sanctio stare procuratorum iussit officia, causarum dominis viuentibus inchoata per litis contestationem.* Plane igitur intelligit legem *nulla.* Denique siue moriatur ipse procurator in rem alienam constitutus ante litis contestationem, siue mandator, mandatum morte extinguitur *l. mandatum sup. mand.* Sicut & iussum, puta adeundæ hereditatis morte extinguitur *l. si per epistolam ff. de adquir. heredit.* Et cessitia tutela finitur morte cedentis apud Vlp. *lib. regul. tit. de tut.* Item procurator factus in rem alienam, ad agendum scilicet, vel defendendum, ante litem contestatam alium facere procuratorem non potest. Et hæc omnia hodie ad vnguem obseruantur, quod ostendit etiam *d. lex nulla*, nisi dominus ei permiserit, vt alium quocunque tempore institueret procuratorem ad litem de mandato, vt in *cap. 1. de proc. lib. 6.* Nil ad hanc quæstionem facit *lex si quidem, sup. de oblig. & act.* quam adducit Accurs. ad *d. l. 33.* Nam si recte apponatur species *l. si quidem,* dominus non cessit actionem suam cuiquam, sed mandauit tantum debitori suo, vt solueret Titio, quem Titium negat habere actionem aduersus debitorem, non abs re, quia cessa ei fuisse non ponitur. Itaque ea lex nil facit ad propositam quæstionem. Hæc vero omnia, quæ hactenus diximus, sunt de procuratore ad lites seu actiones, posita differentia inter eum, qui factus est procurator, id est, cui cessa est actio in rem suam, & eum, cui in rem alienam. Cæterum ab eo procuratore, qui constituitur ad lites, longe distat procurator institutus *ad negotia gerenda*, qui fit semper in rem alienam. & hic quocunque tempore potest alium facere procuratorem, etiamsi dominus specialiter id ei non permiserit, *l. si procuratorem §. 1. ff. mand. & d. cap. 1. de procur. lib. 6.* Excipitur vnus casus in *cap. vlt.* si procurator instituatur ad contrahendum matrimonium nomine alterius, quod fit sæpe, maxime inter principes: nam in re tanti momenti, non permittitur procuratori alium facere, nisi dominus id ei permiserit nominatim. Est etiam alius casus in *l. pen. §. item adiiciendum ff. de diuers. & temp. præscr.* si rem vendendam mandaui, quia cum agatur de alienatione rei meæ, ei soli licebit vendere, cui mandaui, & tradere, & alii inutiliter eam ipse, cui ego mandaui, vt venderet, alii vendendam mandabit, nisi, vt ait I.C. illo loco, *id ego ei nominatim permiserim, sans qu'il ait eu licence de subroger,* quoniam agitur de abalienatione rei meæ. Sed illo loco, vbi est scriptum, (*qui postea mandauerit*) errore frequentissimo in Pandect. Florent. quæ nobis debent esse sacratissimæ (*qui*) scriptum est, pro (*cui*) sicut & paulo ante illo loco, *qui vendendum mandauerat*, more scriptoris Florentinarum, *qui*, pro, cui: alioquin ille locus torqueret mirum in modum. Multa alia ad perficiendam donationem requirit constitutio Constantini ad maximum præfectum vrbi in *l. 25. h. tit.* quam hodie potissimum explicabo cum omnibus aliis, quæ illam sequuntur vsque ad leg. 34. Multa alia requirit constitutio Constantini, vt perficiatur, valeatque donatio, quæ tamen magna ex parte postea rescissa sunt, vt in eis explicandis admonebo. Et primum Constantinus in *l. 25.* vult, donationem fieri sub hac obseruatione, *inquit*, vt quas leges indulgent actiones contineat, id est, vt fiat per actus legitimos, puta cessionem in iure, vt *l. 1. C. Gregor. de donation.* vel per mancipationem, vel per traditionem solam, vel per traditionem & mancipationem simul: nam & hos actus coniungi posse ostendit *l. 7. C. Theod. de don. & Paulus 2. Sentent. tit.* 17. his verbis: *Res empta mancipatione, & traditione perfecta, &c.* Actiones igitur hoc in loco sunt actus, vt Theodorus vertit, πράξεις, non iura experiundi in iudicio. Quas igitur leges indulgent actiones, id est, actus legitimos, qui tamen constitutione Iustiniani sunt remissi, & hodie donatio nudo consensu perficitur, etiamsi non contineat legum actiones, id est, actus legitimos. Interpretes non intelligunt ea verba. Et adiecit Constantinus in hac *l. 25.* vt, quæ fit donatio sub conditione, vel lege, aut modo aliquo, de qua proprie agitur *tit. seq.* contineat quas leges indulgent conditiones atque pactiones, id est, conditiones, pactionesque legitimas, non iure improbatas, non turpes, non inhonestas, non illegitimas, non illicitas, quarum exempla multa suppetunt. & his conditionibus cognitis, atque legibus, quas rebus suis in donando donator dixit, tum, vt donatarius donationem, vel recipiat, vel reiiciat. Vult igitur donationem fieri conditione donationis, & causa cognita donatario, atque perpensa, nec donationem fieri μονομερῶς, sed ab ipso donatario agnosci, & accipi, quod etiam indicat *l. 15. sup. de sacros. Eccles.* quæ est constitutio Græca. Et vnum casum ponit, quo donatio etiam a nemine accepta valet, vt si quid donetur ecclesiæ, vel pauperum, aut peregrinorum habitationis ædificandæ gratia. Hæc donatio consistit,

etiamſi nemo eccleſiæ nomine eam agnoſcat & amplectatur. Alias non valet donatio μοι μερας, (*quand elle n'eſt point acceptee.*) Nec alia eſt ratio, cur in *l. 26. h. tit.* donatione collata a patre in filium emancipatum infantem, cuius nullus eſt affectus, vt poſſit oblatam donationem accipere, & animo complecti, neceſſe ſit per ſeruum infantis rem peragi, vt per eum nomine infantis ei donatio adquiratur. cur? niſi quia non poteſt eſſe donatio ſine acceptione, id eſt, niſi donatarius eam accipiat, vel ſeruus eius, nomine eius. Vnde in *l. 8. §. ſed etſi ff. de bonis libert. ſi libertus patrono donauit, ille autem accepit.* Verum vt totam eam *l. 26.* exponam, Ait *a patre donationem fuiſſe collatam in filium emancipatum:* Nam in filium familias collata donatio imperfecta eſt, *l. 11. & 17. h. tit.* Et ait, *infantem per ſeruum ſuum accipere donationem animo ſerui ſui.* Quid ſi non habeat ſeruum? Eſt ei emendus, vt per eum ea res expediatur, vel adhibendus eſt ſeruus publicus, vt *l. 2. ff. rem pup. ſaluam for.* Et hoc ſi pater donauerit filio emancipato infanti, forte in eo emancipando, vt fit: nec enim dimitti ſolent filiifamil. quin eis aliquid erogetur a parente, quo tolerent vitam ſuam. Quid ſi alius quidam huic filio infanti aliquid donauerit? Donatio perficietur tutore auctore. Et ita Ioannes accipit recte, *l. 3. ſup. de adquir. poſſeſſ.* Ergo perficietur patre auctore, videlicet ſi emancipatione manumiſſor exſtiterit, vt ait *l. 5. ſup. de dol.* vel auctore eo, qui manumiſſor extiterit, vt apud Vlpianum *libro regul. tit. de tut.* & ita explicanda eſt lex *26. h. tit.* Redeo ad *l. 25.* Addebatur in conſtitutione Conſtantini, quod extat etiam in *C. Theod.* ſed diuulſum eſt ab hoc loco, & tranſlatum in *tit. de adminiſtr. tut. l. pupillorum ſup.* vt ſcilicet ſi tutor, vel curator minoris, cum aliquid donatur minori, negligens fuerit in excutienda conditione donationis forte graui nimis, & onerosa minori, & moleſta, & ea conditione neglecta nomine minoris donationem amplexus ſit, vel auctor ei fuerit amplectendæ eius, vt damnum, quod ex ea re ſenſit minor culpa tutoris, vel curatoris negligentia, tutor vel curator præſtet minori, atque reſarciat. Finge: donaui minori ea lege, & conditione, vt creditoribus donatoris ſatisfaciat, vt in *l. 17. h. tit.* & donatorem opprimi multo ære alieno: tenebitur curator, vel tutor, qui minus perpenſo conſilio eam donationem eſt amplexus, cui onus erat impoſitum diſſoluendi maximi æris alieni. Et ita eſt explicanda *d.* lex *pupillorum*, quæ eſt pars huius *l. 25.* Addit Conſtantinus in *h. l.* (quæ eſt cæterarum omnium princeps, & veluti arx totius tituli, quia fere omnia complectitur, quæ in perficiunda donatione deſiderantur) *additur inquam, in conſcribendis donationibus exprimi nomen donatoris debere*, & *ius*, quod etiam explicant male vt cætera fere omnia: *ius*, id eſt, ex qua cauſa eam rem adquiſierit, quam donat, ne largiatur de alieno temere, & imponat donatario. Exprimi igitur debere nomen donatoris, & ius dominii, quod habet in ea re, quam donat, & eam rem deſignari oportere, & inſtrumentum donationis perſcribi in tabulis, vel membranis, vel qua alia materia, palam, non occulte, publice, non priuatim. Et rurſus ab ipſo donatore perſcribi, vel a tabellione, vel ab alio, ſubſcribente donatore, vel alio vice donatoris, ſi donator neſciat literas *l. 29. & 31. h. tit. §. 1. Inſtit. de empt. & vend.* Et ait Conſtantinus, in conſcribendis donationibus, quia (quod notandum) Conſtantinus omnimodo deſiderabat ſcripturam in donationibus, & factam ſine ſcriptis habebat pro imperfecta, quod etiam indicat *l. 5. C. Theod. eod.* Ideoque poſtea Theodoſius conſtituit, & ſine ſcriptis factam donationem valere, quia non valebat ante. Et Theodoſius igitur ea in re mutat conſtitutionem Conſtantini *l. 29. h. tit.* & in *l. 31. in fine.* Puto & Conſtantinum non probaſſe donationem collatam in hominem ignotum donatori, quoniam eam idem Theodoſius eadem *l. 29.* approbat, quæ confertur in ignotum, cuius pars eſt *l. extraneum 2. ſup. de heredib.*

A *inſtit.* quæ etiam ignotum hominem heredem inſtitui permittit, quod argumentum præbet ante Theodoſium, hæc non fuiſſe permiſſa. Et præterea deſiderabat Conſtantinus in donatione perficiunda ſolemnitatem corporalis traditionis, quæ fieret aduocatis vicinis, & teſtibus quamplurimis, non duobus, aut tribus, quorum fide probari poſſet, nil actum per vim aut fraudem, *vt eſt aperte ſcriptum in C. Theod.* vbi hæc lex 25. extat plenior *l. 1. eod.* Deſiderauit etiam primus Conſtantinus, quod vſque in hunc diem manet, donationem allegari, id eſt, inſinuari apud acta iudicis ordinarii, puta præſidis prouinciæ, vel magiſtratus municipalis, vt in fine huius legis. Et quod attinet ad ſolemnitatem traditionis, iam dixi, eam a Iuſtiniano eſſe remiſſam, & hodie perfici donationem conſenſu, non re. Quod autem attinet ad

B aduocationem vicinorum & plurimorum teſtium, hoc mutat *l. 31. h. tit.* hac ratione, quod ſint ſuperflui teſtes, vbi publica monumenta ſufficiunt *l. omnium, ſup. de teſtam.* Inſinuatio donationis, eſt publicorum monumentorum confectio, & conteſtatio. Imo, quod mirum eſt ex *d. l. 31.* quibus caſibus non ſunt neceſſaria publica monumenta, id eſt, quibus donatio perficitur ſine inſinuatione (ſunt enim multi caſus, qui explicabuntur die craſtino) his, inquam, caſibus, ſi donatio fiat ex ſcripto, ex *l. 31.* non requiruntur teſtes, ſufficit ſcriptura, vel a tabellione, vel ab alio quolibet confecta, & ſubſcriptio donatoris. Qua in re multum diſtat donatio inter viuos a donatione cauſa mortis, quæ non inſinuatur, & licet fiat ex ſcripto, exigit 5. teſtes, quia inſtar habet vltimæ voluntatis *l. vlt. inf. de mort. cauſa donat.* At donatio in-

C ter viuos, quæ inſinuatur, vel non, ſi fiat ex ſcripto, contenta eſt ſubſcriptione donatoris, ſicut chirographum non deſiderat teſtes, ſed ſufficit ſubſcriptio debitoris. Quod autem ad actorum teſtationem, ſiue inſinuationem attinet, quam primus Conſtantinus deſiderauit, huic rei poſteriores conſtitutiones modum impoſuerunt: Nam quod aperte ſtatuit Conſtantinus in hac *l. 25.* vt & donatio mortis cauſa inſinuetur, hoc mutat lex *vlt. inf. de mort. cauſ. donat.* Et intra certam ſummam aliæ conſtitutiones non exigunt inſinuationem, nec vltra eam quantitatem, ſiue ſummam certis caſibus, qua de re tractabimus in *l. 34.* Quamobrem Tribonianus ad conſtitutionem Conſtantini in fine, vbi Conſtantinus exigit inſinuationem, adiecit hæc verba, *vbi hoc leges expoſtulant.* Nam Conſtantinus indiſtincte omnibus caſibus

D exigebat inſinuationem in donationibus. Alias vero, vbi eſt neceſſaria inſinuatio, etiam hodie ſi fuerit omiſſa, donatori eſt integra vindicatio rei donatæ, tanquam dominio non amiſſo. Et hoc oſtendit, *l. vlt ſup. de iur. dot. & l. 38. ſup. de Epiſc. & Cler.* At præterea Conſtantinus non aliter inſinuationem fieri voluit apud magiſtratum municipalem, quam ſi abeſſet præſes prouinciæ *l. 3. C. Theod. eod.* quod etiam probat lex *pen. eod.* Verum hoc poſtea mutauit Leo in *l. 30. h. tit.* quæ relinquit in arbitrio donatoris, vt donationem inſinuet apud præſidem prouinciæ, vel apud magiſtratum municipalem, ſiue abſens ſit præſes, ſiue præſens. In hoc conſentiunt omnes conſtitutiones, vt inſinuatio fiat vbi donatio celebratur, non vbi res donatæ ſitæ ſunt, & collatæ *l. 27. in fine, & l. 30. & 32. h. tit.* In hoc etiam conſentiunt, vt exceptis certis

E caſibus neceſſaria ſit inſinuatio, etiam in donatione, quæ fit inter parentes & liberos, *l. 27.* Et de inſinuationis neceſſitate, & ratione notandus eſt hic locus Caſſiodori libro 9. *in edicto Attalarici Regis. In allegatione*, inquit, id eſt, inſinuatione, *iuſtiſſimæ largitatis, illam diſtinctionem volumus cuſtodiri, quam pro veritate ſolicite legalis ſanxit antiquas:* ſic enim (*vt ipſe teſtatur*) *& fraudi non patebit occaſio, & veritati maior conſtabit auctoritas.* hæc eſt ratio deſideratæ inſinuationis. Porro Conſtantinus, qui tam multa requirit, ea requirit nominatim in hac *l. 25.* in omni donatione, & primum in directa, id eſt, ſimplici, abſoluta, plena, pura, præſenti, cui neque dies,

neque conditio, neque modus adiicitur, vt Concilij Toletani 4. *Canon.* 72. directa manumissio, cui nullus adiicitur modus, nulla retentio obsequii, vel operarum. Item ea omnia requirit in donatione mortis causa. ergo & inter cætera solemnia in ea requirit insinuationem, quod tamen tollit *d. l. vlt.* Item eadem requirit in donatione facta sub conditione, vel modo, vel ex certo tempore, de qua proprie in *tit. seq.* Et quod ait (*ex certo tempore*) sic accipi debet, a certo tempore, puta a Calendis Iul. vt res tua fiat ex donationis causa, vel ad certum tempus, aut incertum: Nam & ita facta donatio hodie valet, veluti vt post mortem donatarii redeat ad donatorem *l. 2. & 3. tit. seq. l. vlt. sup. de legat.* Et postremo Constantinus ea omnia requirit, *in donatione*, inquit, *animo dantium, accipientiumque sententiis, quantum ius sinit cognominata.* Accursius hæc non intelligit. Theodorus intelligit, sed eius interpretatio auxilio & adsertione indiget. His verbis Constantinus agit de donatione, quam donator & donatarius, non donationem nuncupant proprio nomine, sed cognominant venditionem, aut conductionem, aut transactionem, hoc tantum acto tacite, vt donatio sit, vt si fiat venditio, vel conductio imaginaria, vt *l. si quis conduxerit D. loc. l. si vsusfructus, D. de iu. dot.* Hoc negotium ea omnia requirit, quæ donatio ipsa palam nuncupata donatio. Donationis nomen per se solum non facit donationem, sed mens dantis & accipientis *l. 15. §. Papinianus, D. loc.* Verum ait Constantinus, *quantum ius sinit*, id est, quibus casibus est permissa venditio, vel conductio imaginaria donationis causa: Nam in fraudem legum, veluti legis Cinciæ, vel legis Iuliæ repetundarum, ipso iure nulla est venditio imaginaria, quæ ferat illicitam donationem, vt in *l. emptor D. de aqu. pluv. arc. l. pen. D. ad leg. Iul. repet. l. 10. sup. de distract. pignor. l. nuda D. de contrah. empt. l. contractus, D. de obligat. & action.* Neque vero mirum videri debet, si tam multa exegerit Constantinus in donatione omni: Nam & olim ante Constantinum multo strictius sunt acceptæ donationes, quod heri ostendi vno exemplo, ex *l. illam h. tit.* & ostendam nunc alio, quod non aliter valebat donatio omnium bonorum, vel partis, puta dimidiæ, vel tertiæ, quam vocant, *quotam partem*, quam si donator singulas res percensuisset & pernumerasset *l. 1. & 2. Cod. Gregor. de donat.* quod ius optimum erat: quia improuidi plerique, quibus excidit verbum illud (*omnia bona*) persæpe nesciunt, quid habeant in bonis; & ideo, vt appareat eos scire quid faciant, siue donent omnia bona seu partem, exigitur ab eis recensitio singularum rerum. Non fauent iura donationibus, nisi fiant pietatis causa, quia plerique specie donationis & liberalitatis abutuntur ad luxum, & prodigalitatem. Vulgo dicitur donare esse perdere, ex *l. filiusfam. D. de don.* nec tamen, qui donat, perdit omnino: quia beneficio debitorem adquirit iure gentium *l. si pignore §. 1. D. de furt.* At iure ciuili perdit, quia donati repetitionem non habet, iure gentium non perdit. Proprie *perdere*, est abligurire, vel scorto dare, itemque credere filiofamil. contra Senatusconsultum Maced. vt ait *l. 3. D. ad Senatusc. Maced.* quod tamen donare vocat *l. 6. D. si quid in fraud. patr.* Et ita Piso in Orat. habita aduersus Othonem apud Cornelium Tacitum libr. 1. Hist. *Falluntur*, inquit, *quibus luxuria specie liberalitatis imponit. perdere iste sciet*, loquens de Othone, *donare nesciet.* Et ita Tertull. libro de Patientia: *Non piget donare ei, qui non timet perdere.*

Ad L. 34. Sancimus.

L. 34. Sancimus omnem donationem, siue communem, siue ante nuptias factam, vsque ad 300. solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere: vt non vsque ad ducentorum solidorum summam teneat: sed in huiusmodi obseruatione similes sint tam communes, quam ante nuptias donationes. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum: hoc quod superfluum est, tantummodo non valere: reliquam vero quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto, vel non intellecto esse credatur. Exceptis donationibus, tam imperialibus, quam his, quæ in causas piissimas procedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub obseruatione monumentorum fieri, tam a retro principibus, quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam maiestatem, &c.

Lex 34. quæ tota est *de insinuandis donationibus* nobilissima est (quales sunt omnes, quæ eandem habent subscriptionem) puta, quæ testetur recitatam fuisse constitutionem *Septimo*, in nouo consistorio palatij Iustiniani. In *l. sancimus sup. de sacrosanct. Eccles.* integriori oratione subscriptio sic habet, recitata 7. milliario, & *Nouella quoque de hereditatibus quæ ab intestato defer.* apud Iulianum antecessorem. Et vt in veteribus legibus in *l. 30. sup. de fideicomm.* recitata 7. milliario, id est, palatio imperatoris, quod fuit in suburbiis Constantinopoleos, in quo Iustinianus iuri dicundo nouum consistorium extruxerat. Idque palatium, quod plenius dicitur *Septimum milliarum*, aliquando simpliciter *Septimum* tantum appellatur, vt in subscriptione huius legis, *recitata Septimo.* & in subscriptione, *l. 19. sup. de iure delib.* & vt in veteribus legibus, in subscriptione legis 6. supra, *de bonis, quæ liber. adquir. recitata Septimo, &c.* Et apud Sozomentum 7. cap. 21. quod simpliciter vocatur ἕβδομον, Cassiodorus interpres Latinus Sozomeni vertit *Septimum miliarium*, perfecta oratione. Vnde fit manifestissimus error, qui non vno loco, sed quatuor, aut quinque admissus, est, vt in subscriptione *l. pen. sup. de reb. cred. & l. 30. sup. de iur. dot. & l. vlt. sup. de legit. tut. l. 3. sup. de bon. libert. l. litibus, inf. de agric. & cens.* In quibus locis, pro (*recitata septies*) emendandum est, (*recitata Septimo*) quod non numerum, sed locum significat. Eadem forte ratione dictum est *Septimum* qua decimum suburbium quoddam Carthaginis, quod auctore Procopio ab ea distabat stadiis septuaginta. Omnes autem hæ constitutiones, quæ illo loco recitatæ proponuntur, sunt celeberrimæ, & de iure, aut multa, aut singularia quæque continent. Primum autem in hac *l. 34.* agitur de quantitate & summa, intra quam recte fit donatio sine insinuatione. Olim nulla donatio indigebat insinuatione, nulla erat referenda in acta publica. Primus Constantinus voluit donationem insinuari *l. 25. h. tit.* quod tamen ipse patri suo tribuit in *l. 1. C. Theod. de sponsal.* Et omnem donationem sine vlla exceptione, directam, mortis causa, putam, conditionalem, suo proprio nomine, vel quo alio adumbrato nuncupatam, vt exposui nudiusquartus. Neque tamen addidit Constantinus donationem ante nuptias, seu propter nuptias, quæ dotem contra a marito confertur in vxorem, quam tamen addit Iustinianus in hac lege, quia scilicet vsus eius tempore Constantini nondum inoleuerat. Post Constantinum Theodosius a necessitate insinuationis excepit donationes, quæ consisterent intra quantitatem 200. aureorum, siue solidorum. Hoc ita constituit Theodosius in *l. vlt. C. Theod. de sponsal.* Idque vult obtinere, vt ait, non tantum in donatione ante nuptias, de qua proprie agitur *d. l. vlt.* sed in omnibus, vt si non superent 200. aureos, necesse non sit eas referri in acta publica. Post Theodosium Iustinianus primum quidem in hac lege eam quantitatem produxit vsque ad trecentos aureos, intra quam non exigeretur insinuatio donationis, neque communis, vt ait, id est, quæ vulgo fit inter viuos pure, vel conditionaliter, vel in diem, vel expressim, vel tacite: neque donationis ante nuptias, siue propter nuptias. Et nil dixit Iustinianus de donatione causa mortis, quod scilicet in hac existimaret, non esse necessariam insinuationem cuiuscunque quantitatis fuerit, quod & post

hanc

hanc legem patefecit anno sequenti, *l. vlt. inf. de mort. caus. donat.* quod comparentur legatis, quæ non insinuantur. Deinde vero idem Iustinianus, quod specialiter constituerat ante in donatione facta ciuitatibus vel Reipubl. & in donatione facta pauperibus, vel locis pietati dedicatis, vt intra summam quingentorum aureorum ea donatio valeret, etiamsi insinuata non esset *l. illud, sup. de sacros. eccles.* quod etiam repetitur in hac *l. §. alias*, id postea idem constituit in omnibus donationibus, quantitate trecentorum, quam finit *hac lex*, producta ad 500. intra quam summam nulla donatio indigeret actorum monumentis, *l. pen. §. vlt. hoc tit.* Et vtimur nos hodie magis lege Constantini, quoniam volumus, aut principes nostri volunt, cuiuscunque quantitatis donationem insinuari: Nam & Constantinus non habuit rationem quantitatis, sed cuiuscunque quantitatis donatio foret, eam insinuari, & intimari voluit, quo iure vtimur. Ostenditur in hac lege donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec est insinuata, in eo tantum, quod superfluum est, inutilem, in residuo esse vtilem, vt si fuit 800. in quingentis, *secundum leg. pen.* vtilem esse, in trecentis inutilem, nec vitiari vtilem per inutilem. Idemque habetur *Nouella* 162. & idem dicitur in stipulatione *l. 1. §. pen. D. de verborum obligat.* Et adeo est verum, vt & inutilis stipulatio aliquando, id est, quæ per se foret inutilis, confirmetur per adiectionem, & coniunctionem vtilis stipulationis, vt *l. 1. §. 1. sup. de rei vx. act.* quod ibi rectissime Græci explicant, apposito exemplo ex iure veteri, & potest apponi aliud in donatione ex *l. si sponsus §. generaliter, D. de donat. inter virum & vxor.* Et aliud in mandato, ex *l. 2. §. mea & aliena, D. mand.* & in auctoritate tutoris, ex *l. 1. §. 1. D. Quod fals. tutore auctore.* Quod autem dicimus, donationem, quæ excedit legitimam quantitatem, nec est insinuata, partim esse vtilem, partim inutilem, idem obtinuit, si quid supra modum legis Cinciæ, quæ fuit de donationibus, donationis causa promittatur: Nam vt l. Falcidia legatis, lex Papia dotibus, lex Caninia manumissionibus, quæ donationis & liberalitatis genera quædam sunt: ita lex Cincia aliis donationibus imposuit certum modum, vltra quem donare non liceret, quod etiam demonstrat, veteres non fauisse donationibus. Et de hoc modo legis Cinciæ est intelligenda *l. cum de modo, & l. vt mihi, & l. Modestinus, & l. fideiussori, D. de donat. & l. pure § si donaui D. de dol. except.* maxime cum in libris nostris adhuc supersit mentio legis Cinciæ, vt in inscriptione legis *contra legem D. de legibus*, & in *Nouella* 162. vbi ego iam pridem perspicue ostendi, pro *(Ælia)* legendum, esse Κιγκία, id est, *Cincia.* Et *l. 3. C. Theod. de donationibus.* Hoc autem distat lex Cincia a constitutionibus Theodos. & Iustiniani, quæ etiam videntur modum imponere donationibus, quod lex Cincia cohibet, & coarctat licentiam donandi, illæ autem constitutiones coarctant tantum licentiam omittendæ insinuationis. Nam ex illis constitutionibus non omissa insinuatione, donare licet in infinitum, & tamen in superioribus legibus quas retuli ad modum legis Cinciæ, Græci & Latini interpretes, legitimum modum accipiunt de harum constitutionum modo, intra quem insinuatio donationis non requiritur, vel quia ignorauerint eas leges proprie pertinere ad legem Cinciam, & illam exceptionem solemnem immodicæ donationis ex lege Cincia, cuius formula proponitur in quibusdam ex illis legibus, quod supra legitimum modum donatum non sit; vel quia, si hoc non ignorauerint, data opera eas accommodarunt, & inflexerunt ad has constitutiones nouissimas, quibus licet non obseruato modo legis Cinciæ donare, sed non sine insinuatione. Verum, vt ex iis constitutionibus facta donatio supra legitimam quantitatem sine insinuatione non est omnino inutilis; ita nec facta supra modum legis Cinciæ erat omnino inutilis, sed detracto superfluo, in residuo erat vtilis *d. l. vt mihi sup. de donat.* Sequuntur in hac lege casus, quibus donatio facta supra legitimum modum non indiget insinuatione. Primus est, si fiat a Principe, cuius donatio est lex, quod hoc in loco Iustinianus ait, ante se alios Principes constituisse, vt nulla donatio Principis exigeret insinuationem: Et vero ita constituisse Zenonem idem Iustin. testatur *Nouella* 52. Secundus casus hic est, qui & tertium complectitur, si fiat propter nuptias fœminæ minori 25. ann. *auxilio patris destituta*, vt ait *l. minoribus sup. de don. ante nupt.* auxilio patris destitutæ, id est, sui iuris fœminæ, matrisfam. minori 25. ann. Nam ei, quæ est in potestate patris, quia patri adquiritur, non valet facta donatio propter nuptias cuiuscunque quātitatis citra insinuationem. Idemque in sponsalitiis muneribus factis minori decreuit Constit. *l. 3. C. Theod. de spon.* At hodie ex *Nouella* 119. & 127. etiam fœminæ maiori 25. ann. & sui iuris facta donatio propter nuptias cuiuscunque quantitatis insinuatione non indiget, quatenus mulier ex ea lucrum sperat, quæ est æquissima constitutio, quoniam donatio propter nuptias respondet doti, est examen dotis, id est, datur contra dotem, & quasi dos est mariti. Certum est autem dotem cuiuscunque quantitatis sit, non insinuari, neque donationem mulieri factam dotis causa ab eo, qui pro ea dotem dat in *l. vlt. sup. de iure dot.* Addendi sunt alii casus ex *l. pen. h. tit.* quibus valet etiam donatio supra legitimum modum sine insinuatione, vt *si fiat causa redemptionis captiuorum.* non dico generaliter, si fiat pietatis causa, quia & aliæ, quæ pietatis causa fiunt, desiderant insinuationem, cum excedunt legitimam quantatem, *d. l. illud sup. de sacros. eccles.* At quæ fit specialiter ex causa redemptionis captiuorum, quantacumque sit, non desiderat insinuationem. Addit etiam *lex pen.* aliam piam causam, si quis misertus eius, cuius ædes corruerunt, vel incendio consumptæ sunt, ei donauit in refectionem ædium suarum: nam huius quoque donationis quantitas non spectatur, aut insinuatio, quantacumque sit, non requiritur, sed quod donatum est, traditur ei, qui hanc cladem passus est, vt ædes reficiat; quibus refectis an cogitur reddere rationem, si forte dicatur, totam pecuniam quæ donata est, eum non erogasse in refectionem ædificii? Minime, sed satis est, si totam eam pecuniam in eam rem consumpsisse se iuret: sicut etiam, cum pecuniæ quantumuis immensæ dantur Episcopo ad redemptionem captiuorum, ex *l. pen.* satis est, si iuret, se totam eam pecuniam in eam rem erogasse. Additur etiam in *l. pen.* non indigere insinuatione donationem rerum mobilium, non immobilium, quæ fit militibus a magistro militum, vel de suo, vel de præda, aut manubiis, de spoliis hostium, vt ait, qui locus est notandus, quia indicat, prædam mobilium rerum vel animalium non protinus cedere militibus, sine permissu ducis aut magistri militum, sed redigi in publicum, & ex redacto fieri donatiua militibus, vt *l. pen. D. ad leg. Iul. pecul.* Postremo addatur etiam alius casus ex *l. 38. sup. de Episcop. & cleric.* quæ est Græca constitutio, ex qua donatio rerum mobilium facta monasterio ab eo, qui ingressus est monasterium, factus monachus, cuiuscunque sit quantitatis, non exigit insinuationem, nec possit ille, si exeat monasterio exuatque monachismum prætextu omissæ insinuationis vindicare res mobiles, quas intulit in monasterium. Immobiles poterit vindicare omissa insinuatione, non mobiles: quem casum Theodorus notauit in hac lege, sed perperam adiecit etiam alium casum, ex *l. 25. sup. de donat. inter virum & vxor.* Donatio inter patrem & filiumfamil. vel inter virum & vxorem ipso iure non valet, sed conualescit silentio, & morte donatoris, id est, si in eadem voluntate perseuerauerit vsque ad mortem. Nec obstat regula Catoniana, quod ab initio non valet, ex post facto non valere, qua eueniet sæpe, vt vos quidam incessant; quoniam ad eam duæ sunt responsiones, quarum altera

cum obiicitur, poterit contra obiici, vt dicas, veram A esse regulam iure directo, sed ex æquitate conualescere, & directam quidem actionem non dari, quia obstat regula, sed vtilem. Item, vt in proposito, licebit dicere, conualescere, quod ab initio non valuit, etiam directo iure, quando extat lex certa, quæ hoc statuit, vt lex illa 25. Verum ita distinguit: aut pater, vel coniux, qui eam donationem fecit, moriens eam confirmauit nominatim in testamento, aut non: Si non confirmauit nominatim, si siluit, ipso iure confirmatur, & valet vt donatio, si modo insinuata fuerit, quæ excedit legitimam quantitatem, & retrotrahitur, id est, fingitur valuisse ab eo die, quo primum facta est, non a die mortis donatoris. At si sit confirmata nominatim, tunc valet etiam si non fuerit insinuata. Est igitur hic vnus casus, quo donatio non insinuata valet. Num ita est? mi- B nime, quia eo casu, cum confirmatur nominatim testamento, vel codicillis, non valet vt donatio, sed vt legatum, vel fideicommissum, quod ex eo apparet, quod non retrotrahitur, sed valet tantum ex die mortis. Igitur hic casus non debet addi superioribus. In *l. 34. §. sin autem in auro*, Iustinianus declarat, legitimam quantitatem 300. aureorum, vel hodie 500. intra quam non est necessaria insinuatio donationis, non tantum obseruari in pecuniis, quæ donantur, sed etiam in æstimatione rerum donatarum, vt in eo, quo pluris sunt res, quam efficiat summa quingentorum aureorum, donatio non insinuata inutilis sit, in reliquis vtilis. Verum ita si donatio rei corporalis non insinuata partim probetur, partim improbetur, necessario ea res fiet communis in- C ter donatorem & donatarium: vt si res donata sit digna mille & quingentis, fiet communis inter donatorem & donatarium ratione reuocata ad assem, pro besse & triente, donator habebit decem, donatarius trientem. At communio vt ait in §. *ne autem*, quantas lites, & discordias excitet, non est incognitum. Aristoteles 2. Politic. *Multo plus controuersari eos inter se, qui bona communia possident, quam eos, inter quos sunt distincta dominia rerum.* Qua ratione etiam improbat communionem omnium bonorum Respubl. Platonis, tanquam causam litium, & controuersiarum ciuitatibus allaturam. Igitur huius incommodi tollendi gratia, id est, ne qua sit communio rei donatæ inter donatorem & donatarium cum est omissa insinuatio, definit tollendæ communio- D nis causa, vt donator, cuius pars maior est, nempe bessis in specie, quam posui, a donatario redimat partem minorem, id est, trientem, vel cessante donatore, vt donatarius ab eo redimat partem maiorem, id est, bessem: scilicet, si res commode diuidi non possit, vt animal: vel si res diuidi possit, & hoc malit donator, vt perueniatur ad diuisionem. Quod si ea res sit communis inter donatorem & donatarium ex æqualibus partibus: finge rem donatam sine insinuatione esse 1000. dignam, erit communis inter donatorem & donatarium pro semissibus, id est, pro æqualibus portionibus. Hoc casu, quid sit statuendum communionis tollendæ gratia, Iustinianus non definit hoc loco, nimirum, quia perspicuum erat hoc casu, alterum altero non esse potiorem E in redimenda parte socij, sed hoc esse relinquendum arbitrio iudicis communi diuidundo vel in communione permanendum. Denique tunc duntaxat potest alter ab altero, etiam inuito, partem redimere, cum res communis est ex inæqualibus portionibus. Et ita est hic locus explicandus. Post hæc in §. *si qui autem per diuersa*, proponit Iustinianus hanc quæstionem. Si quis plures donationes, non vno tempore simul, sed diuersis temporibus in vnum contulerit, nec eas insinuauerit, & singulæ donationes sint infra, coaceruatæ autem sint supra legitimam quantitatem, an omnes sint vtiles? Et definit, omnes esse vtiles, vt scilicet singularum per se quantitas spectetur, quæ est infra quantitatem legitimam, ne desiderantem insinuationem, coaceruatio & computatio omnium, ne spectetur: quia non vna, sed plures donationes sunt, scilicet, cum sunt factæ diuersis temporibus, quæ sententia humanior est. Et eodem modo in *l. si idem, D. de iurisdict. omnium iudicum*, si apud magistratum municipalem, qui ius dicere potest duntaxat vsque ad certam quantitatem, vt plerique hodie sunt iudices, vt iudices huius ciuitatis in causis ciuilibus cognoscere possunt vsque ad certam quantitatem, *aux sieges presidiaux*. Si igitur apud magistratum, cui data est iurisdictio vsque ad certam quantitatem tantum, pluribus actionibus sit actum ab vno eodemque, aduersus vnum & eundem, quarum singularum quantitas sit intra iurisdictionem magistratus, coaceruatio vero excedat modum iurisdictionis eius, placet apud eum, vt omnibus recte actum intelligatur, inspecto singularum modo, non omnium in vnum collectarum modo, nec magistratu vocato ad totam computationem, quo iure etiam vtimur. Et simile est exemplum de lege Voconia apud Quintil. Declamat. 164. quæ lex ponit, mulieri, plusquam semissem bonorum relinqui non posse. Et quæritur, si pluribus mulieribus minores aliquanto portiones testator reliquerit, quæ tamen computatæ, & in vnum contractæ efficiant plus, quam semissem bonorum, an omnes repellantur mulieres ab eo, quod eis relictum est? Et verius est, nullam repelli, cum ex eis nulla supra semissem acceperit: non vocari igitur eas ad totam computationem, sed singulis, quod sit relictum, computari singulatim. Nec recte in contrarium ducitur argumentum ex *l. 10. §. 1. D. de appellat.* quoniam in ea lege proponitur vna tantum fuisse actio, quæ tamen plurima habuit capita, (*plusieurs articles*) plures species, quæ non singulatim, sed coniunctim computantur, quia vna est actio plurium membrorum: Nam & idem dicemus, si vna fuerit donatio, quæ plura capita in se habet, id est, coniungemus omnia capita. Idem dicemus in specie Quintiliani, si vna sit mulier, cui plura legata sint relicta. Vnde non obstat etiam, quod ait Accursius, *si vni plura legata relicta sint, omnia cumulari & coaceruari in ponenda ratione legis Falcidiæ*, sicut si vna mulier fuerit, cui relicta sint legata plura, *in supra dicta specie*, omnia legata communi calculo subiiciuntur, quia vno tempore in testamento relicta sunt. Et hic §. loquitur tantum de donationibus, quod trahi potest etiam ad legata facta per diuersa tempora. Sequitur alia quæstio in §. *vltimo.* quidam donationis causa Lucio Titio stipulanti promisit 30. *annua*, 30. in annos singulos. Quæritur vtrum vna sit stipulatio, siue donatio, an plures? Si vna, necessaria est insinuatio, quia annuæ præstationes in immensum excrescere possunt: si plures, non est necessaria insinuatio inspecto singularum modo. Vtrum igitur vna est donatio, an plures? Iustinianus in §. *vlt.* ita distinguit: aut id actum est, vt annua præstatio illa morte donatoris aut donatarii extingueretur: aut id actum est, vt transiret etiam in heredem donatarii. Priore casu cum adiectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii, plures donationes esse intelliguntur, quia etsi fieri possit, vt diu viuat donator, vel donatarius, & ita annuæ præstationes crescant in immensum, fieri etiam potest, vt perexiguo tempore viuat, & ita breui tempore donatio extinguatur, & sub incerto huius rei, id est, vitæ longæuæ, aut breuis, melius est non desiderare insinuationem donationis certæ summæ annuæ, cui adiectum est tempus vitæ donatoris, vel donatarii. Posteriori casu cum non est adiectum tempus vitæ donatoris, neque donatarii, sed facta est heredis mentio, vt scilicet etiam heredi donatarii heres donatoris præstaret eam pensionem annuam; hoc casu, quia infinita est, & perpetua donatio, aut stipulatio donandi causa facta, vna esse intelligitur, & tanquam immensa in vnum coactis multorum annorum pensionibus apud acta est insinuanda, aut non insinuata pro nulla habetur in eo, quod excedit. Sed quo loco de

de hoc posteriori casu agit Iustinianus in fine legis, vt legit Isidorus, & ex contrario prioris casus inducitur, est legendum: *Sin autem etiam heredum ex vtraque parte facta fuerit mentio, nec adiiciatur tempus vitæ*, non, *vel adiiciatur.* quod pluribus exequitur, & confirmat Obseruatio decima quinta. Neque vero existimandum est vllo modo aduersari, imo contra maxime consentire *hunc §. cum l. senatus §. vlt. D. de mort. caus. donat. & l. 16. §. vlt. D. de verb. obligat.* quibus locis dicitur, *stipulationem conceptam in annos singulos tot dari, vnam esse & incertam*, (quia infinita est, & in heredem transmittitur) *& perpetuam*: Nam idem etiam dicitur in posteriori casu huius §. vnam esse stipulationem donandi causa interpositam, qua quis promisit se, heredemque suum, Lucio Titio, heredique eius quotannis donaturum 30. non adiecto tempore vitæ donatoris, vel donatarii. Et in priori casu, cum quis donandi causa promisit 30. annua in tempus vitæ, etiam erit idem in omni stipulatione concepta in annos singulos, quoad viuet promissor, vel quoad viuet stipulator: quia non intelligitur vna esse stipulatio, sed plures: sicut si legetur in annos singulos, non vnum, sed plura legata esse intelliguntur *l. 4. de ann. leg.* quia etiamsi dictum non sit, legatum annuum semper intelligitur relinqui in tempus vitæ legatarii, nisi ei relictum sit nominatim, & heredibus eius, vt in *l. in annalibus sup. de legat.* quo casu idem ius est legati, vt sit vnum scilicet, & stipulationis, cui non est adiectum tempus vitæ. Et hæc de lege tricesima quarta.

Ad L. XXXV.

Lex 35. Si quis argentum donauerit, certumque pondus nominauerit, non autem alias, vel generaliter, vel specialiter expresserit: necessitatem ei imponimus omnimodo præfatum pondus argenti dare, siue in vasis, quibus voluerit, non tamen peioribus æstimatione massæ, siue in ipsa æstimatione, quæ pro massa rudi in illis locis frequentata est.

1. §. *Si vero reditum certum ex possessionibus donauerit, non tamen nomina possessionum edixerit: necesse habere de sua substantia fundos tradere, tantum reditum inferre valentes, quantum in donatione posuerit: in talibus tamen agris, qui nec omnibus, quos habet in possessione, anteponuntur: nec deteriores omnibus sunt, sed status mediocris inueniuntur.*

2. §. *Similique modo, si quis certum numerum seruorum donauerit, non tamen & hic nominatim seruos inscripserit: & hic mediocris figuræ seruos tradere, & neque tales, quos non habere magis, quam habere prodest: nec iterum eos, qui omnem seruorum familiam donatoris antecellunt, sed & hic mediocritas spectetur.*

3. §. *Sin autem donator, neque argentum, neque seruos habens, vel non tantum, quantum donauit, fecerit eorum donationem: æstimationem in his celebrari pro eo, quod deest: ita tamen, vt argenti quidem, (secundum quod prædiximus,) æstimatio detur: in seruis autem non amplius, nec minus quindecim solidis quantitas pro singulis detur. In reditibus autem in quindecim annos æstimationem præstet. Sed in his omnibus, siquidem intra legitimum numerum donatio fiat, nulla monumenta requirantur. Sin autem amplioris summæ; tunc ad acta publica recurratur: ita, vt in his, quæ amplioris sunt æstimationis, secundum nostram legem non totum, sed solum superfluum euanescat.*

4. §. *Sed & si quis vniuersitatis faciat donationem, siue bessis, siue dimidiæ partis suæ substantiæ, siue tertiæ, siue quartæ, siue quantæcunque, vel etiam totius, si non de inofficiosis donationibus ratio in hoc reclamauerit, coarctari donatorem legis nostræ auctoritate tantum, quantum donauit, præstare: obseruatione & hic monumentorum, (secundum quod iam sancimus) omnimodo requirenda, &c.*

Cod.

IN l. tricesima quinta primum tractatur de eo, qui donandi causa promisit, exempli gratia, *decem pondo auri vel argenti*, nec alias expressit quidquam generaliter, vel specialiter. generaliter hoc modo: vasa decem pondo argenti. Specialiter hoc modo: *lancem decem pondo argenti.* Nil ita expressit generaliter, vel specialiter, sed promisit simpliciter decem pondo argenti. Quæritur, quid præstare teneatur? Et docet Iustinianus, eum liberari præstando pondus illud confectum in massam, vel vasa eiusdem ponderis & pretii, vel massæ communis æstimationem in pecunia numerata. Et ita pro pondere promisso eum numerum exsoluere posse, etiam inuito donatario: pondus & numerum vice mutua fungi. Hæc est sententia legis, cui ideo obiicitur, quod iactatur vulgo, *aliud pro alio solui non posse inuito creditore.* Et respondent glossæ hoc fieri in donationibus, fauore donationis, atque etiam in legatis fauore vltimarum voluntatum. Nihil ista opus est allegatione fauoris liberalitatum. Sed dicendum est, donato, vel legato certo pondere argenti, non designato corpore vllo, generaliter vel specialiter, sed hoc dicto duntaxat, *Dono vel lego decem pondo auri Lucio Titio*, hoc casu videri legatam æstimationem, videri in legato esse magis quantitatem & numerum, quam corpus vllum, denique videri legatam pecuniam. Inde sequitur, eum, qui soluit pecuniam, quanti communiter æstimantur decem pondo auri, non soluere aliud pro alio, *l. cum aurum §. 1. & l. 1. in fi. & l. 10. D. de aur. & arg. leg.* At si corpus designatum sit generaliter hoc modo: *vasa decem pondo auri*, vel specialiter, *scyphum decem pondo auri*, inuito donatario, vel legatario, pro vasis, aut scypho non potest solui pecunia, quia certum corpus vel incertum, puta generaliter designatum est. Et eadem est ratio in mutuo, si quis crediderit alteri rudem massam auri vel argenti, bolum auri, vel argenti, quoniam dedit certum corpus, pro quo debitor inuito creditore non potest soluere pecuniam, sed debet reddere massam eiusdem ponderis, non eandem quidem, sed aliam eiusdem ponderis, quia intercessit certum corpus. At, vt recte ponit hæc lex, cum nullum corpus designatum est, nec generaliter, nec specialiter, sed donata sunt *decem pondo auri*, magis quantitas donata videtur, & licet donatori defungi solutione pecuniæ numeratæ, quanti vulgo æstimantur decem pondo argenti. Et sequitur simile quiddam in hac lege, si quis *reditum certum donauerit ex possessionibus*, puta decem modios frumenti annuos, nec designauerit ex quibus possessionibus, eum teneri tradere possessiones, ex quibus quotannis hic reditus redigi, & effici possit, non quidem optimas, nec pessimas, sed mediocres: sicut cum generaliter promisi seruos, mediocres dando liberabor: sicut cum legati sunt serui tres generaliter, vel seruus vnus generaliter, neque optimum præstabit heres, neque pessimum legatarius accipere compelletur, sed præstandus medii generis seruus, seruanda est in ea re mediocritas, *l. legato, D. de leg. 1.* Et hoc si non designauerit possessiones, ex quibus ille reditus colligeretur: sed si designauerit donator, eas ipsas tradere tenetur, non fauore liberalitatis vt glossa notat, (raro enim fauent iura donationibus) sed quia cum voluerit donatarium per se eum reditum percipere, non accipere de manu sua, necesse est ei tradi possessiones, ex quibus per se reficiat, recolligatque eum reditum, quod & hic recte notat Ioannes Faber. Postremo quærit Iustinianus, quid sit dicendum, si is, qui argentum infectum *qui n'est point monoyé*, non habet, vel seruos, vel fundos, donauerit certum pondus argenti, vel seruos aliquot, vel reditus certos ex suis fundis? Et *si certum pondus argenti*, hoc iam est explicatum, præstari debere æstimationem communem eius ponderis: id est, massæ tanti ponderis. si seruos aliquot promiserit donandi animo, nec vllos habeat, præstare debet donatario, non quanti communiter serui æsti-

mari solent (communis æstimatio est viginti aureorum A *l. 2. sup. de fideicommiss. libert. l. Papinianus §. vlt. & l. seq. D. de inoffi. testamento,*) sed seruanda etiam hic est mediocritas, vt præstet donatario pro singulis seruis, non 20. sed quindecim aureos. Quod si *reditus promiserit ex fundis*, qui nullos habet, liberabitur præstando æstimationem 15. annorum, id est, quanti sunt reditus 15. annorum, qui refici possunt ex fundo aliquo mediocri, pretii & prouentus mediocris. Quod si quis donauit *omnia sua bona*, vel *partem dimidiam, aut tertiam,* omnimodo debet implere donationem, adhibita insinuatione, abrogato iure veteri, quo donatio omnium bonorum, vel partis, alias solemnitates desiderabat: hodie donatio omnium bonorum, vel partis insinuata omnimodo valet, nec potest rescindi vlla ex parte, nisi [*vt ait §. sed & si quis*] inofficiosa fuerit, id est, nisi minuat, B vel absumat liberis donatoris portionem legitimam: Nam, quæ hoc facit donatio, est inofficiosa, & rescinditur non in totum, *vt ostenditur tit. de inoffic. donat.* sed pro modo legitimæ portionis tantum. ¶ Addendum est ad leg. *si quis argentum* quod non memini exponere nudius tertius. ait Iustinianus in hac *leg. §. sin autem*, si donator *certum pondus argenti* donauerit, qui argentum non habet, donatario deberi æstimationem, quia magis quantitas donata videtur *l. cum aurum §. 1. D. de aur. & arg. leg.* magis, inquam, quantitas donata videtur, quam vllum corpus, quod etiam nullum designatum est certum, vel incertum. Sin autem donauerit *seruos aliquot*, qui seruos non habet, quia & hic, cum C non habeat seruos, pretium seruorum donasse videtur, id debebitur donatario, seu stipulatori vsque ad aureos 15. pro singulis. Itaque debebitur pretium seruorum, non quanto maximo, vel quanto minimo comparari possunt optimi serui, vel pessimi, sed quanto possunt comparari homines medii actus, medii generis, vt seruetur in ambiguo mediocritatis ratio. Non loquitur Iustinianus de eo, qui fundos donauit, aut se donaturum promisit, cum non haberet fundos, quia ea donatio esset inutilis ad similitudinem legati & stipulationis, vt *l. cum post diuortium §. generaliter. D. de iure dot. l. ita stipulatus, D. de verborum obligation. l. si domus, D. de legat. 1.* Et ratio differentiæ inter fundum & seruum hæc est, quia serui hominis, cuius finitionem natura fecit, quæ neque minui, neque commentis nostris ad D exiguum deduci potest : potest iniri certa æstimatio, quæ præstetur donatario, licet donator nullum seruum habeat. At fundi non potest iniri certa æstimatio, quia fundus non natura, sed destinatione & arbitrio nostro finitur *l. quod in rerum §. 1. D. de leg. 2.* & præstatio fundi potest extenuari, vsque ad deridiculum. Nam [vt scribit Marcus Tullius]

Fundum Varro vocat, quem possis mittere funda,
Ni tamen exciderit qua caua funda patet:
Extractam puteo situlam cum ponis in horto,
Vlterius standi non habet ille locum.

Ille scilicet fundus. Nam illi versus ita sunt coniungendi. Et bene Græci, ad *leg. 1. sup. de dot. prom.* dotis promissionem esse inutilem, si neque dicta sit quantitas, E neque species certa, sed dos promissa simpliciter, quia promissor vilissimæ rei præstatione in vicem dotis defungi potest, quod esset ridiculum. Recte igitur Iustinianus in hoc *§. sin autem*, non posuit fundos donasse eum, qui non habuit, quæ donatio esset ridicula, sed donasse certos reditus annuos eum, qui fundos non habet, quæ donatio valet, quia magis consistit in quantitate, quam in corpore vllo. Et ideo donatario debetur æstimatio reditus, qui refici potest ex fundo medii generis, non quidem per multos annos, sed per quindecim tantum, quæ Iustiniano visa est ratio mediocritatis melior. Id etiam valde notandum est, quod & notaui nudiustertius, sed non dilataui ex *§. sed & si quis*, donationem omnium bonorum valere, est apertissimus in eam rem, quæ modo non sit inofficiosa, id est, quæ non fraudet liberos donatoris portione legitima, & quæ modo sit insinuata: Nam vix vlla est donatio omnium bonorum, quæ non excedat modum legitimum, & insinuanda est donatio, vbi ea celebratur, vt supra diximus, *l. data, in fi. l. in hac hoc tit.* non etiam, vbi bona sunt collocata iure nostro: Nam, ne hoc ignoretis, ex constitutionibus regum nostrorum nouissimorum, donatio insinuanda est, vbi bona sunt collocata: Et non ibi tantum, sed etiam, vbi domicilium habet donator, & donatarius. Et ad hæc si quis quærat, an etiam valeat donatio futurorum bonorum, hoc est, an omnino valeat donatio omnium bonorum præsentium, & futurorum? dicam, si donatio perficitur nudo consensu, vel stipulatione, vt voluit Iustinianus in hac lege, proculdubio etiam futurorum bonorum donatio valet: sicut pignus nudo consensu constituitur omnium bonorum præsentium & futurorum *l. vlt. sup. de remiss. pignoris l. vlt. sup. quæ res pignor. oblig. possunt.* Et si perficitur stipulatione, certum est res futuras recte deduci in stipulatum *l. interdum, D. de verbor. oblig.* Et res futuræ etiam possunt legari, quod genus donationis est *l. etiam ea, D. de leg. 3.* At si donatio perficitur traditione corporali, vt voluit Constantinus, & veteres voluerunt, vt visus magis probat, euidentissimum est, non consistere donationem rerum futurarum, quia rerum, quæ nondum sunt, nulla fieri potest traditio, neque tamen ex eo sequitur, quod voluit Nicolaus Valla Senator Parisiensis, omnino inutilem esse donationem bonorum præsentium & futurorum : quod futurorum, quæ est inutilis, importet contagionem donationi præsentium, quæ per se est vtilis, coniuncta cum donatione futurorum, redditur inutilis. Male, quia in donatione iam illud est absolutum, & iteratum sæpius, in constitutionibus Iustiniani positis sub hoc tit. Et in Nouella 162. vtilem partem donationis non vitiari per inutilem *l. sancimus §. 1. huius tit.* Et abutuntur etiam, qui putant, non esse probandam donationem omnium bonorum, calumniose in eam rem *l. si libertus §. pen. D. de iure patronat.* ex eo loco hunc tantum decerpentes versum, *Omnium rerum alienationem nullius esse momenti*, & ex eo efficientes, *Omnium rerum donationem nullius esse momenti.* Recte quidem, si solus hic versus extaret, nec penderet ex superioribus, quæ docent, quam in rem, quem in sensum ille versus sit accipiendus, quia scilicet loquitur de alienatione omnium rerum, quæ fit in fraudem legis Papiæ, in fraudem iuris patronatus, vt pauperior fiat libertus, vt minus ex bonis liberti redeat ad patronum iure patronatus. Hoc vero, quis non videt donationem, & quamcumque alienationem factam in fraudem legis, nullius esse momenti. Ac præterea non ponitur eo loco libertus alienasse vniuersum patrimonium suum, sed plures res, quas omnes dicit reuocari, quoniam omnium illarum alienatio nullius momenti est.

AD TITVLVM LIV.

De donationibus, quæ sub modo, vel conditione, vel ex certo tempore conficiuntur.

Donatio sub modo ita fit, *dono tibi fundum, illum, vt me alas, & exhibeas l. 1. h. tit.* Donatio sub conditione ita fit, *dono tibi fundum illum, si te pater tuus emancipauerit, vt l. 5.* Donatio ex certo tempore ita fit, *dono tibi fundum illum eo pacto, eaque lege, vt post quinquennium proprietas eius ad me redeat l. 3.* vel *vt post quinquennium redeat ad Lucium Titium, cui ex illo tempore illum fundum largior,* &

& dono d. l. 3. Et imponuntur hæ leges, conditiones, pactiones a donatore solo, & a donatario, vel recipiuntur si gratæ sunt, vel reiiciuntur si displiceant, *l. 25. sup. de donat.* & imponuntur initio perficiundæ, vel implendæ donationis: nam consummata & perfecta donatione a donatore, quæ imponuntur nullius momenti sunt, & nil attinet donatarii eas excutere, vt vel recipiat vel reiiciat, quia sero & inutiliter res alienæ imponuntur a non domino. Et ita est explicanda *l. 4. huius tit.* At initio perficiundæ donationis, si donationi lex dicta sit, & impositus modus aliquis, & receptus a donatario, eo modo non impleto a donatario, donatori competit condictio ob rem dati re non sequuta, quia donatarius non impleuit modum, siue legem dictam donationi *l. 2. 6. & 8. sup. de condict. ob caus. dat. l. vlt. tit. sequ.* vel etiam donatori competit actio præscriptis verbis, quanti sua interest, modum impleri donationi impositum, vt *l. 9. & 22. sup. tit. prox.* Ergo ex pacto donationi apposito in continenti, vt ait *l. 22.* nascitur actio præscriptis verbis, scilicet si donationi mixtum sit negotium simile contractui bonæ fidei, veluti *dono tibi illam rem, vt me ære alieno liberes:* Nam si sit vera & simplex donatio, & paciscar incontinenti, verbi gratia, *vt donator mihi teneatur de euictione*, ex pacto illo nulla nascitur actio *l. 2 sup. de euict.* Verum vt diximus, modum donationi impositum non implente donatario (modus contrahit, conditio suspendit) modum, inquam, non implente donatario, donatori competit vel condictio ob rem dati, vel actio præscriptis verbis; an etiam competit ei vindicatio rei donatæ, quod donatarius non pareat donationis legi? Minime, quia desiit esse dominus eius rei. Et tamen in *l. 1. h. tit.* ratione neglecti modi, vel neglectæ legis dictæ donationi, donatori datur vindicatio rei donatæ. sed casus legis 1. est singularis, & specialis in causa alimentorum, quod euidenter demonstrant hæc verba in *l. 1.* quæ ter inculcantur: *in hoc casu*, inquit, non ergo in omni, sed in hoc tantum casu. Et casus hic est causa alimentorum, nempe talis. Donaui tibi res illas ea lege, *vt mihi certa alimenta præberes:* non præbes. mihi datur non tantum condictio ob rem dati, vel actio præscriptis verbis, quæ donatori competit omni casu ex causa simili non impleti modi, sed in hoc casu datur etiam mihi, quoniam agitur de alimentis mihi præbendis ex lege donationis, vindicatio rei donatæ, non quidem directa, sed vtilis, id est, rescissoria & restitutoria, per quam, dominium restituitur. per directam vindicationem dominium adseritur & petitur, per vtilem restituitur. actio fictitia, in qua fingor non donasse, qui donaui. Nec est nouum, vt ex vna eademque causa eidem deferatur vindicatio & condictio: vindicatio, vt domino: condictio, vt non domino, vt sit in eius potestate, cui vtraque actio defertur, qua velit vti. Nam & idem euenit in *l. ob res amotas D. rer. amot. l. 1. sup. comm. de legat. l. in rebus sup. de iure dot.* Et hæc de donatione sub modo. De donatione sub conditione est *l. vlt. huius tit.* Mater donauit filiæ aliquid sub conditione, *si intra biennium a patre emanciparetur. filia*, inquit, hæc voluntate matris sui iuris effecta, non tenuit, id est, non obtinuit a patre, vt emanciparetur, sicut voluit mater. tenere causam, est obtinere. Ergo non est facta sui iuris per emancipationem, sed morte patris, an perueniet ad res donatas? sic videtur: quia nil refert quomodo sui iuris fiat, quia spectandum, qua fine mater adscripserit conditionem emancipationis. Qua vero alia, nisi vt res donatæ non adquirerentur patri, quod assequitur mater, quoquomodo filia sui iuris fiat? Et sæpe legitur hæc conditio adscribi ab iis, qui nolunt patribus adquiri, quod dant filiisfamil. vt *l. duos, l. auia, D. de condit. & demonstrat. l. mater §. 1. D. si quis omiss. caus. testament. l. pen. D. vnd. lib. l. Diui D. de iure codicill. l. 3. §. si heres, de minor. l. filiis sup. de inoffic. testam. l. 3. sup. de* [illegible]*stit. & sub.* Suetonius in Vitellio: *filiam he-*

A *redem institutam sub conditione, si exiisset patris potestate manu emisit.* De donationibus ex certo tempore est *l. 2. & 3. h. tit.* Et *(ex certo tempore)* sic accipio, vt in *l. 25. sup. de donat.* vel ad certum tempus, & subaudio *(aut ex incerto tempore, vel ad incertum tempus ex l. 2. h. tit.)* Igitur recte fit donatio ad tempus certum, vel incertum, non quidem ipso iure, quia tempus non est legitimus modus auferendi dominii semel adquisiti, sed recte fit potestate conuentionis, quoniam res est donata ea lege, vt eius proprietas restitueretur post tempus. Idemque fit in legatis remedio cautionis *l. vlt. sup. de legat.* Ad tempus incertum fit, si ea lege fiat, vt post mortem donatarii proprietas rei redeat ad donatorem, vt in *l. 2. h. tit. l. Seia, D. de mort. causa don.* Ad certum tempus fit, si hoc actum sit, vt post quinquennium proprietas redeat
B ad donatorem, vel etiam, vt in specie *l. 3.* vt proprietas redeat ad Lucium Titium. In specie *l. 3.* est ius singulare, sicut in specie *l. 1.* Et species, quæ vulgo male ponitur, ita ponenda est: Mulier donauit fundum Titio ea lege, vt post quinquennium eum restitueret Marcellæ, ad quam lex 3. scripta est, sorori donatoris, cui donator eum fundum donatum volebat post quinquennium: & ita Titio eum donauit ad tempus, Marcellæ ex tempore. Quæritur an post quinquennium Marcellæ vlla competat actio eius fundi obtinendi gratia? Lex distinguit inter ius vetus, & ius nouum. Iure veteri, si stipulata de Titio Marcella non sit sibi fundum restitui post quinquennium, nulla ei competit actio, quia alteri lex
C dicta est in donando inutiliter, *l. quo tutela §. vlt. D. de reg. iur.* Nemo paciscitur, stipulatur, vel legem dicit alteri vtiliter, vt ex ea lege alteri possit competere actio, qui non est stipulatus. Ergo in hac specie iure veteri Marcellæ nulla competit actio, si stipulata non sit. At iure nouo, id est, ex constitutionibus Diuorum principum, & puto intelligi Diuos fratres, vt in *l. 1.* Diui Principes, id est, Diui fratres, Antoninus & Verus: Ex noua illa constitutione Marcellæ competit vtilis actio. Quæritur, cur detur ei *vtilis actio* contra ius vetus, a quo ne discedat, omnino etiam constitutio dat non directam, sed vtilem actionem. Quæro cur det vtilem actionem, cum lex donationi dicta alteri nullam pariat actionem *l. 22. sup. de don.* Et rursus quæritur, quænam ea actio sit. Et vtrumque (si bene rem attendamus) hoc explicat
D *l. 3.* primum his verbis, *iuxta donatoris voluntatem, qui scilicet voluit rem sorori suæ donare, & vero donauit post quinquennium, & vel præsens, vel absens soror patefactam sibi eam voluntatem agnouit.* Datur ego ei actio vtilis, quia ei res est donata ex tempore. Alterum autem quod quæritur, quænam ea sit actio, eadem lex explicat, dum ait, *Marcellæ accommodari.* Et notandum passim in libris nostris, quod dicitur proprie & semper actio vtilis accommodari, & inflecti quodammodo, vtiles dicuntur accommodari, non directæ. Dum ait, *Marcellæ accommodari actionem, quæ sorori suæ*, id est, donatori, *si viueret competebat.* Competebat autem viuenti ob non impletam legem donationis, condictio ob rem dati & actio præscriptis verbis. Ergo hæc etiam actio Marcellæ accommodabitur. Nec male in hunc locum Theodorus &
E Eudoxius in libris Basilicon, *vtilem actionem*, id est, *præscriptis verbis*, inquiunt, sed vellem addidissent, *aut vtilem condictionem ob rem dati*, quæ etiam donatori competebat. Vellem etiam aliter speciem, tum ipsi, tum etiam Latini adfinxissent ad hanc legem. Sic vero in *l. penult. sup. ad exhib.* si rem tuam, vel quam tibi donaui *(quid interest?)* deposui apud Titium ea lege, vt tibi redderetur, tibi datur vtilis actio, non alia, quam quæ mihi competeret, si viuerem, nimirum actio depositi, vt aperte scriptum est in *d. l. pen.*

AD TITVLVM LV.

De reuocandis donationibus.

IN hoc titulo proponitur *actio ingrati*, cuius respectu institutus est hic tractatus *de donat.* vt scilicet actioni ingrati (per quam beneficium emancipationis rescinditur, de qua actum est paulo prius in tit. *de ingratis liberis*) adiungeretur alia actio ingrati, per quam donatio iure perfecta retractatur, & rescinditur. Rescinditur autem ex causis ingratitudinis in iudicio comprobatis, *l. pen. h. tit.* & ex eis tantum causis ingratitudinis, quæ enumerantur in *l. vlt. h. tit.* superiore titulo proximo, proposita est vna causa reuocandæ donationis, si donatarius non pareat conditioni donationis, vel legi, quam donator rebus suis in donando dixit, quæ causa etiam inculcatur in *l. vlt.* ob quam, vt heri diximus, donatori competit condictio ob rem dati, re non sequuta. In hoc titulo proponitur alia caussa reuocandæ donationis si ingratus & impius valde fuerit donatarius aduersus donatorem, vt definit *l. vlt.* ob quam causam donatori competit actio ingrati reuocandæ donationis gratia. Actio est personalis, *l. 7. h. tit.* & perpetua, *l. 1. in princ. h. tit.* quæ tamen heredi donatoris, vel in heredem donatarii ingrati non datur, *l. 1. 7. & vlt. h. tit.* Et ratio hæc est, vt non detur heredi, vel in heredem, quia vindictæ potius, quam pecuniæ persecutionem habet, & in *l. 7. huius tit.* quod nostri non intellexerunt, hanc actionem ingrati esse personalem, & ita esse personalem, vt nec detur heredi, vel in heredem, atque ita vt vindicationis tantum effectum habeat, *hoc est*, non actionis in rem, sed vindictæ, & vltionis. quæ ratio etiam efficit, vt actio de moribus, quæ vindictam persequitur, & vltionem potissimum, neque detur heredi, neque in heredem, *l. rei indicatæ* §. 1. *D. solut. mat. l. 1. C. Theod. de dot.* Et similiter, vt actio etiam iniuriarum non detur heredi, & in heredem, si non fuerit contestata a defuncto, vel in defunctum, quia actio iniuriarum etiam vindictam potius quam pecuniam persequitur *l. 2.* §. *emancipatus, D. de coll. bon. l. si eum,* §. *iniuriarum, D. si quis caut.* Et eleganter Valent. in *Nouella de libert. & success. eorum.* Eum, *qui agit iniuriarum, agere causam doloris,* quod est persequi vindictam. & M. Tull. pro Cæcinna: *Eum, qui agit iniuriarum, dolorem indicio pœnaque mitigare.* Eademque est ratio querelæ inofficiosi testamenti quæ datur liberis, aut parentibus iniuria affectis per exheredationem, quæ etiam non præparata, aut non contestata nec heredi datur. in heredem datur, sed heredi non datur, nisi post litis contestationem, & præparationem, atque adeo non intelligitur esse in bonis nostris querela inofficiosi testamenti ante litem contestatam *l. 1.* §. *sed si puta D. si quid in fraud. patr.* Hæc quærela hoc tantum distat ab aliis, quas ante commemoraui, quod aliæ dicantur persequi vindictam, querela in officiosi testamenti & vindictam persequatur, & hereditatem. Datur autem hæc actio cuilibet donatori vel patrono, vel parenti cuiuscunque sexus, vel cuilibet extraneo donatori, non tamen matri propudiose & luxuriose viuenti. nec matri transeunti ad secundas nuptias, spretis liberis primarum, quibus quid ante donauerit, quod eis, si iterum nubat, eripere non potest prætextu ingratitudinis, *l. 7. hoc tit.* nisi ex causis grauissimis & compertissimis notatis in *Nouella de nupt.*

Illud etiam notandum, per hanc actionem ingrati, reuocari tantum ea, quæ ingratus donatarius tunc tenet, & possidet ex bonis donatis, cum agitur ingrati, non etiam ea, quæ priusquam ingratitudinis argueretur, desiit possidere, & vendidit, vel donauit, vel permutauit, vel in dotem dedit, qua in re est singularis *d. lex 7. h. tit.*

A Porro huic causæ reuocandæ donationis in *h. tit.* additur alia in *l. si vnquam*, lex est 8. nomine & vsu celeberrima, & vexata a duobus Senatoribus curiæ Parisiensis, Andrea Tiraquello, qui in hanc legem ex professo scripsit, & Nicolao Valla, *libro de rebus dubiis: quo ingenio nolo dicere.* Proponitur in hac *l. 8.* hæc reuocandæ donationis causa, si ei, qui donauit omnia sua bona, vel partem bonorum, cum non haberet liberos, postea agnascantur liberi. Et proponitur patronus donasse liberto. Solebant se liberti & patroni mutuis donis afficere, vt ostendit lex *si vero* §. *inde Papinianus, D. mand.* & legitur in Comœdiis. Proponitur, *inquam*, in hac lege patronus liberis orbus liberto donasse omnia sua bona, vel partem tertiam bonorum, vel dimidiam. Sed idem arbitror esse dicendum, & magna pars interpretum idem opinatur, si libertus similiter patrono donauerit, vel si quis alius cognato, vel amico suo, vt scilicet ea donatio reuocetur, donatori superuenientibus liberis. Tentat tamen Accursius, tentant etiam alii quidam, definitioni huius legis tantum locum esse in suo casu, cum patronus liberto donauit, quasi non, quod ita proponitur in hac lege, id veniat ex facto, de quo fuit consultus Imperator; non quod non sit idem dicendum in aliis personis: maxime, quia ratio, propter quam patrono datur rescissio donationis, valet etiam in ceteris personis omnibus, qui omnia bona, aut partem bonorum donauerint, cum non haberent liberos. Ratio enim huius legis posita est in coniectura pietatis paternæ. Et eadem igitur est huius legis ratio quæ legis *cum auus, D. de condit. & demonstrat. l. cum acutissimi, sup. de* C *fideicommiss. l. generaliter* §. *cum autem, sup. de instit. & substit.* quia scilicet verisimile est, orbum, qui donauit omnia bona sua, vel partem, cum non haberet liberos, donaturum non fuisse, si de liberis cogitasset, aut de vxore ducenda. Pono a cœlibe & orbo donationem factam. Verisimile est, eum liberos suos anteponere extraneis, quæ coniectura pietatis facit, vt possis vere dicere, huic donationi, quam orbus fecit, inesse tacitam conditionem, *si liberos non habuerit.* Quare etiam vere dices, postea susceptis liberis ex ea causa dari ei *condictionem ob rem dati, re non sequuta*, non donationem rescindi ipso iure, ex hac causa, quod est falsum, sed per condictionem ob rem dati, re non sequuta, quasi defecta conditione donationis, quæ tacite inerat, si liberos non habuerit. Hæc est ratio legis, quæ cum locum habeat, non tantum in patronis donantibus suis libertis, D sed etiam in omnibus donatoribus, idem ergo ius statuamus in omnibus. vbi ratio diuersitatis non est, sed eadem occurrit ratio, idem ius statuendum est. *l. 3.* §. *1. D. de iniusto rupt. irrito facto test.* An eodem modo eodemque exemplo, quod dicitur de liberto *in l. cum tale* §. 1. *D. de condit. & demonstrat.* non trahemus etiam ad alium, vt etiam Accursius voluit illo loco, *videamus.* Ait lex illa, si liberto legauerit patronus sub conditione *si a liberis patroni non discesserit; si morietur cum liberis patroni*, semper eum libertum posse peruenire ad legatum, oblata veluti Mutiana cautione, cuius inuentor est Q. Mutius, qua caueat se nunquam a liberis patroni discessurum, licet ea conditio possit impleri viuo legatario E morte liberorum patroni, & non soleat cautio Mutiana præstari, nisi in iis conditionibus quæ expleri viuo legatario non possunt: & tamen placet præstari illo casu, licet ea conditio possit expleri viuo legatario morte liberorum patroni, quia, vt ait, periculosum est & triste, libertum coniunctum patroni liberis, eorundem mortem exspectare. An igitur quod de liberto, idem non dicemus in extraneo, cui legatum sit sub eadem conditione. Quidni vero? Cum & hic sit coniunctus testatoris liberis, & connexus iure hospitii, iure conuictus, consuetudinis, & familiaritatis, imposita tali conditione, non minus, quam libertus, nisi quod hic aliquanto est coniunctior, quia est ex eadem familia, id est, ex eodem

nomine, habet enim nomen patroni. Qua de causa in A constitutione Græca Iustiniani *de iure patron.* dicuntur patroni libertis videri συγγενεῖς, id est, cognati. Et facit etiam ad eam rem *l. Paulus respondit, ff. de fideicom. libertat.* Et similiter, an etiam quod ait *l.* 1. *h. tit.* patronum videri donasse liberto ea, quæ sua pecunia comparauit nomine liberti, an hoc inquam dicemus locum tantum habere in patrono, & liberto, non in aliis personis, vt & Accurs. notat. sed refellitur ex *l. filiæ sup. famil. ercisc. & l. cum hic status* §. 1. *ff. de donat. int. vir. & vxor.* quæ leges generaliter nullam esse statuunt differentiam inter donare & emere sua pecunia nomine alterius cuiuscunque. Sic igitur statuo, & hanc legem *si vnquam*, pertinere ad quemcumque donatorem, qui cum non haberet liberos, bona sua omnia, vel partem alii cuicunque donauit, vt postea susceptis liberis dona- B tionem reuocare possit in solidum, donationem totam, vt ait lex, quasi defecta conditione tacita, quæ ex coniectura pietatis donationi inest, si liberos non habuerit: & reuocare (vt dixi ante) per condictionem ob rem dati re non secuta, quæ etiam dabitur eius heredibus, vt *l.* 3. *sup. tit. prox.* Ergo & liberis quos postea suscepit, si ei heredes exstiterint iure hereditario, non proprio, quia iure proprio immodicam donationem a parente factam non reuocant in solidum, sed pro modo tantum legitimæ portionis, vt docent Constitutiones tit. *de inofficios. donat.* Ex quo sequitur, quod notandum, patrem, cui soli competit solidæ donationis reuocatio, beneficio huius legis posse renuntiare, quia lex beneficium dat patri soli, eidemque donatori, non liberis, non liberorum fauore: sed quod tacite intelligatur ea fuisse conditio donationis. Patri igitur soli, vel heredi eius, non etiam non heredi, vel filiis non heredibus in solidum. C Si beneficium huius legis datur patri, necessario sequitur, patrem posse eo beneficio non vti, aut ei in donando nominatim renuntiare, puta lege dicta, vt nec susceptis postea liberis reuocet donationem secundum generalem definitionem *l. si quis in conscribendo, sup. de pact.* Et hoc, quod ita constituitur in hac *l.* inuenio & leges Longobardorum probare duobus locis. Sed olim, *hoc est*, ante hanc constitutionem hoc non obtinuisse, vt reuocaretur donatio immensa, quam orbus fecisset, postea procreatis liberis, indicat ex D. Augustino *can. vlt.* 17. *quæst.* 4. quo loco ponit eandem speciem: quendam non habentem liberos bona sua donasse Ecclesiæ Carthaginiensi, & postea natos ei fuisse liberos, nec opinanti Aurelium Episcopum ei bona red- D didisse, quæ, inquit, non tenebatur reddere iure fori, inquit, sed iure cœli: nam vulgo male legitur, *iure poli* Augustinus solet semper dicere, iure cœli, vt in sermone secundo de tempore: *Concubinas habere licere iure fori, non iure cœli.* Et recte notatur ille canon esse ex sermone Diui Augustini *de vita cleric.* quem sermonem cum non inueniret, aut non posset inuenire, qui ex professo in hanc legem scripsit, notat, *non exstare illum locum inter opera Augustini*, cum tamen exstet. Et idem etiam, cum legisset Syrach auctorem citari in Melissa Antonii Monachi, dixit, *Se nescire quis esset ille auctor.* Nescire igitur, se libros sacræ Bibliæ, inter quos est liber Sapientiæ Iesus filii Syrach, qui & Ecclesiasticus dicitur, & πανάρετος. Verum ad rem. quod olim non ob- E tinuit, introduxit hæc constitutio, quæ loquitur de donatore, qui liberos non habuit tempore donationis. Vnde quæro, *quid sit dicendum, si liberos habuerit, qui donauit omnia sua bona, vel maximam partem.* Ipse quidem non potest reuocare, nec si postea suscipiat liberos, quia semel prætulit extraneum liberis, & ita nobis abstulit causam faciendæ coniecturæ pietatis. Ergo ipse, qui habens liberos donauit, etiamsi postea alios procreauerit, non reuocabit donationem, quia donatio reuocatur ex coniectura pietatis, quæ in eo nulla est. Liberi quoque, qui tempore donationis erant superstites,

vel post donationem suscepti, non habent actionem, qua eam donationem rescindant in totum, & t vult hæc lex in suo casu. Sed si ea donatio liberis aufera , vel minuat legitimam portionem, quæ inofficiosa donatio dicitur, siue fuerit collata in extraneum, siue in vnum ex liberis, eam liberi, quibus fraus facta est, rescindunt per querelam inofficiosæ donationis, non in totum, sed pro modo portionis legitimæ, id est, quantum sufficit conficiendæ portioni legitimæ debitæ liberis. Et hoc ostenditur in *l. si mater, & l. si totas,* & cæteris fere omnibus tit. *de inoffic. donation. sup.* & in *l. si totas facultates tuas,* inquit, *per donationes vacuefecisti*, vt recte quidam legunt, non vacuas, vt l. 25. *Cod. Theodosian. de decurionibus, curias vacuefactas.* Et sic Latini loquuti sunt. Eodem pertinet *l. Titia* §. *Imper. ff. de legat.* 2. quæ dicit, hanc querelam inofficiosæ donat. esse ex constitutione Alexandri. Eodem etiam pertinet *Nouel.* 92. *de inofficios. donat.* Et inde exoritur magna differentia inter querelam inofficiosi testamenti, & inofficiosæ donationis: Nam querela inofficiosi testamenti rescindit totum testamentum, quod est verissimum, & testatorem intestatum facit. querela inofficiosæ donationis rescindit tantum, quod deest portioni legitimæ liberorum. Et ratio differentiæ est, quia liberaliores sunt, qui moriuntur, & ideo leges minus permittunt morientibus, quam viuentibus. Argumento est lex Furia Caninia, quæ inter viuos manumittere permittit totam familiam: testamento hoc est, causa mortis, certum numerum seruorum tantum: & ita moriens, si exheredauerit filium immerito, aliis heredibus institutis, vel filiis, vel extraneis, totum testamentum rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, atque ita patre intestato facto omnes filii & instituti, & exheredati eis succedunt, veluti ab intestato. At viuens, si omnia bona donauerit, ea tantum pars donationis rescinditur, qua opus est liberis ad supplendam portionem legitimam, & eatenus rescinditur agentibus liberis, non quidem viuo patre, sed mortuo tantum, *l.* 1. *l. si liqueat sup. de inoffic. donat.* Quæritur ad hanc legem, an idem sit in donatione causa mortis, vt reuocetur superuenientibus liberis, qui nulli fuerant tempore donationis. Nisi alii facerent, ego, nunquam facerem hanc quæstionem, quoniam dubitabatur tantum de donatione inter viuos, non de donatione causa mortis, quia reuocatur pœnitentia donatoris, etiam non susceptis liberis. Ergo si quis quærat, an *l. si vnquam*, habeat locum in donatione causa mortis: Respondeamus habere multo facilius, quia reuocatur pœnitentia donatoris. Sed si non fuerit reuocata a donatore & moriatur, non reuocatur etiam a liberis postea susceptis in totum, *vt ait l.* sed pro ratione Falcidiæ tantum, siue legitimæ portionis, & siue ex testamento, siue ab intestato liberi successerint patri, quia & ab intestato locus est Falcidiæ ex constitutione D. Pii, *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* & in donationibus causa mortis ex constitutione Seueri *l.* 5. *sup. ad l. Falc.* Postremo quæritur, an etiam huic legi locus sit in donatione facta remunerandi causa ab eo, qui non habet liberos eo tempore, sed postea cœpit habere: & an in donatione facta fauore, & nomine nuptiarum? Et sic videtur Vallæ, & narrat etiam ex more quarundam regionum, nec inter viuos vlla ex causa, vel remunerationis, vel matrimonii posse donari ea quæ accepimus a maioribus nostris. Cui consuetudini est similis lex, cuius meminit Porphyrio in illum locum Horatii, *Dic ex parte tua, &c.* Satyr. 2. & Sat. 5. lege cautum fuisse, ne quis agrum, vel domum sibi testamento donatam, puta a maioribus suis, alii donaret.

AD TITVLVM LVI.

De mortis causa donationibus.

SVperiores tituli sunt *de donatione inter viuos*, quę si iure perfecta sit, pœnitentia nullo modo reuocatur *l. 2. 3. 4. 6. sup. tit. prox.* Hic autem titulus est *de donat. caus. mortis*, quæ ex nuda voluntate, & pœnitentia reuocari potest *l. qui mortis causa, ff. eod.* Sicut donatio, ob quamcunque causam facta, pœnitentia etiam reuocatur, re integra *l. 3. §. 1. l. si pecuniam*, in duobus locis, *ff. de condict. caus. data.* Et similiter donatio precaria *l. 1. & 2. ff. de precar.* Mortis causa donatio pœnitentia donatoris reuocatur, nisi scilicet donatarius donationem ea lege acceperit, ne pœnitentia reuocaretur: Nam hæc lex donatorem tenet, ne possit pœnitere, *l. si alienam §. 1. l. senatus §. mortis ff. eod. & Nouel. 87.* Qua in re donatio causa mortis distat a legato: Nam si hanc legem sibi ipse testator dixerit, *ne legatum, quod dedit, adimere possit*, hæc lex testatorem non tenet, ne possit pœnitere, *l. si quis ff. de leg. 3.* Et ratio differentiæ est euidens, quia donatori legem dicit donatarius: ipse autem testator sibi solus legem dicit, & nemo tenetur ex ea lege, quam ipse sibi dixit, vel in legando, vel in donando, vel in vendendo, *l. quod autem §. pen. ff. de don. inter vir. & vx.* At donatio causa mortis non tantum reuocatur pœnitentia, & mutatione consilii, sed etiam conualescentia, puta, si eam fecerit, qui ægrotabat, metu mortis: vel etiam emenso periculo mortis, si quis imminente mortis periculo, citra aduersam valetudinem aliquid donarit. Reuocatur etiam & exstinguitur morte donatarii, quæ modo contingat viuo donatore *l. non omnis, ff. de reb. cred.* Et ne quis requirat definitionem: *Donatio causa mortis est, quæ confertur in casum mortis donatoris, nec ante perfecta esse intelligitur, quam mors eius contigerit.* vel vt est in Inst. *Donatio causa mortis est, quæ propter mortis suspicionem fit ab ægroto, vel sano, cum quis alij rem veluti fiduciariam dat, vt finito periculo mortis sibi restituat, quod impendebat, vel si quid aduersi contigerit, si quid eum humanitus fuerit*, vt loquitur Ennius, *tum eam rem ipse habeat.* Ennius: *Si quid me humanitus fuerit*, pro mihi. De ea mortis causa donatione sunt in hoc titulo *ll. quat.* quas sigillatim exponam. Primam legem glossæ, glossarumque comites nullo modo intellexerunt. Species & sententia eius hæc est. Quidam duobus rem donauit mortis causa, ea lege, vt altero mortuo portio eius ad superstitem pertineret. Mortuo altero, habet superstes aduersus heredem eius fideicommissi petitionem, fideicommissi actionem, id est, quæ solet dari fideicommissario ex causa relicti sibi fideicommissi. Sed cur fideicommissi actionem? an in hac specie vllum fideicommissum intercessit? sic sane, quia donator fideicommissum si alteri ab altero vicissim reliquit, dum lege donationis cauit, vt altero mortuo portio deficiens ad superstitem pertineret. Et vtique potuit fideicommissum relinquere, non tantum testamento, vel codicillis, sed etiam instrumento donationis, & lege donationi dicta, & epistola, & libello, etiam ab intestato (vt hoc casu, quo nullum donatorem fecisse testamentum proponitur) & alio quocunque modo, etiam nutu *l. & in epistola sup. de fideicom.* Et potuit fideicommissum relinquere a donatariis causa mortis *l. ab eo sup. de fideicommiss. l. cum pater §. 1. D. de leg. 2. l. Seia D. de dote præleg. l. cum ij §. 1. D. de transact.* Potuit, inquam, fideicommissum relinquere a donatariis causa mortis, quales illi duo erant donatarii. At non potuit fideicommissum relinquere a donatariis inter viuos: a donatario causa mortis potest relinqui, a donatariis inter viuos non item, *l. cum quis §. pater D. de leg. 3.* nisi scilicet donatio inter viuos ab initio sit inutilis, veluti inter maritos, & conualescat morte donatoris, quoniam ab eo,

A qui eam donationem accepit, fideicommissum relinqui potest *l. sequens ff. de leg. 2.* Propterea quod ea donatio, & omnis quæcunque donatio, quæ morte confirmatur donatoris, fideicommissi partibus fungitur *l. 12. sup. ad leg. Falcid.* Alioqui ab eo, cui recte donatum est inter viuos, fideicommissum relinqui non potest. Quare prudenter Imperator in hac *l. 1.* hunc addit modum, si mortis causa donatio perficiebatur, id est, si duobus illis donabatur mortis causa. Nam si donabatur inter viuos, non potuit alteri ab altero fideicommissum relinqui: Igitur non potuit superstiti esse actio fideicommissi, quam lex dat. Sed si is qui duobus donauit inter viuos, voluit post mortem alterius directo portionem demortui superstiti esse donatam, ei accommodabitur vtilis repetitio eius portionis *l. 3. sup. de donat. quæ sub mod.* non

B actio fideicommissi, quia a donatariis inter viuos fideicommissum relinqui non potest. & ita explicanda est *l. 1.*

Male autem vulgo in specie legis 1. *non fuisse fideicommissum, sed quasi fideicommissum*, id est, donationem causa mortis collatam in superstitem: quin imo reuera fuit fideicommissum relictum instrumento donationis. Male item vulgo, *non esse actionem fideicommissi, sed vtilem ex testamento*, quia vtilis ex testamento non datur vbi non est testamentum, vt hic fuisse testamentum nihil proponitur. Et verum est, competere directam fideicommissi actionem, quæ non est actio ex testamento, sed actio ex fideicommisso, seu persequutio fideicommissi. Male etiam vulgo in specie huius legis, *donationem causa mortis fuisse perfectam stipulatione*, puta altero alteri promittente partem suam in causam mortis, & ita substituto altero alteri, vt in *l. vt heredibus, de leg.*

C *2. l. et cui ff. de mort. caus. donat.* quia hoc modo donatio confertur in superstitem per stipulationem, non fideicommissum: citra stipulationem in superstitem confertur fideicommissum, non donatio causa mortis. Et lex loquitur de fideicommisso: Ergo non oportet fingere interuenisse stipulationem. Non debet autem videri mirum, si res donata mortis causa reuocatur per fideicommissum, quia quodcunque pœnitentia reuocari potest, & per fideicommissum reuocari, & adimi potest *l. quidam testamento §. vlt. ff. de leg. 1.* Sequitur *l. 2.* Species legis secundæ hæc est, cuius etiam

D vim non animaduertũt, nec sciunt vllo modo, quæ sit in ea ratio dubitãdi. Species, inquã, hæc est. mulier habens filiam ex primo marito, nupsit secundo, & in dote ei danda cauit in casum mortis suæ, *dotem reddi fratri suo: potest* (ait lex) *quæ dotem dat quam velit conditionem eidem doti dicere*, vt recte legit Haloander, non *adijcere*. Et vt hoc obiter admoneam, quod heri prætermisi. in *l. vlt. tit. sup.* etiam recte Holoander *fragilitatem*, vt in Basil. ἀσθένειαν, non, vt vulgo, *frugalitatem*. Et principium legis 4. *eiusd. tit.* ita est restituendum: *Cum confitearis te in fraudem alterius, &c.* Ergo, vt cœpi dicere, mulier in dote danda secundo marito cauit, si ipsa prior in matrimonio moreretur, dotem reddi fratri suo, & permisit fratrem stipulari in eundem casum sibi dotem reddi. Denique fratri donauit dotem causa mortis. Deinde mortua est soror intestata, & ei ex Senatusconsulto Orfitiano filia heres exstitit. Quid fiet, si in reliquis bonis

E matris filia non habeat integram Falcidiam, quæ omnino ei debetur? Et lex ait, eam suppleri debere ex donatione causa mortis collata in auunculum, quia ex constitutione Seueri lex Falcidia locum habet etiam in donationibus causa mortis. & est verissimum, *l. 5. sup. ad leg. Falcid.* Neque obstat lex 1. *§. item si ita legatum, & lex acceptis, ff. eod.* quoniam, vt breue faciam, missa opinione Accursii, qui & in mortis causa capionibus putat legem Falcidiam locum habere, respondeo illam *l. 1. & l. acceptis*, non loqui de mortis causa donationibus, sed de mortis causa capionibus, in quibus verissimum est, non habere locum legem Falcidiam, excepto casu legis *pen. sup. ad leg. Falcid.* ne fraus fiat legi Falcidiæ.

Mitto

Mitto explicationem illius casus, ne sim longus, aut ne sim vagus a re proposita. & cum hæc dico, mortis causa capionem accipio specialiter: Nam generaliter mortis causa capio continet & hereditatem, & legatum, & donationem causa mortis, *l. 31. ff. eod.* Specialiter autem continet, quod conditionis implendæ causa datur, vt si quid legetur Titio sub conditione, *si 10. dederit heredi vel, extraneo*, ea decem heres, vel extraneus capit mortis causa, id est, per occasionem mortis testatoris. Eaque pecunia est mortis causa capio, ex qua non detrahitur Falcidia. Specialiter dicitur *mortis causa capio*, quia non habet aliud nomen. Et similiter quodcunque obuenit occasione mortis alterius, si vacat proprio nomine, veluti hereditatis, aut fideicommissi, aut legati, aut mortis causa donationis, mortis causa capio appellatur, id est, commune nomen facit suum proprium, & *(vt imiter Aristotelem)* communis nominis hereditatem capit, quod caret proprio, *7. Ethic. ad Nicomach.* In his mortis causa capionibus, quæ scilicet non sunt prædita alio nomine, lex Falcidia locum non habet, excepto illo casu. Etiam Accursius non aduertit, quæ sit ratio dubitandi in specie huius legis, quæ talis est. Plerique iuris auctores donationes causa mortis comparant semper legatis: & ex *l. 4. h. tit.* id definitum est, mortis causa donationes comparari legatis, quod & veteres quidam iuris auctores prodiderunt, *vt in l. Marcellus §. vlt. l. si debitor, l. illud D. eod. l 1. §. 1. D. si quid in fraud. patr.* Et comparamus mortis causa donationes legatis facto testamento, in quo sunt relicta legata: Nam ab intestato, quo casu non possunt relinqui iure Digestorum, non comparantur mortis causa donationes legatis, quia nulla legata sunt, quibus comparentur, nulla legatorum comparatio occurrit, vt ait lex *si filius, ff. de legat. præstan.* Et ideo in specie *legis 2.* quia mater fuit intestata, vt lex ponit, videtur in donationibus causa mortis non interuenire Falcidia exemplo legatorum, quod nullum occurrit ab intestato: Nam quod D. Pius constituit, vt ab intestato locum haberet Falcidia *l. filiusfam. ff. ad leg. Falcid.* id tantum constituit in fideicom. non in donationibus causa mortis. Vnde patet nouam esse constitutionem huius legis 2. quæ porrexit constitutionem Seueri ad causam intestati, vt scilicet etiam ab intestato, non occurrente exemplo legatorum in donationibus causa mortis, locum haberet Falcidia. Denique nouum est ius constitutionis istius, & constitutio singularis, quod illi eius ingenii erant, vt nunquam potuerint animaduertere, nec etiam intelligant *leg. 3. h. t.* quæ vt perspicua fiat, explicanda est *ex l. 19. sup. de donat.* dum ait, *l. nec fratri, &c.* Vt sit hic sensus: nec donationem inter viuos, nec donationem causa mortis iure perfectam posse reuocari & rescindi ab agnatis, veluti sorore donatoris, quod est verissimum, & eo iure vtimur. *Il n'y a point de retrait lignagier: si ce n'est quand il y a bourse desliée*, id est, rem venditam aut alienatam genere proximi venditori agnati, oblato eodem pretio intra certum tempus ad se reuocare possunt, non rem donatam. Et hoc voluit *l. 3.* rem donatam, vel inter viuos, vel mortis causa, & iure donatam a sorore, vel ab alio agnato, vel agnata, non posse reuocari hoc colore, quod res donata profecta fuerit a parentibus, quod res fuerint maiorum, *vt d. l. 19.* Vulgo dicitur, hic esse sensus *leg. 3.* vt si soror aliquid donauerit in casum, non mortis suæ, sed mortis fratris sui, vt id non possit reuocare, quod est perspicue falsum, si adhuc viuat frater: quia donatio mortis causa pœnitentia reuocatur. insecuta morte fratris, quia consummata est donatio, non reuocaretur, quam tamen insecutam *lex 3.* non ponit. Et rectius Isidorus interpres Basilicon, vt nos posuimus, ponit donationem mortis causa in specie legis 3. fuisse factam a fratre in hunc casum, si quid ei humanitus accideret, vt veteres loquebantur, semper abstinentes a mortis nomine, tanquam male ominoso. Ex lege quarta, & vlt. quæ facillima est, notandum est, donationem causa mortis, non indigere insinuatione, quo iure vtimur, & ea tamen indigebat ex constitutione Constantini *l. 1. Cod. Theod. de donat.* Verum exigit tamen donatio causa mortis, vt iure consistat, quinque testes, quia instar habet vltimæ voluntatis, & in omni vltima voluntate saltem quinque testes requiruntur *l. vlt. sup. de codicill. l. hac consultissima §. pen. sup. de testam. l. vn. §. sancimus, sup. de Lat. libert. toll.* Et ita in hoc valde distat mortis causa donatio a donatione inter viuos: Nam donatio inter viuos, quibus casibus non requirit insinuationem, scripto contenta est a donatore subscripto, nec requirit vllos testes ex *l. in donationibus sup. de donat.* Differentiam, quam glossa notat in hac lege inter legata & donationes causa mortis, refutat Obseruatio 10. capite 28.

AD TITVLVM LVII.

De infirmandis pœnis cœlibatus & orbitatis & de decimariis sublatis.

Potest etiam recte hic Titulus referri ad mortis causa donationes, quæ si fiant ei, quem lex Iulia & Papia prohibet capere, quem facit incapacem ex Senatusconsulto, veluti, si fiant cœlibi aut orbo, qui ex lege Iulia & Papia capere prohibetur ex Senatusconsulto, in eadem causa sunt, qua essent legata ei relicta *l. senatus D. de mort. caus. donation.* Quod omnino cohæret cum fine tituli superioris, in quo generaliter statuitur, mortis causa donationes legatorum instar obtinere: quare fit, vt leges Iulia & Papia non tantum pertineant ad hereditates, vel legata, sed etiam ad mortis causa donationem, vt nec has donationes cœlibes, vel orbi capere possint. Lex Iulia & Papia duæ sunt leges, sed quæ coniunctim solent tractari a Iurisconsultis. Lex Iulia est vetustior lege Papia. Et prohibuit quidem lex Iulia & Papia cœlibem quidquam capere ex aliorum testamentis, nisi post mortem testatoris intra centesimum diem matrimonium contraheret, præterquam ex testamentis cognatorum, *vt opinor*, vsque ad sextum gradum, ad quem vsque etiam prætor ab intestato cognatos vocat *§. vlt. Institut. de success. cognat.* Denique lex Iulia & Papia nihil cœlibem voluit capere ex alienis testamentis. *orbum* autem voluit eorum, quæ sibi relinquerentur, non plus capere, quam semissem, quæ omnia recte colliges *ex Vlp. lib. regul. tit. 16. 17. & 21.* & ex Sozomeni libro 1. *Histor. Eccles. cap. 9.* Maior igitur est pœna cœlibatus, quam orbitatis, quia cœlebs nil capere potest, orbus saltem eius, quod relictum erit, semissem capiet, nec carebit vniuerso. Et ratio est in promptu, quia matrimonium contrahere est in nostra potestate. In ea parte scilicet, legi Iuliæ & Papiæ obtemperare est in nostra potestate, quod si non facimus, si manemus cœlibes, merito plectimur toto, quod nobis relinquitur. At liberos suscipere, non est in nobis, sed in maiestatis prouidentia Psalmo 126. *Hereditas domini filij*: id est, donum domini, more Hebraïco. Et eodem Vlpiano auctore lex Iulia & Papia in orbo masculo definit ætatem viginti quinque annorum, in fœmina viginti, vt si quis ea ætate fuerit sine liberis, eorum, quæ sibi relinquuntur, semisse mulctetur. Vnde cum Sozomenus scribat, eandem legem in cœlibe masculo definisse ætatem 25. annorum, qua cœlebs qui esset, ius capiendi non haberet ex aliorum testamentis, præsumo, fœminæ etiam cœlibi præscriptam fuisse ætatem viginti annorum tantum. Ea enim lex Iulia & Papia tam fœminas coercebat, quam mares cœlibes, & orbos, vt Dio scribit 54. eam legem graues pœnas irrogasse, τοῖς τε ἀγάμοις καὶ τοῖς ἀνάνδροις. Cuius rei etiam argumentum

præbet *lex 1. h. t.* quæ his pœnis legis Iuliæ & Papiæ A vtrumque sexum liberat. Ergo ea lex vtrumque sexum tenebat. Et de his pœnis cœlibatus & orbitatis in dictis legibus Iulia & Papia, est accipienda *lex si is qui heres, D. de vulg. subst.* Nam in illa lege, pœnas in testamento pati, id est, non posse capere ex testamento per legem Iuliam, & Papiam, ob cœlibatum vel orbitatem non posse solidum capere. & proculdubio de iis pœnis, licet hoc non exstet, tractauerat Vlpian. *lib. Regularum, tit. de cœlibe, orbo & solitario patre.* Vbi *solitarium* patrem vocat eum, qui vnicum & solum filium habet μοῦνον, τηλύγετον, *vt Homerus loquitur*, qui orbitatis quidem pœnam non patitur, quia non est orbus, qui vnicum filium habet, sed leuiorem pœnam, aut certe tanta præmia non habet, quanta pater plurium liberorum. Et secundum hæc, quæ exposui, leges, quæ loquuntur de iis, B qui non solidum, sed partem tantum capere possunt (vt *l. 42. D. de leg. 2. l. cogi §. ij qui solidum D. ad Senatusc. Trebell.* qui partem tantum capere possunt, id est, semissem: nam partem cum dicimus, semissem dicimus, *l. nomen §. 1 D. de verb. sign.* hæ omnes leges accipiendæ sunt de orbis, qui ex testamentis relictorum tantum semissem capere possunt, altero semisse mulctantur coacto in fiscum. Vnde Iuuenalis Satyricus recte, *legatum omne capere eum, qui iura parentis habet.* Quia scilicet orbus semissem tantum capit, non omne legatum. Ambrosius Luc. 3. *Erat* inquit *deforme liberos non habere, quod etiam legum ciuilium fuit auctoritate mulctatum*, id est, Iulia & Papia: & mulctatum semisse, vt Sozomenus scribit, semisse relictorum. Tertull. libro de monogamia: *Apud Christum*, inquit, *legibus* C *Iuliis agi credunt, & existimant cælibes & orbos ex testamento Dei solidum capere non posse.* Tacitus 3. Annal. *Relatum est*, inquit, *de moderanda Papia Poppæa quam senior Augustus post Iulias rogationes incitandorum cælibum pœnis, & augendi ærarii sanxerat. Nec ideo coniugia & liberorum educationes frequentabantur prævalida orbitate.* Et ait, *augendi ærarii*, quia, quæ non capiebant cælibes recidebant in fiscum. Item auctor Panegyrici Maximiano & Constantino dicti: *Leges hæ*, inquit, *quæ mulcta cœlibes notauerunt, parentes præmiis honorarunt, vera dicuntur esse fundamenta Reipubl. quia seminarium est iuuentutis, & quasi fontes humani corporis semper Roma. exercitibus ministrarunt.* Exprimit rationem legis Iuliæ & Papiæ in cœlibes & orbos. At Tertullianus in Apologetico scribit, *Seuerum Imperatorem exclusisse leges Papias, quæ*, inquit, *ante liberos suscipi cogunt, quam* D *leges Iuliæ matrimonium contrahi.* qui locus est obscurus, nisi enucleetur hoc modo, vt qua ætate lex Papia voluit suscipi liberos, eadem etiam, vt ante dixi, lex Iulia voluerit matrimonium contrahi. Fieri autem non posse simul eodem momento, vt existant nuptiæ, & liberi, sed prius matrimonium contrahere debere, marem intra vigesimum quintum annum, fœminam intra vigesimum, deinde liberos suscipere. Cui rei a contracto matrimonio, puto potius, quam præsumo, Seuerum Imperatorem præstituisse tempus illud, cuius facit mentionem Vlpianus in supradicto tit. 16. puta annum & sex menses, id est, bis nouem menses, quia nouem mensibus plerumque partus absoluitur, non autem sustulisse Seuerum pœnas cœlibatus, & orbitatis, quoniam hoc primus præstitit Constantinus in *l. 1. h. tit.* generaliter hac in re omnibus ciuibus Roman. concessa vacatione legis Iuliæ & Papiæ, quæ ante non fuerat concessa generaliter, concessa erat tantum vacatio secundarum nuptiarum: nam & secundæ nuptiæ his legibus imperabantur solutis primis: concessa, inquam, erat tantum vacatio secundarum nuptiarum, fœminis lege Iulia a morte viri in annum, lege Papia in biennium: a diuortio autem lege Iulia in 6. menses, lege Papia in annum & 6. menses, vt Vlpianus scribit eodem lib. *tit.* 14. Viris autem non legitur fuisse concessa vlla vacatio secundarum nuptiarum, quinimo sine vllo interstitio post primas nuptias viris erat cogitandum de secundis, non etiam fœminis, quas elugere virum oportet annum viduas permanentes. At viri non lugent vxores. Dederat etiam hac in re legis Iuliæ & Papiæ vacationem in omne tempus D. Claudius, vt scribit Suetonius in Claudio, id est, remiserat pœnas cœlibatus & orbitatis ciuibus, qui nauem fabricassent mercaturæ causa, quod Constantinus in hac lege dat generaliter omnibus, sublata lege Papia & Iulia, id est, sublatis pœnis, quas indicebant cœlibatui & orbitati. Ac præterea in Codice Theod. vbi hæc lex plenior exstat, Constantinus profitetur, se tollere tantum pœnas cœlibatus & orbitatis, non etiam, quod eædem leges cauerant, *ne vir & vxor inter se solidum capere possent*, quo iure etiam hodie pleræque nationes vtuntur. Moribus Biturigum vir ex testamento vxoris, aut vxor ex testam. viri nil capit. Et ratio Constantini est, quia fallaces plerunque blanditiæ, vix etiam opposito legum rigore, cohibentur: significat maritum & vxorem plerunque blandis precibus, & fallaciis a coniuge exigere suprema iudicia, & supremas liberalitates, quæ artes comprimendæ potius, quam incitandæ sunt, vel, vt ait *l. vlt. C. Theod. de liber. exhib.* iste mutuus fauor inter maritos reprimendus est potius, quam incitandus. Qua ex causa etiam lex Solonis *apud Plutarchum* non vult rata esse legata, quæ quis moriens coniugi reliquerit. Et hæc lex Iulia & Papia coniuges inter se solidum capere non permittit. Significat etiam Constantinus illo loco, dum ait, *fallaces illas blanditias vix cohiberi opposito rigore legis Iuliæ & Papiæ*, sæpe his legibus illudi per tacita fideicommissa, *vt innuit lex vlt. D. de ijs quæ vt indignis auferuntur.* Et aperte *l. 1. ÿ. de ijs qui se deferunt libro* 10. indicat, *vxorem ex testamento viri solidum capere non posse.* Et in quibus legibus inuenies ita poni speciem, vt non possit aliquis solidum capere ex vnius testamento, possit ex alterius testamento, vt *l. 6. D. de vulg. substitut.* id secundum ius vetus & mentem auctoris accipias de coniuge, qui ex testamento coniugis solidum capere non potest, ex alterius testamento potest. Inde etiam Tertullian. 1. ad vxorem. *Tu modo*, inquit, *vt solidum capere posis hoc meæ admonitionis fideicommissum, Deus faciat.* Dico solidum, quia, vt Vlpian. scribit *eodem libro tit. de decimis*, vir & vxor inter se non possunt capere solidum, id est, assem: sed matrimonii nomine vir & vxor capere possunt decimam partem bonorum, aut vsque ad modum decimæ, si relinquatur a coniuge. Et præter hanc decimam, quæ conceditur matrimonii nomine, & honore, etiamsi ex alio matrimonio liberos superstites habeant, possunt tot decimas capere, quot liberos habent. Item communis filius vnus *post nonum diem amissus*, vnam decimam adiicit: duo autem filii communes post nonum diem amissi adiiciunt duas decimas: post nonum diem, id est, postquam nomen in ciuitate habere cœperunt. Quoniam pueris paruulis nomen imponi solebat nono die, qui dies lustricus vocabatur & *Nominalia*: ceteroquin amissi ante nonum diem nil adiiciebant parentibus, quia pro non natis habeantur, qui nondũ sumpserant nomen. Et hæc omnia de decimis capiendis erant cauta lege Papia, & ex ea re Thalelæus E eam cognominauit legem Papiam decimariam in *l. 1. sup. vnde vir & vx.* in qua tamen *ius antiquum* dici arbitratur habita relatione ad legem Papiam decimariam. Perperam, vt ostendit Obseruat. 3. *c.* 12. Ergo consequens est, id quod ponitur in *l. qui vxori D. de aur. & arg. leg.* maritum vxori reliquisse decimam partem bonorum suorum, hoc esse secundum legem Papiam. Verum hac in parte primum legi Constantinum Imperatorem vacationem legis Papiæ dedisse omnibus nauiculariis Orientis, vt scilicet, etiamsi nullos haberent liberos, vir ex testamento vxoris, & retro vxor ex testamento viri, non decimam tantum, sed etiam assem caperent

l. 7.

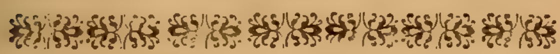
l. 7. C. Th. de Nauicularijs, quam postea vacationem A omnib. generaliter dederunt Honorius & Theodosius in *l. 2. h. tit.* cuius fit mentio in *l. vlt. C. Th. de legit. heredib.* sublata lege Papia decimaria, quæ coniuges cogebat ad decimam, nec volebat inuicem solidi esse capaces. lex 2. *huius tit.* eos facit capaces assis seu solidi. Et ad hanc legem secundam referri debent hæc verba Rubricæ, *& decimariis sublatis*, decimariis legibus scilicet. Verum ait *lex 2. virum & vxorem inter se capere solidum, si relinquatur, nisi*, inquit, *id lex aliqua minuat*, non iam lex Papia decimaria, quæ abrogatur: sed lex alia, quam Papia, veluti lex Falcidia, vt ait Accursius recte, & adde, vel lex Leonis, quæ hodie obseruatur, i. lex *hac edictali sup. de secund. nupt.* vt mulier, quæ secundo marito nupsit, cum haberet liberos ex pri- B mo, non plus ferat ex bonis secundi, vel non plus secundus maritus ex bonis eius ferat, quam cui liberorum primi matrimonii minimum relinqueretur, ex bonis aliunde quæsitis, quam ex primo marito.



AD TITVLVM LVIII.

De iure liberorum.

QVam apte cohæreat hic titulus superiori, ex eo apparet, quod *l. 1. h. t.* est portio legis vlt. tituli sup. idque patet ex inscriptione & subscriptione eadem. Et quod olim ex lege Papia beneficio liberorum vir & vxor inter se habebant solidi capacitatem, vt si vnum habebant filium commu- C nem superstitem, *ils se pouuoient laisser tous les biens l'vn à l'autre en ce cas.* vel si eum amiserant puberem: quia multum erat puerum perduxisse ad pubertatem, vel si amiserant *tres trimos*, id est, nuper mamma depulsos, vel si tres amiserant post nonum diem id est, post assumptionem nominis, *quod Vlpianus scribit eod. lib. tit. 16.* item mariti inter se habebant solidi capacitatem. etiamsi liberos, neque habuissent, neque haberent, si a principe ius liberorum impetrassent, quod etiam proficiebat matribus, id est, ea impetratio iuris liberorum, non tantum, vt solidum caperent ex testamento viri, sed etiam vt ab intestato filio forte vnico succederent ex SC. Tert. *vt l. 7. C. Th. de legitimis lib. l. 9. C. Th. de infirm. ys, quæ sub Tyr. gesta sunt, & Nou. Valent. de* D *test.* At lex prima huius tit. non vult amplius ius liberorum impetrari, aut peti a Principe precibus oblatis, sed vltro & generaliter *l. 1.* dat ius illud omnibus maritis, vt inter se solidi habeant capacitatem, perinde atque si specialiter impetrassent ius liberorum. Lex autem secunda, idem ius liberorum vltro tribuit maritis aut mulieribus, non parentibus, vt filio succedant ab intestato ex Senatusconsulto Tertulliano.



IACOBI CVIACII IVRISCONSVLTI RECITATIONES SOLEMNES E SIVE COMMENTARII,

In Nonum librum Codicis Dn. Iustiniani.

AD TITVLVM I.

Qui accusare non possunt.

Anno 1578.

HVnc librum Iustinianus vocat terribilem *l. 2. sup. de vet. iure enuc.* atque atrocem propter varias pœnarum atrocium caussas, Opus erit multæ, & variæ, atque antiquæ potissimũ cognitionis. Post actiones ciuiles, quæ cõtrouersias priuatorum dirimunt, in hoc libro datur criminales, quæ maleficia vlciscuntur & puniunt, & proprie accusationes dicuntur. Vt vero lib. *6. sup. & D. 28.* prius egit de iis, qui testamenta facere non possunt, quam de testamentis ipsis: ita hoc libro primum agit de his, qui accusare non possunt, deinde de accusationibus. qui ordo, etiamsi non sit ordo docendi, secundum quem prius de re ipsa, quam de circumstantiis dicendum est, & personæ numerantur inter circumstantias: tamen ordo est respondendi de iure, & in foro exercendorum iudiciorum, vt si quæratur, an valeat testamentum, prius quæratur de personis, quam de regulis, & solemnitatibus iuris, quæ in conficiendis testamentis requiruntur, *l. 4. ff. qui test. fac. poss. l. quidam D. de iur. codicill.* Itemque si quæratur, an recte accusatio instituta sit, quærendum est prius, an accusator iustus sit accusator, an accusare possit, deinde an rite instituta accusatio sit, & secundum regulas iuris ciuilis, an iusta sit accusatio & solemnis. In quibusdam Codicibus primo titulo huius libri præscribuntur hæc verba generalia, *de criminib. & qui accusare non poss.* vt vulgo ante editionẽ Florent. libro 28. *Digestorum, tit. 1. qui testament. fac. poss.* hæc quoque verba generalia præposita erant, *de testamentis.* Perperam, quoniam, vt iampridem ostendi, in Digestis vel Codice nulli sunt tituli generales, & meliores quoque Codices ea verba non habent. Hic igitur sit titulus primus huius libri, *qui accusare non poss.* Vnde intelligimus in eo demonstrari, vel enumerari eos omnes, qui accusare prohibentur, de quibus ordine, & sigillatim est dicendum. Ac primum quidem notandum est, neminem pendente accusatione accusare posse accusatorem suum, qua de re agitur in *l. 1. & 19.* & est quæstio satis difficilis de relationibus criminum, siue de mutuis accusationibus, aut de anticategoriis, quæ sola quæstio hodie explicabitur. Primum sic statuo generaliter, neminem pendente accusatione accusare posse accusatorem suum, idque verum esse generaliter in omni crimine maiori, minori, pari, id est, simili, vel æque magno, vt nullus quisquam accusatorem suum possit accusare, quamdiu est in reatu, nisi hactenus, vt edat tantum inscriptionem aduersus accusatorem ex alterius criminis causa, & deponat in iudicio, vt *l. 19. h. tit.* non etiam vt procedat vlterius, non vt eius, quem detulit, nomen postulet recipi inter reos, non vt litem contestetur causa perorata ex vtraque parte, quod proprie est accusare. Fabius Quintil. Declam. 287. *reum semel delatum non posse absolui, nisi accusetur*, id est, nisi lis contestetur. Ergo aliud est reum deferre, aliud reum accusare, edito libello inscriptionis. Defertur quidem reus, vt ostendit *l. 3. ff. de accusat.* sed non agitur etiam statim. Aliud est edere inscriptionem, quæ & subscriptio dicitur: aliud, eum, qui postulatus est criminis, recipere inter reos, quod fit a prætore, qui legibus quærit postulante accusatore. Seneca in Apocolocyntosi: *ducit illum ad tribunal Æaci. is lege Cornelia, quæ de sicariis lata est, quærebat. edit inscriptionem, postulat nomen eius recipi.* Et in 3 Declamat. *In ius ad prætorem voco, & cum quantum volebam iocorum, conuitiorumque effudissem, postulauit, vt prætor nomen eius reciperet.* At in id, quod initio dixi generaliter verum esse, vt is, qui reus factus est, nullum possit crimen referre in accusatorem suum, notandum est, in hoc tamen esse differentiam inter maius & minus crimen, vel par, quod ei, qui prior edidit libellum inscriptionis, siue litem contestatus sit, siue non, par aut minus crimen obiici non possit ei qui occupauit inscribere in crimen. Et ita est accipienda *l. 19.* quæ loquitur tantum de pari, aut minori crimine. Et ita eam Græci interpp. recte acceperunt. Et quia loquitur tantum de pari & minori crimine, consequens est, aliud esse in maiori crimine. Et sane ita est, vt maius crimen possit obiici ei, qui edidit prior minoris criminis inscri-

ptionem, si modo litem contestatus non sit, quæ est A sententia *l. 1. h. tit.* Cuius species hæc est. Tu prior contra me inscripsisti, finge, in crimen legis Iuliæ de vi priuata, accusationem, siue litem nondum contestatus es: ego interim tibi obiicio maius crimen, puta legis Corneliæ de sicariis, crimen cædis & vulnerum. Lex ait, prius esse quærendum de grauiori crimine, præpollere causam maioris criminis, & ex euentu eius causæ maioris iudicem æstimaturum, tibi permittenda sit, nec ne accusatio ex l. Iulia de vi priuata: Nam si absolutus fueris, tibi esse permittendam: Itemque si condemnatus fueris sine capitis deminutione, vt si relegatus fueris, vel damnatus in opus publicum temporarium, & sine infamia, vt in casu *l. quid ergo §. pœna. ff. de iis qui notant. inf.* Alioquin infamis non posset accusare, exceptis certis casib. quibus etiam infami ius est accusandi. Et iis quoque ca- B sibus recte dices ei, qui ex causa grauioris criminis condemnatus est sine capitis deminutione permittendam esse accusationem minoris criminis, in quod prior inscripserat, antequam accusaretur de maiori crimine. quod si fuerit ex ea causa damnatus in metallum, vel in opus publicum perpetuum, quo genere patitur capitis deminutionem, id est, amittit ciuitatem, & libertatem, & fit seruus ac peregrinus, tum ei non esse permittendam accusationem minoris criminis, quia capite minutus est, capitis minor est, vt ius accusandi non habeat, *l. 5. D. de publ. iud.* Posui in specie huius *leg. 1.* te inscripsisse priorem in crimen minus, non litem contestatum: Nam si litem contestatus es, etiam post capitis deminutionem, quam forte alio accusante sustinuisti, inchoatã accusationẽ tibi implere licet, vt ait lex *deferre §. fisc.* C *de iur. fis. ff. & d. l. 5.* Inchoatur accusatio contestatione & actione causæ, ex vtraque parte. Et recte in *d. l. 5.* inchoatam accusationem Græci interpretantur προκατηρχθεῖσαν, quod est, *contestatã, propositam, fundatam.* Et ita fit, (quod est notandum) vt capite deminutus, id est, seruus, vel peregrinus, accusationem exsequatur, impleat, peragat, quam cœpit liber & ciuis, quia scilicet initio tantum litis exigitur, vt sint iustæ personæ, & idoneæ, quæ rem in iudicium deducunt, nec recte institutum iudicium, constitutumque inter iustas personas & legitimas, id est, inter ciues & liberos homines, fit irritum capitis deminutione alterutrius litigatoris. Sic igitur, si litem contestatus sit ante capitis deminutionem, quæ post ei contigit, inchoatã litem & accusat. implere potest. Item, si litem sit contestatus siue accusationem, D ea pendente ab aduersario, nec maius crimen ei obiici potest, id est, post litem contestatam, quod recte notauit glossa in *h. l. 1.* ad verbum, respondeas. Vnde ita rem omnem concludamus: si is, in quem quis minus crimen inscripsit, contra ei obiiciat maius crimen ante litem contestatam de minori crimine, prius est agenda causa maioris criminis: post litem vero contestatam nullius criminis maioris, vel minoris, vel similis, vel æque magni relationem, id est, ἀντικατηγορίαν, permitti. Et recte Gregorius Nazianzenus in Epistol. *Vt seruem.* inquit, *legem iudiciariam, & me prius purgem, & excusem, quam accusem aduersarium:* ἵνα νόμον φυλάξω, καὶ μὲ πρῶτον ἀπολογίζομαι. Et vero quis non referret semper accusatori crimen aliquod, si referre liceret? Et si liceret E accusatori referre crimen, quis non referret etiam iudici? Quoniam (vt eleganter ait *l. 1. Cod. Theod. de accusat.*) neque iudex illius, quem punit, neque accusator illius, quem ad pœnam postulat, odium euitare potest. Et quamuis omne genus accusationis seu relationis criminis, accusationis mutuæ, adstringat necessitas inscriptionis, tamen, vt ait rectissime *l. quamuis ȷ. ad leg. Iul. de adult.* nonnulli nimio odio & ira accensi proterue id faciunt: nec cohibet eos periculum inscriptionis. Fateor statim initio delati criminis mutuam accusationem admitti, sicut hodie mutua petitio vel actio non admittitur nisi ab initio litis, apud eundem iudicem ex Nouella *96. §. vlt.* quam Haloander male accepit de mutuis accusationibus, cum sit de mutuis petitionibus, siue mutuis actionibus ciuilibus. Et tamen in omnibus indistincte verum est, mutuas vel actiones, vel accusationes debere statim ab initio proponi apud eundem iudicem, vt si mortuo aliquo statim vxor & nouerca mortui, se inuicem veneficii accusent crimine pari, vel etiamsi extraneus reus adulterii, quem maritus defert, statim initio lenocinii crimen marito obiiciat, vt in *l. quoniam ȷ. ad leg. Iul. de adult.* quod etiam est par adulterio crimen, quia eadem lege, & eadem pœnâ lenocinium coercetur, qua adulterium *l. 2. §. lenocinij ff. eod.* Paulo post delationem criminis adulterii, id est, post editam inscriptionem, & multo magis post contestatam accusationem, dico extraneum marito non posse referre crimen lenocinii, nec directo, nec in modum exceptionis seu præscriptionis. Idque probo ex *d. l. 2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus.* Nec obstat, quod exceptio lenocinii est peremptoria, & peremptoria exceptio quandoque post litem contestatam opponi potest *l. 8. sup. de except.* quoniam hoc ita verum est, vt possit exceptio peremptoria quandocunque opponi post litem contestatam, si releuet, vel alleuet reum, vel si oneret actorem, hac quandocunque vti reo licet. At cum exceptio peremptoria nec releuat reum, neque onerat actorem, quis non videt, eam inutiliter opponi, cuiusmodi est exceptio lenocinii post delationem adulterii, quia non releuat reum adulterii, non onerat etiam accusatorẽ, id est, non subiicit accusatorem pœnæ lenocinii. Ergo frustra obiicitur, videlicet ab extraneo reo facto adulterii: Nam ab vxore, quam maritus ream facit adulterii, recte quandocunque opponitur exceptio lenocinii. Et ratio differentiæ hæc est, quia vxor, quæ lenocinium obiicit marito, retorquet in eum crimen, & cui licet in aduersarium crimen retorquere & dicere: Tu mihi auctor fuisti sceleri, cuius me incusas, *l. qui cum maior natu 14. §. si libertus, ff. de bon. libert.* At extraneus obiecto lenocinio non retorquet crimen, quoniam non ipse lenocinio pellectus est, sed mulier. Et refert quidem mulier marito lenocinii crimen, non quidem vt se purget, vel excuset: nec enim relatio lenocinii eam releuat, quia, vt ait lex *5. de public. iudic.* non relatione criminis, sed innocentia reus, vel rea purgatur. Et in causis criminalibus, siue mutuis accusationibus quoties permittuntur, non est compensationi locus *d. l. 2. §. qui hoc dicit, l. si vxor 13. §. iudex ff. ad leg. Iul. de adult.* Cui tamen compensationi locus est in causis ciuilibus, etiamsi inter maritos agatur ciuiliter, de malis moribus & delictis. Et ita est accipienda *l. viro 39. ff. sol. matrim.* de mutua actione ciuili, non criminali, id est, de actione de moribus, in qua paria delicta mutua compensatione tolluntur, non de criminali. Vnde sic dico, vxorem ream adulterii, recte marito referre crimen, non vt se excuset, nec enim ideo excusatur, aut euitat pœnam adulterii, sed vt oneret maritum, & pœnæ subiiciat *d. l. 2. §. si publico.* Et valde notanda est hæc differentia inter extraneum & vxorem. Et restat tantum illud modo vt adnotemus, quemlibet reum postulatum, calumniam accusatori quandocunque obiicere posse, vt *d. l. qui cum maior natu §. si libertus, l. 1. ȷ. de calumniat.* Et eadem ratione, quia hæc allegatio calumniæ releuat reum, & pœnæ subiicit accusatorem, cui etiam se subiecit ipsemet inscribendo si calumniator probaretur. Et aperte *d. l. 19. h. tit.* ait, etiam accusatum, accusatorem suum accusare posse, si suam suorumue iniuriam persequatur. Calumnia accusatoris, accusati iniuria est. Illa quoque relatio criminis quandocunque admittetur, quia releuat reum, si reus cædis dicat se iure occidisse, quod alius eum iniuria prior lacessierit, quo exemplo vtitur M. Tullius primo de Inuent. *Itemque sciendum est, eum, qui reus criminis delatus est, nec accusatorem suum regulariter alio crimine cuius allegatio eum non releuet, aut oneret accusatorem,*

torem, neque alium quenquam, a quo non accuſatur, accuſare poſſe, quandiu eſt in reatu. Quam ſententiam & noſtri Doctores omnes tuentur. Sic igitur ſtatuamus; Qui eſt in reatu, neminem accuſare poteſt, cum nec procurationem alienæ litis ſuſcipere poſſit *l. reum ſup. de procurat.* nec honores petere *l. reus, ff. de mun. & honor.* & hoc eſt certiſſimũ hoc tit. paſſim. Dubitabatur tantũ de relatione criminis, de anticategoria, an reo eſſet permittenda aduerſus accuſatorem ex alterius criminis cauſa, nihil habentis commune cum eo, cuius reus poſtulatus eſt in alium. conſtabat ei non eſſe permittendam accuſationem. Et huius rei præbet argumentum *l. pen. ff. de accuſ.* quæ ei, qui eſt in reatu capitali, permittit fiſcalem cauſam pecuniariam deferre: ſuſpenſo crimine capitali, inquit, quod ibi male Budæus interpretatur, id eſt, interim nulla facta condemnatione, quoad peregerit delationem cauſæ fiſcalis, alioqui damnatus non poſſet deferre fiſcalem pecuniariam cauſam *l. deferre §. 1. ff. de iur. fiſc.* Denique fiſcalis pecuniariæ cauſæ delatio, reo criminis capitalis permittitur, non accuſatio. Sed dubitabatur, an ſaltem permitteretur mutua accuſatio, quod iam ſatis oſtendi non eſſe regulariter admittendum.

Ad L. II.

Si cautiones, quibus Secundinus ſolutam Eugenio pecuniam probare ſe dicit: tutores vel curatores tui ſuſpectas, vt falſas habent, proprio nomine, (cum non liceat alieno,) non prohibentur in crimine falſi ſubſcribere: Nec enim facile vel tutores, vel curatores, qui ex officio periculo ſuo res pupillorum, vel adoleſcentium adminiſtrant, ſententia notantur, niſi euidens eorum calumnia iudicanti apparebit. P.P. 12. Kal. Octob. Anton. A. & Geta Conſ. 206.

Ex h. l. 2. intelligimus, neminem accuſare poſſe alieno nomine, ſed de profeſſo & cominus proprio nomine conſiſtere & accuſare quemque debere. Et vt alieno nomine nemo lege agere poteſt *l. nemo, ff. de reg. iur.* ita nec alieno nomine lege iudiciorum publicorum cuiquam accuſare licere. Sed vt in legis actionibus excipitur tutor & curator, qui nomine pupilli vel adoleſcentis lege agere poteſt, etiam non præſtita cautione de rato *l. vulgo, ff. de adminiſt. tut.* Ita ex *h. l. 2.* oſtendam, tutorem & curatorem nomine pupilli ſui accuſationem inſtituere poſſe, vel nomine adoleſcentis, cuius curam gerit. Inſcripta eſt l. *Ingenuo*, & in eius leg. contextu etiam recte Haloander ſcripſit, *Ingenuo*. Verum in inſcriptione, *Ingenuus*, eſt filius impubes, qui patri ſuperuixit: in contextu, *Ingenuus*, eſt pater, qui vita deceſſit relicto filio impubere. Idem fuit nomen patri & filio. Et vt omnem ſpeciem legis retexam, finge: Egerunt tutores vel curatores tui aduerſus Secundinum ex chirographo ei a patre tuo creditæ pecuniæ: Secundinus probauit, ſe eam pecuniam patri tuo ſoluiſſe, prolata cautione, id eſt, apocha, vt gloſſa recte interpretatur, ſiue profeſſione ſolutæ pecuniæ, *quittance:* eam apocham tutores vel curatores tui habent ſuſpectam, vt falſam & fictam, & volunt aduerſus Secundinum ſubſcribere in crimen falſi ex lege Cornelia, quod ſolum crimen hodie moribus noſtris exigit accuſatoris inſcriptionem: iure autem ciuili omne crimen, omne genus accuſationis, vt ait *l. quamuis, ℣. ad leg. Iul. de adulter.* Quæritur autem in hac ſpecie, tutores, vel curatores tui an poſſint ſubſcribere in crimen falſi? Et lex ait, poſſe, nec vereri calumniæ infamiam, ſi forte non obtineant, quia hoc faciunt, inquit, *ex officio & periculo*, ſic eſt legendum, ſic etiam legit Haloander, id eſt, non ſua ſponte ſubſcribunt in crimen falſi, ſed magis ex neceſſitate officii ſui, ne res pereat pupillo, cuius omiſſi periculum ſubirent *l. 1. ff. tutel. & rat. diſtrah.* Et ita *l. tutorem 22. ff. de his, quæ vt indign. aufer.* tutorem, qui falſum teſtamentum dixit nomine pupilli ſui, vel qui libertum patris ſui capitis accuſauit nomine pupilli ſui, non perdere legata ſibi in teſtamento relicta, quod falſum dixit nomine pupilli ſui, & non repelli a bonorum poſſeſſione contra tabul. liberti ſui, a qua repelleretur, ſi libertum ſuum capitis accuſaſſet ſuo nomine, nec obtinuiſſet: quoniam in hac ſpecie libertum capitis accuſauit non nomine ſuo, ſed nomine pupilli ſui, & officii neceſſitas, & tutoria fides eum excuſat; & quia non iure ſuæ perſonæ, vt ait lex, ſed pupilli iure & nomine accuſauit, ideo iudicem nullam ei calumniæ notam irrogaturum, ſi non obtinuerit, qui non ſuis ſimultatibus ſub nomine pupilli accuſationem inſtituit, ſed coactus neceſſitate officii, ne desereret rem pupilli, & vrgente forte matre pupilli, vel cognatis, vel libertis paternis pupilli ſui. Denique tutorem in eo, quod fecit non proprio nomine, propriam pœnam non mereri, puta calumniæ pœnam. Et ita Apuleius 1. Apol. *Æmilianum dediſſe libellum inſcriptionis, quo ſe reum magiæ deferebat nomine non ſuo, ſed priuigni admodum pueri, & adſcripſiſſe, ſe ei adſiſtere, tanquam patronum, vt obtentu eius ætatulæ*, inquit, *ipſe inſimulationis falſæ, id eſt, calumniæ non plecteretur*, quia ſcilicet, qui alieno nomino accuſat, non tenetur de calumnia, nimirum quia ipſe non eſt proprie accuſator, ſed is, cuius nomine accuſat, ſiue dat libellum. Is eſt vere accuſator, ipſe defenſor, & quaſi patronus tutor, vt ait *d. lex tutorem, in fine*. Videmus ergo in *l. tutorem*, tutorem inſtituiſſe accuſationem falſi pupilli nomine, non proprio, & ideo non timere infamiæ, & calumniæ notam, quam vtique timeret, nec poſſet effugere, ſi ſuo nomine accuſationem inſtitueret. Idem etiam videmus in *l. Polla, ſup. de iis, quibus vt indign.* tutorem pupilli ſui nomine, non ſuo falſum teſtamentum dicere. Et tamen *l. 2. h. tit.* ponit tutorem falſam apocham dixiſſe proprio nomine, qua ſubmouebatur pupillus repetens pecuniam, aut tutor pupilli nomine repetens pecuniã Secundino a patre creditam. Denique ponit l. 2. tutorem ſubſcribere in crimen falſi proprio nomine, non pupilli, & tamen ſi non obtinuerit ſententia iudicis non notari, quod ex officio ſuo id fecerit, quod incubuerit officio ſuo hoc facere. Quod ſi ita ponas, reſtabit ex hac *l. 2.* primum hæc ſententia, *Tutorem ſuo nomine publico iudicio accuſare poſſe.* Quo quid eſt certius? Nam iudicium publicum patet omnibus ſine diſcrimine. Carebit igitur hæc lex ratione dubitandi. Ac præterea, ſi ſuo nomine accuſauit, omnino falſum eſt, quod ſubiicit, eum non teneri calumniæ nomine, ſi non peregerit reum, & condemnauerit: Nam inſcriptio, quam fecit ſuo nomine eum pœnæ calumniæ alligat, maxime, cum neceſſe non habuerit ex officio, ſuo nomine ſubſcribere in crimen falſi, & ſubſcribere potuerit nomine pupilli, ſine metu calumniæ, vt in *d. l. tutorem, & d. l. Polla.* Quamobrem ſemper exiſtimaui in *h. l. 2.* eſſe ſcribendum pupilli nomine, non proprio nomine tutorem ſubſcripſiſſe in crimen falſæ apochæ, & rationem dubitandi tum eam eſſe, quam exprimunt hęc verba legis, [*Cum non liceat alieno*] quia ſcilicet regulariter non licet accuſare alieno nomine. Vnde dubitabatur, an ſaltem pupilli nomine vel adoleſcentis. Et ait licere tutorio officio, vel curatorio, ſiue tutorio & curatorio nomine, non iure propriæ perſonæ, nõ proprio nomine. Certe procuratorio nomine non licet accuſare, *l. pen. §. ad crimen, ff. de public. iudic.* Sed neque ſub alterius cuiuſquam nomine, cuius tutores, vel curatores non ſumus, accuſare licet, & ſi accuſamus, habemur pro calumniatoribus, *l. noſtris inf. de calumniat.* Perinde igitur eſt, dum hæc lex 2. ait, *cum non liceat alieno nomine*, ac ſi diceret, dico tutores & curatores pupilli nomine ſubſcribere in crimen falſi, quia alieno nomine ſubſcribere non poſſunt, ſed pupilli & adoleſcentis nomine poſſunt. Et hoc poſito certe veriſſimum eſt, quod ſequitur, tutorem etiamſi nõ obtinuerit, calumniæ non

notari, quia pupilli nomine egit; nisi euidens calumnia A fuerit, id est, nisi manifesto appareat, tutorem fuisse abusum pupilli nomine, vt pupilli nomine suis simultatibus indulgeret, & calumniaretur innocentem, non vt bona fide rem pupilli administraret, alioquin calumniæ non tenetur, qui non suo nomine accusauit, sed pupilli, vel adolescentis. Et placet valde, quod ait *l. non est, sup. de administrat. tut.* sub prætextu nominis pupillorum tutores vel curatores scientes mala fide calumniosas actiones impune non instituere. Et ita in *d. l. Polla*, tutor calumniæ damnatur, quamuis nomine pupilli egerit de falso testamento, quia sciens retractauerat crimen falsi, de quo cum coheredibus suis ea transegerat, cui pupillus heres extitit, sciebat non licere retractare crimen falsi, de quo transactum est. Et interim ea lex *Polla*, probat B exceptionem *leg. transigere, sup. de transact.* vt de crimine non inferente pœnam sanguinis non liceat transigere citra, i. præter falsi accusationem; quæ licet non inferat pœnam sanguinis, tamen de ea transigere licet. Vt vero diximus in hac *l.* 2. esse legendum, *pupilli nomine*, non, *proprio nomine*: ita etiam Theodorum Græcum interpretẽ legisse apparet ex hac adnotatione in hanc legẽ partim Latina partim Græca, quæ talis est. ὁ alieno nomine πούβλικον συγκρ. τῶν δικαστηρίων οὐκ ἀτιμᾶται, εἰ μὴ ἀναφαίνηται συκοφαντῶν. quæ est summa huius legis. *Is qui alieno nomine instituit publicum iudicium, non notatur infamia, nisi euidenter probetur esse calumniatus.* abusus, scilicet alieno nomine, dolo malo. Et tamen alter Græcus interpres, nempe Thalelæus legit, vt vulgo legitur, *proprio nomine*, ἰδίῳ ὀνόματι, quod plane demonstrat, hoc mendum esse vetustissimum & insedisse iam olim, quod tamen res ipsa non possit ferre, nec mirum, si insederit hoc loco, cum & in Pand. Florent. in hac ipsa quæstione, in *d. l.* C *tutorem*, manifestissimo mendo scriptum sit, tutorem instituisse accusationem falsi testamenti suo nomine, cum omnis contextus legis illius satis longe demonstret, vt etiam omnes libri habent, esse legendum, *tutorem accusationem instituisse pupilli nomine, non suo nomine.* Interpretes viderunt quidem hanc scripturam non posse sustineri, si scribamus in hac *l.* 2. proprio nomine, sed vtcumque maluerunt eam tueri, quam quod verum est confiteri. vtcumque eam tuentur falsis & calumniosis rationibus. Primum sic statuunt, pupilli nomine tutorem non posse subscribere in crimen, & ideo legem ponere, & statuere vt subscribat proprio nomine. Nec obstare *l. tutorem, & l. Polla*, quæ aperte dicunt, tutorem subscribere in crimen nomine pupilli, quia in his lo- D cis, inquiunt [*nomine pupilli*] id est, pro pupillo, nomine tamen proprio, non pupilli nomine. quæ interpretatio secum ipsa pugnat, nec simul esse potest, vt quis pro pupillo, & nomine proprio accuset, quoniam pro pupillo nil aliud est, quam nomine pupilli, & nomine pupilli nunquam aliud quidquam est, quam pro pupillo. Hæc autem non possunt stare simul, vt quis nomine pupilli, & nomine proprio accuset. Et rectissime Theophilus noster in tit. *de his per quos agere possum.* nomine proprio, & pro se, idem esse, nomine alieno, & pro alio idem esse. nomine pupilli & pro pupillo semper idem: sicut pro se soluere pecuniam, est suo nomine: pro alio soluere, est alieno nomine *l. si filiusfamil. ff. de in rem vers. l. Papinian. ff. mand.* Falsum etiam est, quod res- E pondent aliter ad leg. *Polla*; in ea tutorem de falso egisse ciuiliter nomine pupilli, non criminaliter, quia non potuit agere criminaliter nomine pupilli, sed proprio tantum, inquiunt: Falsum inquam hoc est, quia non minus egit tutor *in dicta lege* de falso testamento criminaliter, vt significant illa verba, *falsum testamentum dixit*, quæ accusationem significant nomine pupilli, quam in *l. tutorem.* Et vt demus, non concedamus, tutorem in *l. Polla*, egisse falsi ciuiliter nomine pupilli, tamen non possunt negare, eum egisse criminaliter nomine pupilli in *l. tutorem.* Denique si effugiant vtcunque leg. *Polla*, non effugient leg. *tutorem.* Falsum est etiam, quod aiunt, *Pupillum non posse accusare criminaliter, nec consentiente tutore*, quia generaliter verum est, pupillum cũ de re eius agitur & iniuria, admitti ad accusationem falsi ex consilio tutorum & curatorum, vt ait lex 2. §. 1. *ff. de accusat.* Et *Paulus* 5. *Sent. tit.* 12. *Ætati*, inquit, *eius, qui accusat testamentum, succurri solet, si non obtinuerit, in id, quod amisit, maxime*, inquit, *si tutoris vel curatoris consilio actio sit instituta.* Vtroque loco exigit cõsilium, quod est quasi patrocinium tutoris & curatoris in instituenda a pupillo accusatione. non exigit auctoritatem, quæ longe distat a consilio. Sed notandum, hodie tamen exigi etiã auctoritatem tutoris vel curat. ex constitutione Iustiniani *l.* 4. *sup. de auctorit. præst.* Et pupillum accusare posse, ex eo apparet, quod tutor potest accusare nomine pupilli, quo genere non tutor est accusator, sed pupillus. Et id probat effectus rei siue exitus: Nam pupillus, cuius nomine instituta accusatio est, sustinet pœnam temerariæ accusationis, non tutor *d. l. tutorem.* Falsum est etiã & valde captiosum, quod Bartol. ait in hac lege, vt se expediat difficultate, in quam nos deducit *l.* 2. si in ea legatur *proprio nomine*: quod, inquam ait Bartol. tutorẽ posse inscribere in crimen falsi, proprio nomine accusare autem non posse pupilli nomine. Mouetur argumento legis *vlt.* ✝. *de iniur.* ex qua lege vir illustris inscribit in crimen iniuriarum suo nomine, procurator eius, inquit, accusat. In quo argumento erat aperta fallacia, qui in *l. vlt.* dominus ad quem res pertinet, inscribit in crimen, hic non dominus, *id est*, tutor. Item verius est, ibi dominum, cui est facta iniuria, virum illustrem, non tantum esse inscriptorem, sed etiam accusatorem suo nomine, cum & sententia ei dicatur nominatim, vel in eum, vt ea lex ait. Bartolus facit in casu proposito, inscriptorem tutorem, accusatorem pupillum: Nam si pupilli nomine accusatio instituitur, pupillus accusator est, vt dixi iam. Hoc vero nunquam contingit, vt alius sit subscriptor, alius accusator. Et postremo etiam falso exponit hæc verba huius legis, *cum non liceat alieno*, id est, pupilli nomine, *inquit*, vt sit hic sensus, tutorem proprio nomine subscribere in crimen falsi, proprio nomine accusationem instituere, quia non potest subcribere pupilli nomine, quod iam ostendi esse falsum ex *l. tutorem, & l. Polla.* Et præterea si hæc fuisset mens huius legis, dixisset, *cum non liceret tuo*: quia ante dixit, *tui tutoris.* Deinde si proprio nomine egit tutor, male subiiceret, tutorem non prohiberi agere suo nomine, quoniam hoc facit officio suo, nec veretur periculum calumniæ: Nam ex eo sequeretur, eum, qui sua sponte vult accusare nulla cogente necessitate officii, prohiberi accusare publico iudicio, propter periculum calumniæ. Itaque permaneo in prisca mea sententia, quod ad hanc l. attinet.

Ad L. III.

Qui crimen publicum instituere properant, non aliter ad hoc admittantur, nisi prius inscriptionum pagina præcesserit, & fideiussor de exercenda lite adhibitus fuerit: sin vero post satisdationem præsentes non fuerint, edicto admonendi sunt, vt veniant ad causam agendam, & si non adfuerint non solum extra ordinem æstimatione iudicis puniendi sunt, sed etiam sumptus, quos in eam rem & circa ipsum iter ad litem vocati fecerunt, dependere cogentur.

EX l. 3. intelligemus, eum accusare non posse iudicio publico, adde, vel extraordinario iudicio *ex l. vlt. ff. de furt.* qui non inscripsit in crimen, id est, qui non edidit libellum inscriptionis, cuius formula proponitur in *l. 3. ff. de accus.* L. Tit. professus est, se Mæuiam l. Iul. de adult. ream deferre, quod dicat eam cum C. Seio, in illa ciuitate, domo illa, consulibus illis, mense illo, adulterium commisisse. Cui libello præponi debet dies, quo editur,

editur, & annus, id est. Consules, & postponi subscriptio eius, qui crimen intendit. Huic enim libello is, qui crimen intendit, subscribere debet sua, vel alterius manu, si literas nesciat, vt ait *d. l* quo fit, vt hanc professionem modo inscriptionem nominemus, modo subscriptionē. Vis autem eius hæc est, vt pari supplicio vice talionis subiiciat accusatorem, si non obtineat, quoniam dixit in inscribendo in crimen, profiteor: quo verbo spondet, & in se recipit, vltroque obligat se, & obstringit oneri peragendi, & peruincendi rei. Vis eius hæc est, vt alterutrā partē digna legum tenere possit auctoritas, *vt ait l. pen. t. seq.* vbi alias legitur, *austeritas*, sed Basil. probant, *auctoritas*, αὐθεντία. Symmach. in Epist. ad Theod. Imperatorē, *Nostis, inquit, quid habeat conditionis inscriptio: Prouisum enim est, ne temere in alieni capitis discrimen irrueret, nisi, qui idem prius se pœnæ sponsione vinciret.* id est, pœnæ calumniæ, cuius tacitæ sponsioni se deuincit, qui libello inscriptionis profitetur, se reum deferre criminis certi. Vis eius igitur hæc est, vt & accusator rei conditionem sustineat, vt ait *l. 8. C. Th. de accus.* vt similitudinem custodiæ patiatur *l. 2. in fine, §. de exh. reis. l. vlt. tit. seq.* vbi similitudo custodiæ, non est imago quædam custodiæ, sed eadem prorsus custodia, sub qua ipse reus constituitur initio litis, dum iudex reperiat cognitionis discrimen aliquod inter reum & accusatorem, vt in *d. l. vlt.* Similitudo pœnæ, quæ tenet accusatorem, si non obtineat, est talio, id est, talis pœna, qualem conuictus reus subiisset. Inscriptio prior est vocatione in ius *l. 2. §. de exhib. reis.* prior litis contestatione *l. in Senatusconsultum §. qui post. ff. ad SC. Turp.* atque adeo inscriptio prior est accusatione. Vnde *h. l. 3. ait, paginam inscriptionum præcedere debere.* Et *l. 7. ff. de accusat. præcedere debere subscriptionem in crimen.* Et *l. vlt. tit. seq. In causis criminalibus,* inquit, *dignum est, vt præponantur inscriptiones, quæ magnitudinem criminis, id est, qualitatē & tempus designant:* tempus admissi criminis debet designari, id est, consul & mensis, vt patet ex formula inscriptionis, non dies vel hora: non tam arcte, vel abscise: sed designatur ab accusatore tempus, ἐν εὔρει, ἐν πλάτει, id est, annus & mensis, non dies & hora admissi sceleris. Et hoc quidem, non quod in criminibus, quæ certo tempore finiuntur, veluti adulterii, & peculatus, quæ finiuntur quinquennio, vel iniuriarum, quod finitur anno, non inquam, quod in eis tempus computetur a mense in mensem, quoniam computatur a die in diem, *l. 6. ff. de obligat. & act.* Sed quod non sit nimis arctandus, qui venit ad accusationem reipubl. vindicandæ, causa: Nam omnis accusatio præcipue respicit vindictam publicam, & exemplum publicum, puniunturque crimina, non quod sint commissa, sed ne deinceps paria crimina vllus admittat, & vt omnis discat non admittere. In causis ciuilibus & pecuniariis, etiamsi de crimine agatur, vt si quæratur furti ciuiliter in duplum, vel quadruplum, vel si de possessione agatur vi erepta interdicto momenti, vel si de abacto vno pecore agatur, qua de re agitur ciuiliter actione furti, vel, vt dixi, interdicto vnde vi, non criminaliter, non est necessaria inscriptio. non omnis mentio criminis exigit inscriptionem, sed sufficit in causis ciuilibus libellus conuentionis, & editio actionis. In criminalibus causis necessaria est professio & inscriptio, tacitaque sponsio, imo expressa sponsio, & satisdatio peragendi rei. Et huius differentiæ inter ciuilia & criminalia iudicia probandæ gratia, Græci Interpp. in *l. 3. & 7. ff de accusat.* & alibi, sæpe solent adducere *l. 4. sup. de sport.* quæ est constitutio Græca, in illo loco, καὶ βιβλίον αὐτοῖς ἐπιδοθεῖν, ἢ γραφὴ ἐπὶ ἐγκλημάτων, vt scilicet, βιβλίον exigatur, & sufficiat in causis ciuilib. γραφὴ in criminalibus, quem locum non facile erat reperire. Quodam autem tempore fuit in arbitrio iudicis admittere accusatorem, etiam sine inscriptione, *l. 5. C. Th. de accus.* & tamen tunc, vt etiam sit hoc tempore, quo non exigitur inscriptio, præterquam in crimine falsi, non ideo minus accusator, qui

Cod.

A non subscripserat in crimen, & non obtinebat causam, calumniæ damnabatur, hoc est, pari vindicta afficiebatur. Id vero, vt inscriptionis exactio sit posita in arbitrio & potestate iudicis, quodam rescripto Imp. Anton. cautum fuisse testantur Impp. Valens & Gratianus & Valentin. in *l vlt. C. Th. ad l. Corn. de fals.* qui & idem probant etiam in crimine falsi, vt non exigatur inscriptio, nisi ita iudici visum fuerit, vt iam ex ea constitutione inscriptionis necessitas & solemnitas non sit ordinarii iuris, vt fuit olim, sed in arbitrio iudicis. At ius vetustius & cōstitutiones cum eo consentientes Iustinian. magis approbauit, vt in omnibus criminibus exigatur vinculum inscriptionis, ne quis facile prosiliat ad accusationem, cū sciat, inultam sibi accusationem calumniosam non futuram, cum per libellum inscriptionis se ipsemet accusator

B pari vltioni subiiciat, vt inquam exigatur ipso iure, etiā sine arbitratu iudicis. Verum ab hoc iure ordinario Accur. in *h. l. 3.* excipit multos casus, & si vnum vel alterum excipias, omnes alios inconsiderate. Vnum ex *l. nequis, sup. de Iudæis*, quæ facit quidem publicum crimen, si Iudæus in matrimonium ducat Christianam, vel contra Christianus Iudæam, sed non remittit vinculum inscriptionis. Alterum est huic simile exemplū, aut exceptio, ex *l. Apostatar. sup. de apost.* quæ facit tantum publicum crimē apostaseos, quod omnib. liceat intendere in apostatam, siue vt posteriores loquuti sunt, magaritam: sed non remittit vinculum inscriptionis. ea de re nullum verbum illo loco. Adfert etiam tertium ex *l. leuia, ff. de accusat.* quod l. dicat proconsulem leuia crimina debere, aut posse discutere de plano. de plano quid est? stan-

C do, non sedendo pro tribunali, nil aliud: & ille eo verbo significari arbitratur, vt ea debeat discutere sine inscriptione accusatoris, quod est falsum: Nam vt quiuis alius libellus, ita etiam libellus inscriptionis de plano dari potest *l. miles §. sexaginta, ff. ad leg. Iul. de adult.* Et hodie videmus, quotidie dari libellum iudici eunti in prætorium. Quartum casum sumit ex *l. vn. §. de abigeis.* Potuisset similiter addere similem ex *l. momentario sup. vnde vi*, quoniam hæc dicit, de possessione vi erepta agi sine inscriptione, per interdictum vnde vi, quia agitur ciuiliter, non criminaliter. Et illa quoque *lex vnica* ait, de causa abigeatus alias quæri cum inscriptione, vt si quis plura pecora abegerit, qui plane tenetur criminaliter extra ordinem vt abigeus, alias quæri sine inscriptione, veluti abacto vno tātum pecore, quod fit ciuiliter actio-

D ne furti, non crimine abigeatus: Et ideo non est necessaria inscriptio. Addit Accursius quintum casum *ex l. ea quidem, tit. seq.* quæ lex non loquitur de accusationibus: igitur nil pertinet ad id quod proposuimus in accusationib. requiri inscriptioné, sed loquitur de elogiis & notoriis siue notariis, (vtroque nomine dicuntur recte a notis, quibus præscribuntur) officialium, seu apparitorū, quibus magistratui denuntiant quædam crimina. in iis elogiis non est necessaria inscriptio, quia nec sunt solemnes accusationes, & tamen denuntiatorem non ideo minus occupat pœna calumniæ si euidens fuerit calumnia, licet non inscripserit in crimen, quod non denuntiauit *l. vlt.* quæ est constit. Græca, *§. de custod. reor. l. 1. inf. de curios. lib. 12.* vbi curiosi sunt illi officiales, qui inquirunt de criminibus, & qui etiam curam habent cursus pu-

E blici. Et hoc est, quod ait *l. ab accusatione §. nuntiatores, ff. ad SC. Turp.* denuntiatores debere assistere suis elogiis siue notoriis, quæ pertulerunt ad iudicem, id est, probare debere, quod denuntiauerunt, aut sufferre pœnam calumniæ. Hæ igitur 5. exceptiones Accurs. submouentur: quæ retineri possint, videamus. Fateor maritum qui iure mariti vxorem facit ream adulterii, non adstringi vinculo inscriptionis, nec timere calumniæ pœnam, etiamsi non obtineat. Et ita euidenter proditum est in *l. quamuis, inf. ad l. Iul. de adult.* Et ratio est, quia maritum excusat iustus dolor, quem animo conceperat, & quo ductus inconsulto prosilierat ad accusationem. Is

iustus dolor est amor iratus, vt ait Sen. *in Hercule Oeteo.* Et eadem ratione mulier, quę suam vel suorum iniuriam persequitur ex SC. quo id nominatim cautum est, non subscribit in crimen *l. 2. inf. de calumniat. l. 5. & 12. h. tit.* Potest mulier accusare publico vel extraordinario iudicio, vel agere populari actione, si res ad eam pertineat, non aliter. Et ideo ait *l.* 5. si filii tutores vel curatores habeant, & agatur de falso instrumento, ex quo aduersarius filiorum causam obtinuit, eam rem non pertinere ad matrem, quia filii tutores & curatores habent, qui ex officio debent exsequi falsi accusationem: & ideo, quasi res ad matrem non pertineat, hoc casu non poterit ipsa instituere falsi accusationem. At cũ res ad eã pertinet, id est, cum persequitur suam, vel suorum iniuriam, admittitur ad accusationem, nec necesse habet subscribere, quia nec calumniæ pœna tenetur, si non probauerit quod intendit, quod SC. cautum est, propter fragilitatem & temeritatem naturæ, quæ facile eam impellit ad persequendam iniuriam, quam facile sibi persuadet factam esse suis, vel sibi. Ex quo sequitur, quod si mulier suæ, vel suorum iniuriæ accusationem instituerit, & postea desistat, non incidit in pœnam SC. Turp. qua tenentur desertores accusationum sine abolitione, quia qui non inscribit in crimen, & calumniæ non tenetur, etiam non tenetur pœna hac SC. Turp. si desistat sine abolitione principis, *l. in SC. §. eos, ff. ad SC. Turp.* Et hoc verum est in hoc casu, cum mulier persequitur suam, vel suorum iniuriam. Quo solo casu extra causam maiestatis, & annonæ publ. mulieri ius accusandi est *l. 4. & 9. & 14. h. tit. l. 1. & 2. ff. de accus. l. 5. ℑ. ad l. Fab. de plagiar. l. 19. ℑ. ad l. Cor. de fals. l 3. §. sed & si mulier ff. de lib. hom. exhib. l. 6. ff. de pop. act.* Et verum hoc esse hoc casu, vt si desistat, non incidat in SC. Turpil. ostendit *l.* 4. vt scripta est *ff. ad SC. Turpil.* Nec obstat *l. pen. ℑ. ad SC. Turp.* quæ ait, mulierem persequentem suam vel suorum iniuriam, si pacto habito cum aduersario destiterit, incidere in pœnam SC. Turpill. Sed hoc ideo, quia turpiter depecta est de sua, vel suorum iniuria. Non igitur quæ quoquo modo destitit incidit in SC. Turp. sed quæ per turpem depectionem destiterit, vt est legendum *in l. 2. inf. de abol.* Illo loco, per deceptionem est legendum, *per depectionem*, ὑπερβιβασμὸς τῶν στοιχείων: nam legendum per depectionẽ, vt in Basilicis, κατὰ σύμφωνον. Eadem ratione si pater persequatur cædem filii sui vel filius patris, non habet necesse subscribere *l. vlt. ff. de publ. iudic. l. 4. inf. de calumniator.* Alias his personis exceptis, quæ iusta causa impelluntur ad accusationem, & facile excusantur temere instituta accusatione, alias, inquam, hi qui persequuntur suam vel suorum iniuriã, non sunt immunes vinculo inscriptionis, nec pagani, nec milites, vt ait, *l. 3. & 10. h. tit.* Postremo fateor etiam, quod ait glossa, eum, qui accusatori suo refert crimen calumniæ, vel lenocinii vxor marito in modum exceptionis, quia hic etiam directo non accusat, sed opponit exceptionem, eum non inscribere, quia hoc non est accusare, sed se defendere vt *l. 1. inf. de calumniat. l. qui cum maior natu §. si libertus ff. de bonis libert. l. 2. §. si publico, ff. ad leg. Iul. de adult.* At præter inscriptionem etiam ex hac leg. 3. est notãdum, eum, qui accusare vult, debere satisdare de lite exercenda, vt *l. 1. ℑ. ad SC. Turp. l. 5. §. sunt qui putant ff. de his quib. vt ind.* id est, vt satisdet se perseueraturũ in crimine vsque ad sententiam *l. 7. ff. de accus.* Post satisdationem si non affuerit iudicio, qui ostentarat se velle accusare, & litem contestari cum reo, edictis euocatur, & contumax extra ordinem punitur arbitrio iudicis, non talione, quia non damnatur, quod calumniatus sit, qui necdum accusauit, sed quod iudicio, vt cauerat, non adfuerit. Et ita est accipiẽda *l. 3.* Nam supinus est error Græcorum, qui hanc partẽ *legis tertiæ*, accipiunt de reo, qui vocatus in ius non venit, vt cõtumax extra ordinem puniatur, & agnoscat sumptus, quos accusator fecit in hunc diem, quia non est hic ordo iuris, sed qui delatus est reus requiritur & exhibetur, ducitur, prehenditur & non inuenimus adnotatur inter reos, &c. quæ exponit *l. 2 ℑ. de exhib. reis.* Et manifestum est, verba legis 3. accommodari tantum posse ad eum, qui crimen intendit, vt si quemadmodum cauit, iudicio non adsit, edicto admonitus puniatur extra ordinem, & reo in ius vocato refundat sumptus litis, & viatica, i. sumptus itinerarios litis ac cætera viatica, vt *l. eum quem temere, ff. de iudic.* Dixi accusare non posse eum, qui ipse accusatus est, qui est in reatu, nec alium quenquam nisi suam suorumque iniuriam persequatur, neque accusatorem suum eo crimine, cuius relatione neque releuetur ipse, neque oneretur, & pœnæ subiiciatur accusator, *l. 1. h. tit.* Dixi alio nomine quam pupilli vel adolescentis, i. tutorio vel curatorio, neminem posse accusare *l. 2.* Dixi etiam accusare eum non posse, qui non edidit libellum inscriptionis, nec satisdedit, se perseueraturum in crimine vsque ad sententiam in *l. 3.* libellum inscriptionis, qui & delationis dicitur, esse accusatori periculum calumniæ, vt ait *l. 15.* h. tit. Sicut (quod notandum) iudici, qui ex scripto sententiã ferre debet, vt cautũ est legib. Libellus, ex quo sententiam dicit, est periculũ improbitatis, vel stultitiæ suæ. Et inde titulus, *de sententiis ex periculo recitandis*, i. ex libello, quia periculum est iudici existimationis, si perperã iudicauerit. Præterea dixi mulierem aut militẽ publico iudicio non posse accusare, nisi suam, suorumue iniuriam persequatur in *l. 4. 5. 8. 9. 10. 12. 14. h. tit.* Nunc addo eum etiam, qui ab accusatione se discedere professus est, eundem eodem crimine iterum accusare non posse, vt in *l. 6. h. tit. l. 3. & 4. inf. ad SC. Turpill.* qui, inquam, professus est expressim vel tacite nil refert: Nam & ab accusatione discedere, i. desistere, & liti renuntiare videtur, qui intra tempus a iudice definitum non perfert accusationem, licet nominatim ei non renuntiauerit. Non perfert accusationem, inquit *l. 7. h. tit.* non peregit reum, inquit *l. ab accusatione §. destitisse, ff. ad Senatusc. Turp.* Perferre ergo accusationem est peragere reum, vt perferre litem *l. 6. ff. de col. dot.* perferre actionem *l. cum filius, ff. de leg. 2.* perferre causam, *l. quærebatur, ff. ad Senatusc. Turp. l. 16. ff. de inof. test.* & in multis aliis locis. Plin. 5. Epist. *causam Vicentinorũ eo animo, quo susceperat pertulisset.* Et Apul. 7. *Fisci aduocatus nostram causam pertulerat*, id est, rem perduxerat ad sententiam. Ita in *l. 7.* perferre accusationem, *& l. vlt. inf. ad Senatusc. Turp.* Loquimur autem de eo, qui vltro destitit ab accusatione, & in totum deposuit animum peragendi rei sine abolitione, id est, sine venia omittendæ accusationis, qui proprie dicitur tergiuersator, i. qui desistit ab accusatione sine venia Principis, quam ob causã incidit in pœnam SC. Turp. quam si sustinuerit, infamis fit, *l. spurii §. qui iudicii ff. de decur.* Infamis fit inquã, & ideo nec eundem, nec alium quenquam postea accusare potest. Et generaliter est accipienda *l. 2. ff. ad Senatusc. Turpil.* dum ait, eum, qui destitit, amplius accusare non posse, id est, neminem accusare posse. Quod etiam idem iuris est ex *l. Iulia publ. ind.* in præuaricatore, id est, qui causam criminis perfunctorie agit, & se vinci patitur *l. 5. ff. de præuar.* Idem etiam iuris est in calumniatore ex lege Remmia, qua puniuntur calumniatores, *l. 4. ff. de accus.* Quamuis autem tergiuersator neque alium quenquam accusare possit, neque eundem reum repetere, tamen alius poterit eundem reum accusare eodem crimine, etiamsi cum priori accusatore, & tergiuersatore iure licito transegerit, quod aperte demonstrat *l. 5. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Et errant hac in re Græci interpretes in *l. 6. h. tit.* dum aiunt, *eum qui iure transegit puta de crimine inferente mortem, cum suo accusatore, nec postea ab alio accusari posse.* Fateor non posse ab eo, cũ quo iure transegit: nec posse ab alio, pernego. Ad hoc etiam obseruandum est in specie *l. 7. h. tit.* mulierem suam suorumque iniuriam persequentem, quæ non pertulit accusationem intra tempus a iudice definitum liti quidem

quidem videri renuntiaſſe, vt ait lex 1. id eſt, non poſſe repetere reum, ſed alium accuſare non prohibebitur, ſi res ad eam pertineat, alio crimine, quia licet deſtiterit a priori accuſatione, tamen non incidit in pœnam Senatuſconſulti Turpilliani, excepto vno caſu, vt dicebam nudiuſquartus, ſi turpiter depecta ſit *l. pen.* ꝟ. *ad Senatuſc. Turp.* Extra hunc caſum, ſi alio modo deſtiterit, non incidet in Senatuſconſultum Turpillianum, non committit in SC. Et ratio hæc eſt, quia mulier, quæ admittitur ad accuſationem, non ſubſcribit in crimen, & calumniæ non tenetur, ſi non obtineat, quod probaui iam ante. Et is tantum incidit in Senatuſconſult. Turpil. cum quo de calumnia agitur, non is, cum quo agi non poteſt de calumnia *l. in Senatuſc.* §. *eos ff. ad Senatuſc. Turpil.* Nec obſtat *l. abolitionem*, ꝟ. *ad leg. Iul. de adult.* in qua plurimum laborat Accurſ. Lex ait, *maritum, qui deſiſtit ab accuſatione adulterii, & non peragit adulterium, incidere in SC. Turp. nimirum quaſi accuſet extraneum, vt in ſpecie l. abolitionem. ſubſcribit in crimen, & ita calumniæ tenetur.* At ſecus eſſet, ſi accuſaret vxorem adulterii ex ſola ſuſpicione: Nam hoc caſu non ſubſcriberet in crimen, nec calumniæ teneretur *l. quamuis, eod. tit.* Ergo nec deſiſtens ab accuſatione vxoris, incideret in SC. Turpill. Et ita res explicanda. At vero quod dixi, *mulierem, quæ accuſationem inſtituit, ſuarum iniuriarum gratia, deſiſtentem ſine abolitione, non incidere in Senatuſconſ. Turp.* id aperte reſpondit Papinianus in *l. 4. ff. ad Senatuſc. Turpil. Mulier,* inquit, *quæ falſi crimen iniuriæ propriæ omiſit, non incidit in Senatuſc. Turp.* Vnde quidam Iacobus Curtius, quoniam legerat in *l. 1.* §. *accuſationem, eod. tit. ad SC. Turp.* Papinian. reſpondiſſe, *Mulierem, quæ iure non inſtituit accuſationem,* i. *non ſuarum iniuriarum gratia, deſiſtentem, non incidere in Senatuſc. Turp.* male ſuſpicatur in *d. l. 4.* quod ſit ex reſponſis Papiniani, eſſe addendam negationem ex *d.* §. *accuſationem,* vt legamus, *Mulier, quæ falſi crimen, non iniuriæ propriæ,* quæ ſuſpicio non eſt admittenda vllomodo: Nam nunquid potuit Papinianus vtrumque reſpondere, cum & vtrumque ſit verum? mulierem, quæ deſiſtit a crimine iniuriæ propriæ, vel non propriæ, non incidere in Senatuſc. Turpil. itaque ne ſequamur Curtium & pergamus ad reliqua. Frater fratrem publico iudicio accuſare non poteſt, quod ita eſt intelligendum, ſi obiiciat fratri capitale crimen. Nam charitatis ratio, & neceſſitudinis exigit, ne hoc poſſit audere frater in fratrem *l. 13. h. tit.* nec hoc poſſit audere impune, vt oſtendit *d. l. 13.* Nam leuius crimen impune obiicere poteſt, *id eſt*, non capitale, veluti l. Iulia de vi priuata, vel l. Iulia de ambitu *l. 18. h. tit.* Valde pia eſt & humana illa conſtitutio, vt frater fratrem magni & capitalis criminis iure publico reum facere non poſſit. Sed a Chriſtianis plus exigitur ab eo ipſo, qui nos Chriſtianos fecit, vt ne dicat quidem frater fratri, μωρέ, *id eſt*, ſtulte, quod Syriaca lingua dicitur, *Sote,* vnde proculdubio traximus noſtrum *ſot*, & ne etiam frater *fratri* dicat racha, id eſt, κενέ, id eſt, inanis homo, vel follis, vt in noſtro idiotiſmo a folle ab inanitate ventroſæ follis dicimus, *vn fol.* Dixi autem, iure publico, quia impune obiiciet frater fratri, ab eo vitæ ſuæ inſidias fuiſſe paratas, & hoc ſolum recte videtur & mater filio obiicere *l. 14. h. tit.* Sed interim monendi eſtis, hodie neminem iure publico accuſare poſſe, ſiue ſuam, ſiue publicam & alienam iniuriam perſequatur, nulla eſſe publica iudicia moribus noſtris, quæ pateant omnib. ſed de re, quæ ad nos pertinet, de crimine quod nos pertingit, ſiue reſpicit, poſſumus tantum agere ciuiliter, *pourſuiure noſtre intereſt ciuil.* Criminaliter autem agere, hoc eſt, vindictam publicam perſequi, ſolus fiſci aduocatus poteſt, cuius iuris nullum veſtigium reperies in libris noſtris, & in aliis auctoribus reperi tantum vnũ locum in Hiſtor. Sacra Sulpitii Seueri, qui ait, Maximũ Imp. Gall. aduerſus quoſdã Epiſcopos appoſuiſſe accuſatorem patritium quendam fiſci patronum. Multa vſus

Cod.

induxit, quæ ius ciuile non probat: vt illud etiam, vt rei abſentis & contumacis imago comburatur, vel furcæ affigatur, quod vſus tantum admittit in grauiſſimis criminib. non inuenies ſcriptum in iure noſtro. Et inueni tãtum locum vnum apud Trebellium Pollion. in Celſo 27. Tyranno, qui tamen & id iniuriam vocat: *Nouo,* inquit, *iniuriæ genere imago Celſi in crucem ſublata eſt, quaſi patibulo ipſe Celſus videretur affixus.* Meminì etiam me legere alium quendam locum ea de re, quem tamen hodie nunquam mea memoria potuit reperire. Infames, quod iam attigi, etiam plerunque non poſſunt accuſare, quod hæc verba l. 3. ſignificant, *ſi tibi exiſtimatio integra eſt.* Nam infamis eſt is, cuius eſt deintegrata exiſtimatio, qui plerunque non admittitur ad accuſationem, imo nec ad popularem actionem *l. 4. de popul. act.* niſi ſuarum iniuriarum gratia, vt *l. 4. ff. de accuſat.* Veluti damnatus iudicio publico, non admittitur ad accuſationem alterius, quia eſt infamis, & aliquando etiam eadẽ ratione damnatus, non iudicio publico, vt ex Senatuſc. Turpil. ex quo non eſt publicum iudicium, *l. 3.* §. *vlt. ff. de præuaricat.* & tamen eo iudicio damnatus ſit infamis, nec aliũ poteſt accuſare, vt in *ſup. d. l. ſpurii* §. *qui iudicii.* Idemque eſt in delatore, qui citatus ad edictum non reſpõdit, ex *l. 2.* §. *Senatus ff. de iur. fiſc.* At notatus cenſorio iudicio non prohibetur alium accuſare, quia nec cenſor infamẽ facere poteſt, ſed tantum prætoris edictum, vel lex, vel Senatuſc. Marcus Tullius pro Cluentio: *In omnibus legib,* inquit, *quibus eſt exceptum, de quibus cauſis alium accuſare non liceat, iſtud ignominiæ genus,* id eſt, *cenſoria nota, non comprehenditur.* Addamus etiam eum, qui duos reos delatos habet ex diuerſis criminibus: nam ex vno crimine plures deferri poſſunt *l. 1.* ꝟ. *ſi reus vel accuſat. mort. fuer.* Patet igitur, eum qui duos reos diuerſorum criminum habet delatos, non poſſe tertium accuſare alio quodam crimine: niſi ſuam, vel ſuorum iniuriam perſequatur *l. 16. h. tit. l. qui accuſare, ff. de accuſat.* quæ addit rationem, vt cohibeatur affectatio turpis quæſtus: Nam accuſatorib. præmia deferebãtur, quorum affectatione ne plures reos pluribus legibus faciant, vetatur lege Iulia iudiciorum publicorũ plures, quam duos reos, eodem tempore delatos habere, quod etiam probat lex *inter,* §. *vlt. ff. ad leg. Iul. de adult.* Et ait *l. 16.* vt tertium quis accuſet, qui duos accuſatos perſequitur, hoc non permitti contra præſcripta legis nimirum Iuliæ, vt in *l. hos accuſare* §. *lege, ff. de accuſ.* Vbi manifeſto obſeruatiõ 6. docet eſſe legendum, lege Iulia iudiciorum publicorum non admitti eum, qui eodem tempore queritur *de tribus reis,* niſi ſuarum iniuriarum gratia, non, *de duobus reis,* nam vt ſupradictæ leges oſtendunt, de duobus reis quæri licet eodem tempore. Et vltimum hoc eſt, etiam familiares & domeſticos noſtros, licet ſint ingenui homines nos accuſare non poſſe: libertos patronos ſuos, vel patronorum heredes nec ſuarum iniuriarum gratia poſſe criminaliter accuſare, ciuiliter poſſe: nec item ſeruos audiri aduerſus ſuos dominos, imo puniri grauiter, ſi quid deferant in dominos ſuos, *l. 17. pen. & vlt. h. tit. l. 6. & 7. inf. de delator.* Excipitur tantùm crimen maieſtatis, in quo etiam eſt honeſta proditio ſerui, & hoc ſignificatur breuiter in *C. Th. hoc tit.* ne præter crimen maieſtat. ſeruus dominum vel liberus patronum, aut familiares accuſent. Separantur ſerui a familiarib. vt in *l. pen. h. tit.* Nam familiares ſunt ingenui, qui in domo noſtra verſantur & agunt, interdũ tamen accipiuntur prõ ſeruis. Seneca Epiſtola 47. *Ne illud quidem videtis,* inquit, *quam omnem inuidiam maiores noſtri dominis, omnem contumeliam ſeruis detraxerint, dominum patremf. appellarunt ſeruos (quod etiam in mimis adhuc durat) familiares.* Et hoc ſenſu Ammianus Marcel. 28. *ſubito perculſi familiares, hebetatis ſenſibus dominum non defenderunt.* Illud poſtremo non omittam errare in hoc titulo *legem* 11 quæ alio loco rectius fuiſſet poſita, quia non eſt de iis, qui accuſare nõ poſſunt, vt ceteræ omnes: ſed hoc

tantum vult, eum, qui dolo malo incendium fecit, qui A incendit ædes, aut villam alienam, vel aceruum, & micam, seu metā frumenti, teneri lege Cornelia de sicariis, quod & verum est *l.* 1. *l. si quis dolo ff. ad leg. Corn. de sicar.* & capite punitur ex ea lege. Exstat seuerissima constitutio Friderici Imperat. in incendiarios, in Chronico Abbatis Vrspergensis. Imo ex leg. 12. tab. incendiarii viui exuruntur pœna conuenientissima, vt igne pereat, qui igne absumpsit aliena *l. qui ædes ff. de incen. ruin. naufr.* Fortuita incendia ita non vindicantur, quæ culpa & negligentia nostra contingunt, non dolo malo: aut ciuiliter exercentur, aut modice vindicantur, *l. capitalium §. incendiarii ff. de pœn.* Ciuiliter vindicantur actione legis Aquiliæ. Est etiam alia actio ex 12. *tab.* qua ciuiliter vindicantur, quæ dicitur incensarum ædium actio, B vno tantum in loco iuris, *l. iurisgentium, §. si pacis car, ff. de pact.* & ab vno interprete Græco Thalelæo, *sup. l. 1. de lege Aquil.* Et est actio in duplum, vt indicat *Paulus 5. Sent. tit. 3.*



AD TITVLVM II.

De accusationibus & inscriptionibus.

A Personis, de quibus dixit 1. titulo, transit ad rem ipsam, hoc est, accusationes & inscriptiones, qui est ordo exercēdi iudicii & respondendi de iure. Inscriptiones, siue delationes, denuntiationes, querelæ præcedunt, accusationes sequuntur, *l. 3. tit. 1. l. pen. h. tit. l. 7. ff. eod. l. 2. ℑ. vt intra cert. temp. crimin. qu. ter.* Quod & ratio exigendæ inscriptionis demonstrat, quæ proponitur *l. 5. Cod.* C *Theod. eod. vt sopita ira*, inquit, (quoniam sæpe irati prosiliunt ad accusationem) *& per hæc spatia, quibus exequuntur inscriptionis solemnitatem mentis tranquillitate recepta, omnes ad supremam actionem, cum ratione veniant atque consilio.* Supremam actionem vocat accusationem. Inscriptio est præludium accusationis. At in hoc tit. prius dantur leges de accusationibus, quam de inscriptionib. quæ fuit ratio incipiendi tituli in hunc modum: *de accus. & inscript.* quod in eo priores sint leges de accusationib. posteriores de inscriptionib. nempe *l. 13. & 15. & pen. & vlt.* Est etiam de inscriptionibus nonnihil in *l. 8. h. tit.* vt inscriptio vel fiat ex libello, id est, edito libello, vel deponatur apud acta. Vnde in *l. 1. ℑ. ad Senat. Turpil.* inscriptionem deponere, id est, depo- D nere apud acta, non dato libello. Et *l. 13.* docet ne seruum quidem hominem accusari posse, nisi præcesserit inscriptio. Et *l. 15.* ne potentioribus quidem viris, puta illustribus, aut spectabilibus remitti necessitatem inscriptionis, si velint accusationem instituere in aliquem. Quod vtique verum est etiam eo casu, quo criminalem iniuriarum causam per procuratorem agere possunt, vt *l. vlt. ℑ. de iniur.* Nam ipsi viri illustres inscribunt in crimen iniuriarum, deque eo aduersarium accusant, cum & eis, & in eos ad extremum sententia dicatur ex eadem l. Et procurator tantum est minister agendæ & exequendæ causæ iure singulari, quia regulariter nemo agit causam criminalem per procuratorem. Lex *pen.* punit officialem iudicis, qui in iudiciale secretum vel (vt loquitur E *secretarium*) quod est auditorium iudicis, introducit accusatorē, qui non subscripsit in crimen: nec enim debet accusator admitti in secretarium iudicis, antequam subscripserit in crimen, quod parat intentare. Ceteræ, quæ sunt in *l. pen.* & quæ sunt etiam in *l. vlt.* de accusatoris inscriptione, & periculo memini me exponere in *l. 3. t. 1.* vt ex *l. vlt.* hoc tantum nobis notandum restet, reum de se in quæstione confessum, vel etiam extra quæstionem (vt postea dicā) non torqueri, vel interrogari in alios conscios, puta & participes. Quod etiam lex *vlt.* ait, esse ex auctoritate iuris veteris, & puto eā intelligere rescriptum D. Pii, de quo in *l. repeti §. 1. ff. de quæst.* Is, qui de se confessus est, non torquetur in caput aliorum, vt Diuus Pius rescripsit. At multi sunt in iure loci, qui huic sententiæ aduersantur, loci innumeri, quibus dicitur reos criminū de sociis interrogari, & socios prodere per tormenta, in quæstione socios nominare, quod vtique fit non in exceptis criminib. quibusdam, vt glossa voluit in *l. vlt.* non in maximis criminibus tantum, sed etiam in omnibus. Et eo iure vtimur. Quid est ergo, quod ait *l. vlt.* de se confessum non interrogari de aliena conscientia, id est, de consciis: nemine de proprio crimine confitentem, esse scrutandum de aliena conscientia, vt ait, cum restent innumeri loci, vt dixi, quibus dicitur, reos criminum interrogari de sociis: Verum hoc iure nunquam fit, nisi cum reus conuictus est, cum manifesti criminis reus tenetur, cū est deprehensus ἐπ' αὐτοφόρῳ, quod verbum Græci auctores vsurpant, non in furto tantum, sed in quodlibet genere criminum, vt Demosthenes loquitur, περὶ αὐτὰ τὰ ἀδικήματα, *sur le faict:* Nam hic damnatur, etiamsi nihil confiteatur. Nam quod quædam nationes obseruant, vt nec conuictus quidem damnetur, nisi confiteatur, hoc ius nostrum non admittit, quod alterutro est contentum, vel vt conuincatur, vel vt confiteatur, *l. qui sentent. ℑ. de pœn.* Ergo conuictus, de sociis recte interrogatur: confessus, non conuictus, non interrogatur in socios, vel in alios. Et ratio est optima, quia cum habeatur confessus pro damnato, facit vt desperatus ad delationem aliorum confugere possit, *l. deferre §. 1. ff. de iur. fisc.* Et hoc est, quod ait Paulus 1. *Sent. tit.* 12. qui de se confessus est, in alios torqueri non potest, ne alienam salutem in dubium deducat, qui de sua salute desperauit. Excipio solum mandatorem criminis, qui criminis est professor & machinator, de quo confessus interrogari potest, tanquam de auctore primo sceleris, vt *l. prius ff. ad SC. Syll.* non de consciis omnibus. Itaque hac in re constituenda est differentia inter conuictum & confessum: vt hic, qui sibi non pepercit, qui se noluit seruare, qui seruatus fuisset deficientibus probationibus, nisi se suo ore prodidisset, & damnasset, vt inquam hic non interrogetur in alios: ille interrogetur, qui conuictus non confessus est, nec tamen ei facile fides habeatur, vt *l. 4. inf. de quæst.* Et quod ait glossa in *l. vlt.* confessi responsionem præsumptionem facere, non plenam probationem, hoc ego de conuicto dicendum puto, non de confesso: quia frustra, & prorsus inutiliter interrogatur, cum legibus cautum sit, ne interrogetur. Nec facio differentiam inter confessum ex interrogatione, vel quæstione, & vltro sua sponte confessum, sicut etiam *l. vlt.* non facit differentiam, in qua in Cod. Theodos. adduntur hæc verba, quæ referam, quoniam vulgo corruptissima sunt. *Nemo credat sponte fingenti, commonitoriis secretisque mandatis fidem penitus abnegamus.* Et hæc de legib. h. t. quæ pertinent ad inscriptiones. Ceteræ sunt de accusationibus, & non tantum de accusationibus publicorum iudiciorum, sed etiam de extraordinariis accusationibus, de quæstionibus extraordinariorū iudiciorum, vt *l.* 1. quæ est de termino moto, qui erat positus in agro finium regundorum causa, de termino exarato vel effosso, aut euulso, cuius criminis executio est extraordinaria, vt ait *l.* 1. id est, certam legem non habet, quæ huic crimini irroget certam pœnam, sed eius coercitio relinquitur arbitrio iudicis: Nam quæ de termino moto proponitur actio certæ pœnæ ex lege Agraria Iulii Cæsaris, ea non est actio criminalis, sed ciuilis & popularis: Nā nulla est actio popularis quæ sit criminalis. omnes sūt forenses seu ciuiles. Et ita est explicanda *l. vlt. ff. de term. mot.* quā Accurs. in *l. 1. h. t.* explicat trib. aut quatuor modis, nec quidquam agit. Verissimum n. est (quod ille omisit) proponi in *l. vlt.* actionem ciuilem ordinariam ex lege Iulia, criminalem ordinariam nullā esse de termino moto. Et ita Paul. 1. *Sent. tit. 16.* in eū, qui per vim terminos deiecerit, vel amouerit, extra ordinem

animaduertitur. Extraordinaria etiam est accusatio de qua agitur in *l. 10. h. tit.* id est, nulla certa lege prodita, scilicet in eum, qui venditat litigatori sententiam iudicis hoc obtentu, siue prætextu, quod iudex sibi sit summus amicus, & valde familiaris, aut quod etiam iudex sit vænalis, denique quod possit ab eo facile quamcumque sententiam volet, redimere, vel obtinere. Qui, inquam, ita venditat sententiam judicis litigatori certo pretio conuento, pro ista opera. & *l. 10.* ait vtrumque crimen contrahere, venditorem & emptorem, illicitum hoc esse commercium. Vtitur, *commercij* verbo. Ergo loquitur de emptore & venditore euentus sententiæ, & vtrumque censet esse puniendum. Non definitur pœna, est igitur extraordinaria. Huiusmodi venditorem Sidonius Apollinaris vocat venditorem intercessionum, alij venditorem fumorum, qualem etiam plerique iam notarunt ex Lampridio, Alexand. Imperat. suffocari fumo iussisse, pœna conuenientissima, vt pereat fumo, qui vanos fumos vendidit, sicut ex legibus igne perit, qui incendium fecit. Dixi puri eum, qui venditauit sententiam iudicis litigatori, forte dicens se sententiam facile redempturum a iudice, quamcunque volet, ex *l. item apud §. idem ait D. de iniur.* quæ sola ex iis, quas adducit Accurs. in *l. 10.* ad rem propositam facit, & de eo loquitur, qui vendidit euentum sententiæ iudicis, *velut daturus pecuniam*, sic legitur Florentiæ recte, non, *velut laturus pecuniam* a litigatore pro ista opera, sed velut daturus pecuniam iudici, id est, corrupturus iudicem. Nam & sic Græci legunt, ὡς ἀεὶ παρέχειν τῷ ἄρχοντι χρήματα. Et sic dixit quodammodo iudicem esse vænalem, & facile data pecunia deprauari posse. Quare lex ait iniuriam fieri iudici, & iudicem sibi factam iniuriam vlcisci posse. Non ergo quolibet casu, qui vendidit intercessionem suam, vel fumos, iniuriam facit iudici, sed hoc solo casu, cum dixit, se impetraturum sententiam in rem litigatoris, data iudici pecunia, cum hoc est pollicitus litigatori, quod est maxime notandum. Græci interpretes non intellexerunt *h. l. 10.* Nam putant, eius l. hanc esse sententiam: eum, qui promittit impunitatem cædis, ei qui cædem facturus est, in æquo esse ei, qui cædem fecit, mandatorem perinde puniri atque homicidam: vtrunque puniri: quod dicit quidem *l. 5.* non etiam *l. 10.* sed id, quod ante retuli, & Latini interpretes intellexerunt. Addamus, hunc titulum non tantum esse de accusationibus sed etiam de notoriis, seu notariis apparitorum præsidis prouinciæ, quæ notoriæ, etsi accusationes non sint, nec desiderent inscriptionem apparitorum, tamen proximæ & affines sunt accusationibus, nec minus tenent apparitorem, qui denuntiat crimen iudici, quam accusatorem, *l. 7. & 14. h. tit.* Et hoc est, quod dicitur, *eos debere assistere suis notoriis*, id est, præstare esse veras suas notorias, sua elogia, & relationes. Nam vt ait *l. ab accusat. §. nuntiatores, ff. ad SC. Turpil.* Nam quod *l. 7.* vocat notorias, id *l. 14.* vocat relationes publicarum personarum. Et ita in veteribus glossis, *ex notaria*, ἐκ τῆς ἀναφορᾶς, id est, *ex relatione*. Alias dicuntur notariæ, vt in *l. 1 sup. de off. comit. sacrarum largit.* Et passim in collatione dierum aliquot cum Donatistis apud D. August. modo notariæ, modo notoriæ, a notis nimirum, quibus consignabantur, vt indicant Donatistæ eodem lib. dum postulant sibi gesta edi conscripta, quod nesciant notas. Non igitur, vt vult glossa, notoria sunt dicenda, quasi res notas inuulgarent: sed notoriæ vel notariæ, id est, relationes transmissæ ad iudices singulariis literis, vel aliis breuibus notis, seu compendiis, de criminibus commissis in prouincia. Quod lex 8. *h. tit.* ostendit, plerunque fieri per stationarios milites. & *l. 31. C. Theod. de episcop. & cler. notoriis apparitorum*, inquit, *quos stationarios appellant*, Optatus Afer, *superstationarios*, quod essent dispositi in prouinciis per certas stationes maxime cohibendorum aut retegendorum latronum gratia, vt docet Sueton. *in Iulio, & Tiberio, & Tertull.* in *Apologetico*, vt

A Euseb. *in lib. de locis Hebraicis* scribit, inter Æliam, id est, Hierusalem & Hiericum in loco, qui a Græcis dicebatur ἀναβάσεις πυῤῥῶν, id est, ascensus sanguinariorum, rubrorum, seu latronum, fuisse stationem, seu castellum militum ad auxilia viatorum. Et ille est locus, qui in Euangelio notatur fuisse infamis latrocinii, in quo ob eam rem Romani habebant stationem dispositam militum, quo remedio vti præstaret hodie. Et ostendit *lex* 18. stationarios milites denuntiare tantum crimen, non etiam audire accusatores, sed adeundum esse præsidem prouinciæ, tantum habere ius denuntiandi præsidi, præsidem æstimare, an elogio apparitoris, seu militis sit credendum nec ne: nec enim hisce elogiis seu notoriis temere credendum est, nec etiam, vt ait *l. 14.* emendicatis suffragiis decretorum, id est, commendationibus ciuitatis quæ dicuntur ψηφίσματα sæpe a Marco Tullio in

B Verrinis, id est, decreta decurionum, quibus reum aliquem laudant atque commendant. emendicatis non enucleatis suffragiis temere credendum non est. Et ita emendicatis suffragiis in *l. 7. inf. de Palatinis sacrarum largit. & l. 75. C. Theod. de decurionibus.* ¶ In hoc tit. hæc potissimum quæstio tractatur, an reus per alium defendi possit, vel an accusator per alium accusare possit, & an absens reus damnari, vel accusator absens litis damno coerceri possit absoluto reo. Res est omnino male explicata a Doctor. nostris, maleque perducta in vsum fori, tanquam ex iure nostro fiat, quia quod vsu receptum est hac in re tanquam ex iure nostro, id hodie planum faciam, nulla, aut parua admodum parte cum iure nostro congruere. Et primum quidem ita distin-

C guo. aut seruus factus est reus, aut liber homo: si seruus factus est reus, siue præsens sit, siue absens per dominum, vel procuratorem domini, vel per alium pro domino defendi potest, *l. 2. h. tit. l. seruus, D. de publ. iudic. l. serui, D. de appellat.* Et ratio hæc est, quia dominus non tam videtur reum defendere, quam rem patrimonii sui, cum seruum suum defendit, quem in patrimonio habet: & interest cuiusque suum tueri patrimonium, & defendere, maxime cum dominus vel alius nomine domini seruum criminis postulatum hactenus tantum defendat, vt pro eo offerat competentes allegationes, vt purget innocentiam eius, & eum sibi conseruet, & præterea, satisdet seruum iudicio sisti, *l. si seruum, ff. de accusat. l. 2. de custod. reor.* & vero, vt sistat eum in iudicio *l. 2. h. tit.* non etiam, vt pro eo sustineat condemnationem, quo-

D niam etiam si defensorem habuerit dominum, in personam eius fiet condemnatio, non in personam domini, quæ est sententia *l. 2.* Nec obstat quod in noxalibus actionibus, ex delictis seruorum dominus his actionibus conuentus, suffert condemnationem, nisi seruum noxæ dedat, quia noxales actiones non sunt criminalia iudicia, sed ciuilia *l. quid sit, §. quod aiunt, ff. de ædil. edict.* Nos de criminalibus iudiciis loquimur, in quibus condemnationem is tantum suffert, qui criminis factus est reus, non dominus eius, ne pœna egrediatur auctorem criminis. Et ad hæc etiam si dominus non defendat seruum suum in criminali iudicio, si nolit defendere, teneri accusatori actione ad exhibendum, vt eum seruum producat. Et ita est accipienda *l. 2. sup. de noxal. act.* quoniam est coniungenda *cum l. 2. h. tit.* vt probat similitudo

E inscriptionis, & subscriptionis. Ideoque contra quam sentiat Accurs. in *d. l. 2. de noxal.* ea lex accipienda est de seruo criminaliter accusato, nec defenso a domino, quoniam, quem defendit dominus, vtique sistere debet. At & quem non defendit, vt exhibeat potest conueniri actione ad exhibendum. Ex quo sequitur non tantum eum, qui acturus est noxali actione, in dominum agere de seruo exhibendo, vt constat, sed etiam eum, qui accusaturus est seruum criminaliter, quive accusat, quod maxime est notandum. Est etiam cum hac *l. 2.* coniungenda eodem argumento inscriptionis & subscriptionis lex 1. *inf. de iniuriis.* In qua hoc tantum habetur, nec seruus

alienis licere facere iniuriam. Quam sententiam glossa, & interpretes omnes dicunt esse accipiendam actiue & passiue argumento coniunctionis harum legum. Dico esse tantum actiue accipiendam, vt & seruus alienus, si fecerit iniuriam, iniuriarum criminaliter accusari possit. Et hæc quidem in seruo locum habent. In libero homine, qui reus postulatus est, aliud est dicendum: Namque is siue præsens sit, siue absens liber homo reus postulatus, neque per procuratorem, neque per alium quenquam, etiamsi satis offerat reum iudicio sisti, defendi potest. Et hanc differentiam inter seruum & liberum puto exposuisse Modestinum lib. 6. differentiarum, ex quo sumpta est *d. l. si seruum.* In qua dicit dominum, qui seruum defendit in iudicio capitali, sistendum satisdato promittere iuberi, lege scilicet publicorum iudiciorum, ad differentiam scilicet liberi hominis, qui reus postulatur capitali iudicio, quem nemo potest defendere, etiamsi paratus sit sistendum satisdato promittere, quia generaliter, neque ad accusandum in criminalibus causis procurator, vel alius quisquam nomine accusatoris, vel rei admittitur, &, vt ait *l. pen.* §. 1. *ff. de publ. iudic.* multo magis ad defendendum reum procurator non admittitur. Cur multo magis? quia scilicet in iudicio criminali magis est necessaria exhibitio, & præsentia rei quam accusatoris, vt componatur cum testibus [*pour les confronter*] vt ex voce eius, & habitudine, ex constantia, vel trepidatione prudens iudex eruat veritatem. Attamen causæ absentiæ rei reddi possunt per procuratorem, vel alium quemlibet nomine absentis, ne iudex festinet ad condemnationem, sed eam differat amico allegante iustam causam absentiæ. *d. l. pen. l. absens, ff. de procur.* Quoniam hoc non est suscipere integram defensionem causæ, sed tantum excusare absentiam (quod in foro *exoiner* dicitur) quod verbum male dominus Budæus deduxit ex Græco verbo ἐξόμνυσθαι, cum sit ex Latino Barbaro, quod in legibus Germanorum sæpe legitur exidoneare aliquem, id est, non esse idoneum affirmare eum, qui in præsentia iudicio adsit, aut adesse possit. In causa igitur criminali excusatio quidem absentiæ admittitur, sed non defensor totius causæ. Et ita est accipienda lex *3. h. tit.* dum ait, reos absentes per procuratorem defendi posse, id est, eorum absentiam redditis iustis causis defendi, & excusari posse, non integram causam defendi. Et ita etiam recte Ioannes accepit legem *seruum* §. *publice D. de procurat.* dum ait, *publice vtile esse, vt quilibet absentis defensionem suscipiat, & eius innocentiam excuset.* Quid hoc est? Innocentia non indiget excusatione. Intelligit ergo vt absentiam eius excuset allegando iustitiam absentiæ, quod quodammodo est innocentia absentis. Hoc vero *l. 3. h. tit.* ait, permittere leges publicorum iudiciorum, vt absentis rei quilibet absentiam excusare possit differendæ condemnationis gratia, quæ vtique differetur excusatione recepta a iudice, non aliter: Nam poterit reprobari, eaque reprobata sequetur condemnatio absentis. At lex *pen. D. de publ. iud.* hoc ait esse permissum Senatusconsulto, non legibus publicorum. hæc non sunt contraria: Nam Senatusconsultum intelligere oportet factum ad leges publicorum, quod & legum appellatione continetur. Et ita sæpe legimus idem modo factum lege, modo Senatusconsulto, nimirum Senatusconsulto facto ad eam legem, ampliando vel interpretando eam legem vt quod in Institut. legimus, *minorem 25. annis, non posse manumittere, nisi causa probata apud consilium ex lege Ælia Sentia:* hoc Senatusconsul. tribuitur in *l. 1. ff. de offic. consul.* Et eodem loco Caius 3. *Institut. si quis iniustas nuptias contraxerit per errorem, ex quibus liberos susceperit,* liberos ei suos heredes esse, si modo post mortem parentis errorem probauerint. Et hoc ait esse etiam ex lege Ælia Sentia, vel SC. Proinde etiam dicamus in proposito, absentiam rei cuilibet excusare leges publicorum permittere, vel Senatusconsultum. Sed transeamus ad grauiora.

A Ait *l. 3. reos capitalium criminum absentes, &c.* Rei non sunt ante litem contestatam. Ergo loquitur *l. 3.* (& nos ita sensimus intelleximusue ab initio huius tractationis) de reis absentibus post litem contestatam, vel vt ait *l. inter, ff. de publ. iudic.* cognitione suscepta, quod Accursio recte est, lite contestata, & Basilica, μετὰ προκάταρξιν, id est, *post litem contestatam.* hæc tria idem possunt, lite contestata, iudicio accepto, nomine rei recepto, cognitione suscepta. Instituta igitur quæstio est de reis absentibus post litem contestatam: nam ante litem contestatam, qui delatus, nondum factus est reus, si absit per contumaciam, non damnatur, non accusatur, sed adnotatur inter reos delatos in commentariis, seu actis iudicum, vt requiritur *l. 6. h. tit.* Eaque adnotatio promulgatur edicto, vt veniat in notitiam eius, qui delatus

B est, *l. 1. ff. de requir. reis, nec absent. damnan.* Nec tamen ea adnotatio importat publicationem bonorum, vel condemnationem vllam, licet ab ea appellari possit, *l. 2. sup. si pend. appell. mors interuen.* Sed bona adnotati obsignantur sigillo publico impresso: nondum etiam coguntur in fiscum. quam obsignationem bonorum, vt alii plerique notarunt, nostri interpretes vocant adnotationem, perperam, cum adnotatio sit id, quod supra exposui, non consignatio bonorum. Verum adnotationem, si reus intra annum non venerit, post annum sequetur bonorum, quæ interim fuerunt obsignata, publicatio & infamia absentis, *l. vlt. ff. de req. reis.* Non autem sequitur absentis condemnatio, post annum quidem, qui litem contestatus non est, nisi sit leue crimen, i. non capitale. Et hoc vult *l. absentem* §. *aduersus, ff. de pœn.*

C Post annum igitur sequitur quidem confiscatio bonorum, & infamia propter ademptionem bonorum, sed non condemnatio, quæ scilicet adimat vitam, vel ciuitatem, vel libertatem, non condemnatio grauis, sed leuis, puta pecuniaria, vel relegatio, quæ capitis deminutio non est. At si post litem contestatam reus absit per contumaciam, hoc est, vt ait *d. l. inter* si per triduum, per singulos dies ter citatus non respondeat (sunt verba l.) & ter citatus voce præconis, vel buccina, vt apud Plutarchum in Gracchis, ἀνακαλεῖσθαι ἐπὶ σάλπιγγι, reum criminis capitalis, qui edicto non obtemperat, euocari buccina. Is, inquam, qui ita per contumaciam abest post litem contestatam, condemnatur quocunque crimine etiam capitali, nisi præsto sit, qui eius absentiam excuset, & excusatio recipiatur, (nam recepta excusatio condemnationis dilatio est) per triduum autem per singu-

D los dies ter citare in *d. l. inter,* est, quod vulgo dicimus, *per tres breues dies,* fateor. Nec tamen secundum verba *l. inter,* tres illi dies, sunt 9. dies, vt vulgo exponunt, ita vt reus intra 9. dies ter citetur, inter primam, & secundam, & inter secundam & tertiam citationem, intermisso duorum dierum spatio, vt fit, quod spatium 9. dierum etiam imperite Imbertus in Institutionibus forensibus vocat trinundinum, cum trinundinum non nouem, sed 27. diebus constet, si non ignoramus, quid sit Latine loqui. At nego in *d. l. inter,* triduum accipi pro nouem illis diebus, in quibus absens reus ter citandus sit. Nego etiam in ea lege, triduum accipi pro triduo continuo & consequenti. Sicut nec in *l. 12. tab.* de de-

E nuntiatione testimonii apud Festum (cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum, id est, ad domum eius, qui denuntiatus est, obuagulatum ito, id est, proclamatum ito & denuntiatum testimonium. in ea lege tertios dies non accipio pro tribus consequentibus se, sed pro trinundino id est, vt primo die denuntiato, vel citato teste, vel reo, intermittantur dies nouem, quibus constat singulum nundinum, vel singulæ nundinæ: Post nonum diem iterum citato reo, vt æque intermittantur nouem dies, tertium autem citatus, vt adsit saltem nono die, atque ita, vt trinundino citetur, & vnaquaque vice, vnoquoque nundino ter præcone eum inclamante, ille, ille, ille. Nam & Coriolanum lego apud Dionysium Halicarnassæum

Halicarnassæum 7. & Plutarch. in Coriolano, iuberi adesse εἰς τρίτην ἀγοράν, id est, trinundino, seu tertio mercatu: & leges quoque promulgari trinundino, tertiis diebus, & confirmari apud Macrob. 1. *c.16.& 3. c.17.* Et ad trinundinum proxime accedit, quod legimus in causis ciuilibus absentem tribus edictis euocari, per singula edicta intermisso spatio 10. dierum, seu decimi diei incipientis, non expleti, quoniam spatium illud respicit ad solemne illud trinundinum, quo & rusticani coibant in vrbem, vt pleno foro res ageretur, & innotesceret etiam rusticanis, *l. ad peremptorium & seq. ff. de iud.* Quod etiam ita fit in causis ciuilibus post litem contestatam, si quis absit deserta lite, vt ad eas leges etiam Græci notant, μετὰ προκατάληψιν, & facit lex *contra* §. 1. *D. de re iudic. & l. liberto §. litem, ff. de negot. gest.* Item, vt in ciuilibus causis *d. §. litem*, ita etiam in criminalibus absentia rei, vel etiam accusatoris post litem contestatam potest per alium excusari. absentia rei, ne damnetur eo crimine, quo fuit accusatus, ne damnetur μονομερῶς, id est, vna tantum parte præsente, se absente. Accusatoris autem absentia, ne calumniæ damnetur *d. l. inter*, qui posset calumniæ damnari, quod abfuerit post litem contestatam per contumaciam, id est, quod tribus diebus ter citatus non responderit, & reus absolueretur, si non reciperetur excusatio absentiæ: & tamen si ante litem contestatam post inscriptionem is, qui in crimen inscripsit, per contumaciam absit, calumniæ non damnatur, sed extra ordinem vt ait *l.3. tit.1.* quod est leuius, quam calumniæ pœna, & grauius, quam Senatusconsulti Turpil. pœna, vt ait *l. absentem §. pen. ff. de pœn.* Quoniam pœna Senatusconsulti Turpill. est tantum pecuniaria. Loquimur ergo de reo, vel de accusatore, qui post litem contestatam abest per contumaciam, cuiusque absentiæ ratio ab alio non allegatur, vel allegata non recipitur: Nam qui ita abest, condemnari potest μονομερῶς, nec condemnatus appellare potest *l. ex consensu §. vlt. de appell.* Dico, si absit per contumaciam: Nam si post litem contestatam absit citra contumaciam, puta non peracto ordine citationum, non seruata supradicta solemnitate iuris, & tamen damnetur reus vt contumax, ipso iure nulla est sententia. Accusator quoque, si post litem contestatam absit citra contumaciam, neque calumniæ vt contumax damnari potest, neque reus absolui, vt ait *l. 4. h. tit.* Non potest absolui, inquit, *ex vna postulatione* (quod est id, quod Græci dicunt, μονομερῶς) cui est aduersum, causa cognita, seu cognitionaliter in legibus nostris: Nam cognitionaliter est vtraque parte præsente. Et ideo, quia ipso iure senentia nulla est, qua condemnatur is, qui abest post litem contestatam citra contumaciam, causa ex integro agi potest etiam absoluto reo, qui erat præsens, vt ait lex 4. & ex integro apud eundem iudicem, vel apud successorem eius, vbi supplendum est, *quod magis est.* Nam videtur se corrigere, vt sæpe hoc modo se corrigunt auctores nostri, vt apud eundem causa ex integro non agatur, sed apud successorem eius, argumento legis 1. *sup. de sentent. præfector. prat.* vel apud superiorem iudicem, vt in *l. 6. hoc tit.*

Ad Leg. IX. & X.

Qui de crimine publico in accusationem deductus est, ab alio super eodem crimine deferri non potest. Si tamen ex eodem facto, plura crimina nascuntur, & de vno crimine in accusationem fuerit deductus, de altero non prohibetur ab alio deferri. Iudex autem super vtroque crimine audientiam accommodabit: Nec enim licebit ei separatim de vno crimine sententiam proferre, priusquam plenißima examinatio super altero quoque crimine fiat. PP. quarto Kalendar. Septemb. Basso. 2. & Quintiano Coss. 289.

10. *Idem AA. & CC. Vrsæ: Qui explicandi negotij spem (cuius finis in iudicis potestate, ac motu situs est) pollicetur: non minus ob illicitam sponsionem crimen contra-* A *hit, quam, qui ad huiusmodi promissiones mercium contra disciplinam publicam adspirat.*

EX lege nona notandum est, eum, qui criminis publici ab aliquo reus delatus, vel factus est, ab alio eiusdem criminis reum deferri non posse, vt in *l. hi tamen §. vlt. ff. eod.* Crimen publicum dico, cuius persecutio omnibus patet, cuius executio cuilibet ex populo in commune permittitur *l. quamuis inf. ad leg. Iul. de adult. l. lege Cornelia ff. ad leg. Cornel. de fals.* Ioannes Chrysostomus in illa homilia, qua differit de illo loco Pauli, *Modico vino vtere, &c. Commune*, inquit, *est crimen, publicum delictum, licet cuique volenti accusare:* definitio est publici criminis. Verum etsi publicum crimen, pateat omnibus, tamen præuentioni locus est, id est, qui B prior occupauit accusare, ceteros excludit populares suos. Dixi reus delatus, vel factus, vel (vt ait *l.9.*) in accusationem deductus, & nondum absolutus, vel nondum exemptus ex reis, vt is pendente accusatione, quam quis prior instituit, non possit ab alio eodem crimine accusari. Quod tamen ita est intelligendum, vt si fuerit absolutus priori accusatione, videatur quidem ab alio posse reuocari, & eodem crimine accusari, quia & in criminalibus causis siue accusationibus, res inter alios iudicata aliis non nocet. Et sane ea ratione, qui altero accusante est absolutus, si ab alio reuocetur, & eodem crimine accusetur, non potest eum repellere exceptione rei iudicatæ, quia inter alios iudicata est, *l. pen. sup. quib. res iudic. non noc.* quæ lex est coniungenda cum hac *l.9.* vt similitudo inscriptionis & subscriptionis probat. C Verum iniquum est, vt sæpius de eodem crimine quæratur, vt qui vno accusante absolutus est, rursus eodem crimine accusetur ab alio, alioquin nunquam cuiquam constaret fides, seu ratio innocentiæ suæ. Et ideo quod potest colligi ex *d. l. pen.* altero accusante absolutum, ab alio reuocari & repeti posse, non est perpetuo verum, sed ita debet intelligi, si de prioris accusatoris perfidia, præuaricatione, & collusione constiterit, tum alter accusator admittitur. Et ita cautum est lege Iulia public. iudiciorum *l.3. ff. de præuar. l.3. §. si tamen posteaquam, ff. de lib. hom. exhib. l.11. h. tit.* Est etiam alius casus, quo reus absolutus ab alio reuocari, & de eodem crimi- D ne accusari potest, si a reo iudicem constiterit pecunia fuisse corruptum, qua de re disputat M. Tull. in Partition. Et puto hoc casu etiam a priori accusatore, qui victus est per sordes iudicis, reum repeti posse, nec dum ab alio quolibet argumento *l. 1. sup. de pœn. iud. qui mal. iudic.* At si ipse accusator corruptus sit, si præuaricatione accusatoris liberatus reus sit, non potest quidem repeti reus ab eodem accusatore, qui præuaricatus est, sed ab alio repeti potest, vbi scilicet (vt ante dixi) de præuaricatione prioris constiterit. Est etiam tertius casus, quo reus bona fide absolutus incorrupto iudice, incorrupto accusatore ab alio repeti potest, si suam iniuriam, suumque dolorem persequatur, vt si extraneo accusante mulier adulterii absoluta sit incorrupto iudicio, maritus eandem accusationem instaurare potest, si possit allegare idoneas causas, quibus impeditus non potuit extra- E neum præuenire, vel si ignorauit extraneum eam accusationem instituisse, *l.7. §.1. ff. eod. l. 4. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de adul.* His tribus casibus reus absolutus alio accusante, ab alio eodem crimine reus fieri potest. Loquor de eodem crimine, eademque accusatione: Nam si reus fuerit absolutus vno crimine, non est dubium, cum ab alio altero crimine accusari posse, *vt in specie l.11.* absolutus homicidii post ab alio accusari potest, non homicidii, cuius absolutus est, sed latrocinii, aut seditionis & tumultus concitati in Rempub. quod in ea *l.11.* appellatur crimen pastorum, quam ob rem liquido non constat. Sed verum est Imperatores Diocletianum & Maximianum, qui auctores sunt legis 11. respexisse ad suam ætatem, qua pastorum ingentem manum, seu potius exercitum

exercuisse innumera latrocinia, & miserabili direptione vastasse villas, vicos, castella, oppida, didici ex Mamertino in panegyrico iisdem Imperatoribus dicto: sub iis scilicet Impp. rusticos & pastores latrocinia exercuisse & seditionem commouisse erga Rempublicam, quo respicit hæc lex. Et verba Mamertini hæc sunt. *Illud malum tua Cæsar, nescio, vtrum magis fortitudine repressum sit, an clementia mitigatum, cum militares habitus ignari agricolæ appetiuerunt: cum arator peditem, cum pastor equitem, cum hostem Barbarum suorum cultorum rusticus vastator imitatus est.* Nota est etiam seditio, quam olim concitauit in Sicilia Athenio pastor, vt Florus scribit in Epitome rerum Roman. de quo etiam M. Tull. in Frumentaria. Hoc ergo certum est, eum, qui vno crimine absolutus est, veluti homicidii, mox ab alio latrocinii & seditionis reum postulari posse, quia non obiicitur idem crimen. At idem crimen reo absoluto ab eodem, vel ab alio obiici non potest exceptis supradictis tribus casibus. Hinc quæritur, quid sit dicendum, si reus absolutus non sit, quem quis reum detulerat, sed iure transegerit cum priore accusatore salutis suæ redimendæ causa. Et hoc casu licet ab eodem, qui iure transegit, repeti non possit, memini tamen me alias dicere, ab alio tamen, qui non transegit, repeti posse vt *l.3.§.vlt. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* ne res inter alios transacta aliis noceat. Et ita Accursius recte sentit in *l. 11. h. tit.* & in *l. transigere sup. de transact.* Rursus quæro, quid sit dicendum, si non sit absolutus reus, sed exemptus ex reis, id est, si nomen eius commentario reorum abolitum sit. Facio differentiam inter absolutum, & exemptum ex reis, siue eum cuius nomen abolitum est, quoniam absolutione omnimodo purgatur innocentia, & crimine reus liberatur. Exemptione ex reis pœna liberatur non crimine. Pœnam demas licet, culpa perennis erit, *l.vlt.inf.de generali abolit.* Eximitur autem quis ex reis variis modis, vel si libellus inscriptionis legitime ordinatus & conceptus non fuerit *l. 3. §. quod si libelli D. eod. Nomen,* inquit, *rei aboletur, si libelli inscriptionum legitime concepti non sint.* Sed hoc casu reus repeti potest ab eodem accusatore, vel ab alio. Quod plane demonstrat, non liberari eum crimine, nomine abolito. Eximitur etiam quis ex reis vltro desistente accusatore sine abolitione, id est, sine venia omittendæ, non peragendæ accusationis: Nam non solus reus abolitionem petit, vt vulgo dicimus, abolitionem tantum existimantes peti a reo, cum etiam ab accusatore petatur, quem pœnitet institutæ accusationis. Cæterum si sine abolitione accusator destiterit, licet non possit eundem reum ipse eodem crimine repetere, *l. 2 ff. ad Senatusc. Turpil. l. 6. tit. 1.* tamen alius eum repetere potest *l. hi tamen §. vlt. ff. eod.* Eximitur etiam nomen ex reis interueniente publica abolitione, & indulgentia Principis, quæ nunquam est perpetua sed temporaria, propter ferias aliquas, aut publicam lætitiam. Cæterum finitis feriis reus repeti potest ab eodem, vel ab alio, *l. aut priuatim, D. ad Senatusc. Turp.* Paulus 5. *Sentent. tit. de abolit.* Post publicam abolitionem reus a suo delatore repeti potest intra trigesimum diem, postea non potest. Nam vt etiam ostendit *d. l. aut priuatim,* huic rei, id est, repetendo reo, qui exemptus fuit ex reis propter publicam abolitionem, sunt præfiniti dies 30. Eximitur etiam ex reis priuata abolitione, quam vel ipse reus petat mortuo accusatore pendente accusatione, vel impedito quo minus accusare possit, vel ab accusatore ipso. Et hoc casu repeti etiam reus potest intra trigesimum diem ab alio, *l. 1. §. vlt. D. eod.* non ab eodem, nisi ex speciali permissu principis, vt in *l. 1. inf. de abolit.* At præterea ex hac *l. 9.* notandum est, aliquando ex vno eodemque facto duo vel plura crimina nasci, vt si quis vi illata vxorem alienam vitiauerit, ex hoc facto nascitur duplex crimen, adulterii, & vis publicæ, & tunc diuidi possunt crimina, ita vt ab vno reus deferatur lege Iulia de adulteriis, ab alio lege Iulia *de vi pub.* apud eundem iudicem, qui tamen non poterit de vno crimine pronuntiare, quin etiam de alio cognoscat, quia sunt connexa crimina, quæ ex vno facto pendent. Neque huic sententiæ legis 9. obstat *lex Senatus ff. eod.* quæ ait, ob idem crimen neminem pluribus legibus reum fieri posse, idque senatum censuisse, puto Senatusconsultum factum auctore Tito Vespasiano quem Suetonius nominatim scribit vetuisse, de eadem re agi pluribus legibus. Vt ecce de læsa maiestate sunt tres leges, lex Iulia, lex Cornelia, lex Apuleia, an iis omnibus legibus reus læsæ maiestatis deferri potest? Minime, sed tantum vna. Verum vt respondeamus manifestum est, Senatusconsultum loqui de vno eodemque crimine & facto *l. 9.* loqui de vno facto quidem, sed non de vno & eodem crimine. Illud in comperto est, vnum pluribus legibus de pluribus & diuersis criminibus in accusationem deduci posse ab eodem, vel a diuersis. Quidni? hoc est certissimum: quoniam singula publica crimina vindicari publice interest. Sed huius rei, quæ & per se satis erat nota & explorata, comprobandæ causa male Accurs. adducit in medium *l. 3. §. sed si aliud ff. eod.* quoniam ea lex non loquitur de pluribus criminibus, quibus quis reus factus fuerat, sed sententia eius §. hæc est quæ ducitur ex principio legis: si quis libello inscriptionis deferat mulierem ream adulterii, eum debere libello notare locum, in quo adulterium commisit, & personam, cum qua commisit, & annum & mensem. Tota lex pertinet ad legem Iuliam de adulteriis, vt inscriptio legis docet. Sed eius legis innumera erant capita, quandoquidem non tantum puniebatur, qui quæue adulterium commiserat, sed etiam, qui domum suam præbuerat, vt materfamil. stuprum pateretur, vel qui deprehensum adulterum dimiserat, vel qui pro comperto stupro pecuniam acceperat, qui omnes tenebantur lege Iulia de adulteriis: & quacunque ex causa quis deferatur reus lege Iulia de adulteriis, ex hac vel illa lege, §. *Sed si aliud,* ait easdem circunstantias in libello notandas esse, quas initio dixit notari debere, cum mulier dicitur adulterium commisisse. Et hæc est sententia eius §. de pluribus criminibus in vnum libellum collatis aduersus vnum eundemque, quamuis iure fiat, in eo tamen §. neque vola, neque vestigium de pluribus criminibus quibus quis reus factus fuerit.

AD TITVLVM III.

De exhibend. vel transmit. reis.

Post inscriptionem eius, qui reum detulit, de qua superiori titulo actum est, sequitur vt iudicio reus exhibeatur, producatur, sistatur quo accusari & lis cum eo contestari possit. Quare si peregre comprehensus sit reus præmisso libello inscriptionis, cum delatore, qui libellum edidit, qui subscripsit in crimen, ad suum forum transmittendus est, vt ibi exhibeatur & accusetur solemniter. Priorem esse inscriptionem exhibitione ostendit huius tituli *l. 2.* Exhibitionem autem priorem esse accusatione solemni, vel litis contestatione, argumentum est, quod nemo absens accusatur, & quod ad exhibendum agat, qui alienum seruum accusaturus est *l. 2. sup. ad exhib.* Non fit autem exhibitio rei sine speciali præcepto iudicis *l. 3. h. tit.* quoniam hac in re apparitoris solius sine iudice nulla potestas est, apparitori non est manus iniectio, nisi iusserit iudex. Denique is demum reus exhibendus est iudicio, quem iudex exhiberi iubet: transmittendus, quem ad se iubet transmitti, misso plerunque aliquo ex officio, id est, ex appar tione sua ad eum deducendum, & exhibendum, vt significat lex 2. *h. tit.* illo loco: *Qui ad exhibendum missus est,* vel etiam literis scriptis ad collegam suum vt in *l. solent, D. de custod. reor.* dicitur eleganter, præsides

præsides prouinciarum, in quibus delictum admissum A est, solere scribere ad collegas suos, vbi rei agere dicuntur: omnes præsides prouinciarum inuicem collegæ sunt, quod maxime notandum est ex illo loco. Scribere igitur ad collegas suos, id est, alios præsides prouinciarum, vbi degunt rei, & desiderare, vt ad se remittantur, & ad prouinciam in qua deliquerunt, vt in ea de iis sumatur exemplum, cum prosequutoribus, vt ait, id est, cum manu militum, vel paganorum idonea, quæ reos prosequatur & ducat cum prosequutione idonea, vt ait lex 7. *sup. de defensor. ciuit.* Vltro etiam præsides nonnunquam reos, quos comprænderunt, remittunt ad proprium forum, veluti ad præsidem prouinciæ, in qua crimen admiserunt *l. si cui* §. *vlt. de accusat.* vel militem, qui in prouincia deliquit, solent remittere puniendum & excutiendum seu audiendum ad magistrum militum, si hoc criminis ac personæ qualitas exigere videatur, quæ B est sententia *l.* 1. *h. tit.* Nam potest quidem etiam de milite, qui in prouincia crimen admisit, pœnam sumere præses eius prouinciæ *l. vlt. ff. de accusat. l.* 3. *de re milit. l.* 1. *inf. ad leg. Cornel. de sicar.* secundum id, quod vulgo dicitur: *vnumquemque sortiri forum, vbi crimen contraxit, nec posse ab eo loco, in quo crimen contraxit, se subtrahere, nec reuocare domum opposita præscriptione fori*, quoniam quo loco quis contraxit obligationem qualemcunque, eo se debet defendere. Contraxit delinquendo obligationem. Ergo vbi deliquit, respondere debet, *l. omnem, D. de iud. & d. l. si cui* §. *pen. l.* 1. *sup. vbi de crim. agi opor.* Ergo est quidem præsidi ius animaduertendi in militem, qui in prouincia sua deliquit, sed est etiam in eius arbitrio, aut sane plerunque præses solet pro causæ merito C & qualitate personæ militem in prouincia reum postulatum cum elogio remittere ad magistrum militum, vel ad ducem sub quo militat, *d. l.* 3. *de re mil. & l. de militibus, ff. de cust. reor.* Sicut curatoribus regionum & viarum, qui & viocuri dicebantur apud Varronem, Iulius Capitolinus scribit D. Marcum permisisse, vt vel ipsi punirent, vel ad præfectum vrbi puniendos remitterent eos, qui vltra vectigalia ab aliquo quicquam exegissent. Et huiusmodi remissionis siue reiectionis frequens est mentio in iure, ad præfectum vrbi vel alios maiores iudices, vt *l.* 1. § *solent, ff. de off. præf. vrb. l. vlt. ff. de offic. præf. vig. l.* 1. §. *vlt. ff. de susp. tut. l.* 13. *sup. de fideiussor.* Et similiter notandum est, esse in arbitrio præsidis prouinciæ, in qua crimen admissum est, vel præhensum reum punire, cuiuscunque prouinciæ sit, quia non potest se subtrahe- D re foro in quo deliquit, vel ex causa eum remittere ad præsidem prouinciæ, vnde is homo est, nec in eum directo quicquam statuere, *l. non dubium, ff. de custod. reor.* Sed remittere, vt ait, cum elogio, id est, cum notaria, vt loquuntur, & relatione sua, qua declaret, quid in eo homine compererit, quod facere solet, vt ait *d. l. non dubium*, cum cognouit & constituit, id est, cum ei causa cognita de crimine constitit. Sic ea verba accipienda sunt: Nec enim incognita causa, inexcussa vel inexplorata cum elogio remittendus est, aut sane elogium confici nullum potest de reo ab eo, cui de re non liquet. Igitur recte ait, tum eum remittere reum ad præsidem prouinciæ, vnde is reus est, vnde domo profectus est, cum cognouit & constituit, id est, constitit, vt Græci inter- E pretantur, ὅτε διέγνω ἢ εὕρῃ τὸν κελνόμενον ἁμαρτηκέναι, id est, *cum cognouit & comperit reum deliquisse*, quod est, cum ei constiterit de crimine: & ita constituit, & constituisse, & constituere accipimus in *l. adulter* §. *vlt. D. ad leg. Iul. de adulter. l. Imperator* §. *si centum D. de legat.* 2. *l. procurator* §. *vlt. D. rem rat. hab.* Ita Salustius in Iugurt, *agmen constituit*, id est, *constitit.* Et Hyginus de Beronice: *reliquam exercitus copiam constituisse.* Ex eo ergo intelligimus non confici elogium de reo, cum quo remittatur ad alium iudicem, nisi ab eo, qui cognouerit de crimine, cuique licuerit de crimine. Elogium igitur esse certam quandam criminis comperti asseuerationem, &

quasi prædamnationem rei: sed tamen ex integro causam disceptari oportet a iudice, ad quem reus cum elogio remissus est, eaque iterata disceptatio & cognitio, quæ fit quasi re integra, iterata auditio & examinatio rei proprie ἀνάκρισις dicitur *l. Diuus Adrianus D. de custod. reor.* quasi retractatio iudicii iam finiti, & in *Nouella* 143. & in *Act. Apostol. cap.* 25. Sic fit, vt de reo quodammodo bis iudicium criminale exerceatur, sicut secundum ius vetus Fabius in Institutionibus posuit præiudicia de reis deportatis, ac si bis de eis deportandis foret statuendum: sicut Herodianus septimo, Gordianum scribit, damnatis exilio fecisse potestatem sui defendendi, & retractandi iudicii, hoc est, permisisse ἀνάκρισιν, sicut in Historia Sacra Sulpitii Seueri legimus, Priscillianum gemino iudicio maleficii auditum & conuictum fuisse, & nominatim iterari iudicium necesse fuisse, quod plane dixi quodammodo contingere reo cum elogio remisso ad alium iudicem. Ad hæc notandum est, reo, qui ex longinquo exhibendus est, beneficio *l.* 2. *h. tit.* quod confirmat etiam lex *vlt. C. Theod. eod.* humanitatis gratia dari triginta dies post vocationem in ius ad componendam rem suam familiarem, & parandos sibi sumptus itineris & litis, nec statim, atque iudex de eo exhibendo, vel remittendo pronuntiauit, deduci eum vel exhiberi debere, nec eum, vt addit *l.* 2. qui ad exhibendum reum missus est pretio corruptum, spatium hoc seu laxamentum triginta dierum prorogare aut coarctare posse. Verum *d. l. vlt. C. Theod.* interim, id est, intra illos triginta dies, vult reum constitui sub moderata & diligenti custodia, quæ non impediat compositionem rerum suarum. *lex* 1. *huius tit.* ait simpliciter, sub custodia illa, sub moderata & diligenti custodia. Et licet diligens custodia aliquando vincire permittat, vt in *l.* 1. §. *diligenter, D. de fugit.* cum magistratus municipales admonentur, vt seruos fugitiuos diligenter custodiant, ne euadant, eo sermone permittitur magistratibus municipalibus etiam vincire seruos fugitiuos. Et tamen in hoc proposito diligens custodia non complectitur carcerem & vincula, quoniam, (vt cauetur *l.* 2. *h. tit. & l. si confessus D. de custod. reor.*) nemo reus carcerem patitur, & vincula, antequam conuictus, vel confessus sit, tum patitur vincula, donec de eo pronuntietur, non antequam conuincatur, vel crimen agnoscat, nisi graue aliquod crimen admiserit, quod protinus pœnam carceris commereatur vt *l.* 3. *D. de custod. reor.* Et ita est accipiendum, quod ait *lex tit. seq.* reum iudicio exhibitum in vincula publica esse coniiciendum, videlicet etiamsi necdum conuictus vel confessus sit: vt non sit generaliter verum, sed pro qualitate criminis quod obiicitur, puta si sit maximum crimen, & (vt ait ipsa lex 1.) si criminis qualitas etiam catenarum acerbitatem postulauerit, & *l.* 2. *eiusd. tit.* si crimen dignum sit claustris carceris & custodiæ squalore. Hoc casu excepto, reus comprehensus vel exhibitus, nec dum conuictus vel confessus, iure nostro non coniicitur in carcerem, vel vincula, sed fideiussoribus committitur, qui caueant de sistendo & exhibendo eo, vbi iudex requisierit eum, vel traditur militibus, vel seruis publicis ciuitatum, vt in Epistola Plinii ad Traianum de custodiis, vel traditur mancipibus, siue optionibus carcerum, vel lictoribus, vel aliis officialibus iudicis, vt in domo eorum contineantur; quam custodiam officii vocat *l.* 1. *inf. ad Senatusconf. Turpil.* Et ita etiam custodiam esse accipiendam, vt ante dicebam, in *l.* 1. *huius tit.* demonstrat *l.* 2. *Cod. Theod. eod. tit.* Cuius pars est *d. l.* 1. dum ait, *comprehensos reos ex officio non recedere*, id est, *haberi sub custodia, & obseruatione officij.* Aliquando reus sibi ipsi committitur, id est, iuratoriæ cautioni iudicio sisti, veluti, vt ait *lex* 1. *D. de custod. reor.* propter honorem, vel propter dignitatem eius. Separat ea lex honorem a dignitate, & (vt Græci interpretantur) honorem vocat τιμιότητα, vel reuerentiam oris, vt illo loco,

lætos oculis afflarat honores a qua etiam honesti viri nominantur, vt plane possis dicere, honorem esse naturæ beneficium, dignitatem principis, vel populi, & omittere distinctionem Accursii inter dignitatem honorariam, & codicillarem, & dignitatem in actu positam, & administrationem Reipublicæ. Sibi etiam committitur reus (vt ait *d.l.1.*) propter amplissimas facultates, quia facultates loco pignorum aut fideiussorum sunt. Qua ratione generaliter in omnibus aliis causis possessores rerum immobilium iuratoriæ cautioni committuntur, hoc est, suæ religioni, nec ab eis satisdatio requiritur, *l. pen. D qui satisd. cog. l. vlt. inf. de princip. agent. libr.* 12. *l.* 26. & 27. quarum altera est Græca *sup. de Episcop. aud.* Non est dubium etiam, quin pro innocentia personæ, quæ accusatur, sit ea suæ fidei committenda, vt ait *d. l.* 1. pro innocentia personæ. Mitto interpretationem Accursii, puta, si præsumptio magna subsit innocentiæ, aut calumniæ, ex aduersa parte. sic ea verba sunt explicanda, vt idem sit, sicut e contrario, cum præsumptio facit aduersus homicidii reum, vt ait *l. vlt. tit. sequent.* quæ est constitutio Græca, tum reum ex vinculis causam dicere confestim, donec de eo pronuntietur, nec solui vinculis, etiamsi paratus sit dare fideiussores iudicio sisti, quia multa mouent iudicem ad suspicionem, & præsumptionem malam, quæ omnia instruunt iudicem, quomodo, & quando vti debeat carcere, & vinculorum pœna. Nam & si non proprie, improprie tamen in carcere est pœna & supplicium.



AD TITVLVM IV.

De custodia reorum.

Titulus est de custodia reorum, & obseruatione eorum, qui rei postulati sunt, & iudicio exhibiti, nec de qualibet custodia, sed de carcere tantum, & vinculis publicis. Hæc est summa & diligens omnium maxime custodia vt in *l. si quis filio* §. *eius, D. de iniusto rupt. irrito test.* carcerem haberi diligentioris custodiæ gratia & *l. aut damnum* §. *solent, D. de pœn.* non ad puniendos, sed ad continendos homines carcerem haberi, cohibendos, cælandos, & veluti cancellis quibusdam circumscribendos, Qui nobis dicuntur cancelli, per deminutionem, vt notant grammatici, antiquis dicebantur cancri: qui nobis cancellus, illis cancer, ex quo factus est carcer. ad continendos igitur homines, non ad puniendos. Recte: Nam si forte aliquando carcer vsurpatur ad pœnam, non ad custodiam, hoc fit extra ordinem non iure legitimo, & ordinario, vt cum quis ex causa delicti æternis tenebris, & vinculis mandatur, quod ius Pontificium admittit, quia ius est extraordinarium. Et idem etiam ius ciuile admisit, sed non rite, & ordine, sed extra ordinem. Et ita proculdubio intellexit M. Tullius in 4. Catil. cum dixit, *Sempiterna vincula esse inuenta ad singularem pœnam nefarij sceleris: singularem*, id est, *extraordinariam:* Nam ordinaria pœna est communis, non singularis. Omnis rei duplex est vsus, proprius & improprius, vt Aristot. docet 1. *Polit.* hoc exemplo, calcei vsum proprium esse, vt inducatur in pedes: improprium, vt commutetur cum pecunia, vel alia re. Vtamur alio: vestis vsus proprius est, vt frigus depellat, & corpus tegat, quoniam huius rei gratia potissimum est reperta vestis. Improprius vsus vestis est, vt etiam adhibeatur ad ornatum corporis, & dignitatem: & tamen vestem eam, quæ corpus ornat, non tegit, nudat potius, nec corpori vllum, aut pudori auxilium adfert, quales erant Coæ, & Laconicæ vestes, & rallæ, eas inquam, vesti potius quam ornamentis adnumeramus, quia eo nomine pri-

A mum sunt repertæ, quæ est sententia *l. quamuis, D. de auro & argento leg.* Ac similiter dicamus, carceris vsum proprium esse, vt contineat reos: improprium, vt puniat: nec minus carcerem dicamus eum, qui punit, quam qui continet, & custodit. In quo tamen & improprie semper dicitur inesse pœna aliqua, vt in *l. 2. h. tit. l. 3. D. eod.* quia tædium, & vis publica, & nota quædam, vt signif. *l. 3.* § *lege D. de testibus.* non tamen infamia, quæ minuat existimationem, quia nec carcer, nec vincula corpori iniecta auctoritate publica per se sola irrogant infamiam, *l. 1. sup. ex quib. caus. inf. irr.* Porro non omnes rei carcere, & vinculis sunt continendi & constringendi, sed (vt heri dicebam) grauiorum tantum criminum rei, vel qui conuicti aut confessi sunt, ex *l. si confessus, D. de custod. reor. l. 2. tit. sup. l. 2. h. tit.* Illo loco,

B *cum de admisso constiterit, pœnam carceris sustineat*, non antequam constiterit: vel etiam quos ab initio statim onerant præsumptiones certæ, & iure proditæ, ex *l. vlt. h. tit.* quæ est constitutio Græca Iustiniani ad Mænam præfectum prætorio. Præsumptio innocentiæ alleuat custodiam, *l. 1. D. de custod. reor.* & contra præsumptio noxæ exacerbat custodiam. Magna vis est præsumptionis apud iudices, non temere quidem susceptæ, quia nec vllum iudicis arbitrium est in capienda præsumptione, sicut nec in æquitate definienda, sed vt eius tantum æquitatis, quæ iure scripto prodita est: ita eius tantum præsumptionis quæ iure prodita est, iudex est, arbiter & sacerdos. Addamus etiam, seruos capitali cri-

C mine postulatos, si a domino non defendantur, id est, si dominus, vel alius pro domino sistendos eos satisdato non promittat, in vincula publica coniici. seruos qui indefensi derelinquuntur, protinus in vincula coniici, & ita caueri lege Iulia publicorum iudiciorum cuiuscunque criminis rei facti sint, *l. 2. de custod. reorum.* Vnde ibidem eleganter quærit Papinian. quod indiget nostra interpretatione, an si postea dominus, qui dereliquerat seruum indefensum, suscipiat eius defensionem oblata satisdatione iudicio sisti, an possit eum vinculis liberare, quibus tenetur ex lege Iulia, vel in quæ fuit coniectus, quod initio a nemine defenderetur. Et tentat Papianus, non posse dominum postea suscepta defensione eum soluere vinculis, quibus datus est semel, hac ratione, quia edicto Domitiani cauetur, abolitio-

D nes reorum ex Senatusconsulto factas non pertinere ad seruos, qui sunt in vinculis, compeditos, & vinctos ex causa criminali, quod a nemine defenderentur, abolitiones, inquam, reorum factas ex Senatusconsulto. Ibi [*ex Senatusconsulto*] non est, vt glossa voluit, ex Senatusconsulto Turpill. quod non est de abolitionibus reorum, sed de pœnis accusatorum, qui præuaricantur, & tergiuersantur, sed ex Senatusconsulto pro re nata facto ob lætitiam aliquam publicam, ob rem prospere gestam, vt *l. si interueniente D. ad Senatusconf. Turpill.* cum Senatus ob lætitiam publicam, & gratulationem aliquam indicit ferias, & soluit reos vinculis, & eximit reatu. Hæc abolitio reorum pertinet tantum ad ciues, qui sunt in reatu & vinculis, non ad seruos, quia (vt ait *d. lex.* 2.) lex ipsa seruum absolui vinculis prohibet,

E donec de eo pronuntietur: lex ipsa, id est, lex Iulia publicorum iudiciorum, non vt vult glossa, edictum Domitiani, secundum quam tamen legem Iuliam, etiam ex Senatusconsulto forte facta publica abolitione reorum, non soluuntur serui vinculis, donec finiatur iudicium. Sic legitur rectius in *l. Domitianus, D. ad Turpill:* ex illo loco *l.* 2. legem ipsam prohibere vinctos seruos absolui, donec de eis pronuntietur, id est, donec iudicium finiatur: quia scilicet Senatus, qui abolitionem reorum decernit, de soluendis ciuibus & eximendis reatu sentit, non de seruis, quoniam ei curæ est lætitia ciuium publica, non seruorum. Abolitio igitur publica non pertinet ad seruos, qui sunt in vinculis ex causa criminali. Vnde etiam videbatur, nec vinctum semel seruum

vinculis

vinculis posse liberari domino satisdante, & defensionem offerente. At certe Papinianus in *d. l.* 2. ait, hanc interpretationem esse perduram, & pernimium seueram. Et esse humanius, si seruus domino absente, vel per inopiam satisdare nequeunte, coniectus fuerit in vincula, vt non post longum temporis spatium, si veniat dominus, & seruum defendere, & pro eo satisdare sit paratus, seruum vinculis exsolui, & domino interim restitui, dum iudicium peragitur, vt ei operas, quas debet, exhibeat. Et hæc est sententia *d. l.* 2. Non est omittendum his omnibus casibus, quibus diximus, reos ex vinculis causam dicere, nunquam recte eos in vincula coniici, nisi hoc fiat ex præcepto speciali iudicis, vt definit constitutio Græca *huius tit.* In vrbe, ex præcepto maiorum iudicum: in prouinciis, ex præcepto præsidum vel defensorum ciuitatum. Hoc est notandum, defensoribus ciuitatum ius esse ducendi noxios in vincula ex supradicta constitutione, in qua etiam illud valde pium est & humanum, quod statuit, vt Episcopi, (quæ pars legis etiam est repetita in *l.* 22. *de Episcop. aud.*) vt Episcopi καὶὰ τέτρά δα, vel παρασκευὴν, inuisant custodias, id est, vt ecclesia loquitur, feria quarta, qui est dies Mercurii, & feria sexta, qui est dies Veneris, & parasceue dicitur, Sabathi, scilicet. vtraque feria olim in ecclesia feria fuit esurialis, *vt Plautus loquitur*, feria castui & ieiunio dicata, & omni pietati igitur. Quapropter vult lex, vt altero horum dierum Episcopi inuisant custodias. Et hos tantum dies olim fuisse dicatos castui & ieiunio constat *ex canone ieiunia de consecrat. distinct.* 3. & Petri Alexandrini *Can.* 15. τέ... παρασκευὴ νηστεύειν. Nunc notandum ex *l.* 1. *h. tit.* eos, qui coniecti sunt in vincula, non esse durioribus vel arctioribus vinculis continendos, veluti manicis aut pedicis, sed laxioribus catenis, quæ plerunque & militem simul continent custodiendo reo præpositum, *vt Seneca* quodam loco ait eandem catenam & militem, & custodiam copulare. Item custodias, id est, reos, qui custodiuntur, non debere locari in ima & tetra sede carceris, non debere mandari, vt ait *h. l.* 1. tenebris intimæ sedis, quæ dicitur in Actis Apostol. cap. 16. ἐσωτέρα φυλακὴ, *intima custodia*, sed ita locari debere, vt cœlo liberiore fruantur, & solo salubriore. Et l. rationem addit, ne pœna & squalor carceris perimat reos. Simulac indicit pœnam stratoribus & ministris, si per eos fiat, vt rei perimantur in carceribus, & iudicibus si hanc rem inultam reliquerint. Ac plane hæc l. indicat, stratores esse officiales iudicum, quibus custodia carceris commissa est, qui & statores dicuntur, vt statum pro stratum legimus in Pandect. Florent. *l. si prius* §. 1. *D. de aqua & aqua pluu. ar.* & a stando potius habent nomen, vt ille Manilii locus indicat:

Carceris & duri custos, quo stante superbe
Prostratæ iaceant miserorum in limine matres.

Et ex vita Cypriani edita a Pontio, & a Paulo Diacono, intelligimus, alium esse stratorem equi, qui sustollit dominum in equum, alium stratorem officii iudicum, cui rei custodiendi traduntur. Illud præcipue ex hac lege 1. notandum censeo, non probari peremptionem reorum, quæ fit in carcere, certe nec eam, quæ fit auctoritate iudicis. Et tamen olim constat, propter facinus Appii decemuiros, qui populo secessionis causam dederunt, consensu populi fuisse necatos in carcere *l.* 2. §. *initium*, *D. de orig. iur.* & alios plerosque criminum reos ex variis auctoribus. Et solet etiam plerunque ita fieri in Italia. Moris etiam erat Imperatoribus Triumphantibus, vt duces deuictos in carcerem occidendos mitterent. Trebellius Pollio in Æmiliano 21. tyranno: *strangulatus in carcere captiuorum veterum more perhibetur.* Et in Panegyrico dicto Constantino Constantii filio: *Captiui Reges*, inquit, *cum a portis vsque ad forum triumphantium currus honestassent, simulatque in Capitolium currum flectere cœperat Imperator, abrepti in carcerem necabantur.* Sed hoc omne fit extra ordinem: Nam ordo legitimus hic est, vt in foro publice supplicium consummatur in reos. Iosephus 7. capite 17. νόμος ἐστὶ Ῥωμαίοις ..., &c. *Lex est Romanis, vt in foro morte plectantur, qui morte dignum crimen admiserint.* Et, quod etiam hodie fit, vt damnati extremo supplicio ducantur ad supplicium irretiti laqueo, aut boia, *la hart au col.* Idem seruasse Romanos, idem auctor ibidem demonstrat his verbis, βρόχῳ δὲ, &c. *Laqueo*, inquit, *irretitus tractus est in forum pœnæ consumendæ gratia.* Et Suetonius in Vitellio: *Religatis post terga manibus, iniecto ceruicibus laqueo, veste discissa seminudus in forum tractus est, inter magna rerum verborumque ludibria, per totum viæ Sacræ spatium, reducto coma capite, ceu noxii solent.* Sic igitur solebant noxii ad supplicium duci. Postremo etiam illud adnotandum est ex *l.* 2. auditum reum publice apud acta & conuictum, vel confessum, etiamsi non sit graue crimen, protinus coniici in vincula: qui enim est confessus aut conuictus, eo est diligentius asseruandus, donec iterum eductus carcere publice audiatur apud acta. Ex quo intelligimus, cognitionem reorum quodammodo iterari & iudicium criminale, ex *l.* 2. Quo de more diximus heri, cum semel velit lex, auditum reum & conuictum & confessum iterum audiri publice apud acta. Nec omittam, quod proponitur in *l.* 3. vt alius sit carcer virorum, alius fœminarum, nec etiam, si viri & fœminæ crimine iungantur, vel pœna etiam iungantur carcere. Verum ex *Nouella* 134. nulla ex causa mulieres coniiciuntur in publicum carcerem: sed dantur monasterio seruandæ, vel honestioribus fœminis. Qua de causa apparet, legem tertiam non approbari Nouella dicta Iustin. quæ vult, proprium esse carcerem mulierum, cum Nouella nulla ex causa velit feminam pati molestiam carceris. Et ideo in Basilicis non est posita hæc lex tertia.

Ad L. IV.

Ad commentariensem receptarum personarum custodia obseruatioque pertineat: nec putet hominem abiectum, atque vilem obiiciendum esse iudici, si reus modo aliquo fuerit elapsus: Nam ipsum volumus huiusmodi pœna consumi, cui obnoxius docebitur fuisse, qui fugerit. Sin vero commentariensis necessitate aliqua procul ab officio egerit: adiutorem eius pari iubemus inuigilare cura, & eadem statuimus legis seueritate constringi.

Sequitur in lege quarta, custodiam reorum non tantum pertinere ad stratores, vel ianitores carceris, qui etiam clauicularii dicuntur, sed etiam ad ipsum commentariensem, id est, qui conficit commentaria & rationes in carcere receptarum personarum, *qui tient & faict l'escroue.* Marcus Tullius libro de supplic. *Rationem carceris diligentissime confici, quo quisque die datus sit in custodiam.* Quod & ita fit etiam hodie ex officio commentariensis, vel adiutoris eius, cuius opera ei vti licet, dum abest, & incumbit non tantum ratio carceris, sed & custodia custodiarum: Nam in hoc tractatu custodiæ nomen est ambiguum, cum non tantum pro re ipsa accipiatur, & obseruatione reorum, sed etiam pro personis; vt ergastula etiam, & carceres, & metalla accipimus pro personis, imo & crimina, vt illo loco, *Crimine ex vno disce omneis*, id est, *ex vno criminoso.* Et ita in Psalmo, καθέδρα λοιμῶν, id est, λοιμικῶν, cathedra pestium, id est, pestilentium hominum. vt 1. Machab. cap. 10. & 15. ἄνδρες λοιμοὶ, id est, λοιμικοὶ. Et Actorum 14. ἄνδρα λοιμὸν, id est, λοιμικόν. Sed addit lex quarta, non excusari commentariensem, si euaserit custodia, & huius rei culpam conferat in ianitorem carceris, vel alium viliorem ministrum: sed amissa custodia, sufferre commentariensem ipsum eam ipsam pœnam, quod mirum

est, quam sustinuisset custodia, quæ euasit. Nec no- A uum hoc est. Nam & qui reum sisti promittit, nec sistit, eam pœnam sustinet, quam reus sufferret, *l. 13. sup. de fideiussor.* Et ita alius pro alio suffert pœnam, sicut iudex aliquando pro reo, cuius crimen dissimulat *l. 3. in fine sup. ne sanct. baptisma iteretur.* Denique de commentariensi recte in *l. omnis C. Theod. de administrat. pub. off.* Commentarienses debere exosa miseris claustra custodire, & *l. vlt. h. tit.* debere trigesimo quoque die iudici suggerere numerum custodiarum, & causam carceris cuiusque siue custodiæ, & ætatem etiam cuiusque custodiæ, & ordinem seu qualitatem, quæ omnes constitutiones admodum piæ sunt. Restat præter ea, quæ dixi, vt amplius aliquid adnotemus ex constitutione Græca Iustiniani, vt iis etiam satisfaciamus, qui etiam Græcarum constitutionum studiosi sunt. Nec enim satis ea constitutio emendate luci exposita est a B quibusdam. Primum illo loco, quo agitur in ea constitutione de seruis carcere liberandis, id est, condemnandis vel absoluendis intra diem vigesimum, ne diutius de eis, aut propter eos domini laborent. Illo, inquam, loco pro σωφρονιζόμενοι, καὶ τοῖς δεσπόταις παραδιδόμενοι, disiunctim, non coniunctim scribendum est, ἢ τοῖς δεσπόταις παραδιδόμενοι, hoc sensu, vt serui, qui ob crimen aliquod coniecti sunt in carcerem, intra diem vicesimum, vel puniantur, si noxii sint, vel si innoxii, absoluti domino restituantur, ne diutius eorum opera dominus careat, & confestim, vel eos amittat, vel recipiat. Deinde alio loco, quo agitur de liberis hominibus datis in carcerem, vt statim de eis pronuntietur, si facti sint rei seditionis, vel turbatæ pacis, quia scilicet seditionis C causa moram non recipit, *l. si quis filio §. quid tamen, in fine, D. de iniusto rupto, &c.* Alia autem ex causa detenti, vt datis fideiussoribus carcere liberentur, vel si fideiussores dare, si satisdationem implere nequeant, vt quamprimum iudicentur, puta, si sint detenti ex causa ciuili & pecuniaria, vel ex causa criminali leuiore. Nam & ex causa pecuniaria iure nostro debitor, etiamsi in id non se obligauit, postulatu creditoris potest coniici in carcerem, *l. 1. & l. vlt. sup. qui bon. ced. possess.* At qui ex hac causa coniecti sunt in carcerem, vel ex crimine leuiore, aut sunt committendi fideiussoribus, aut non inuentis fideiussoribus, de iis quamprimum pronuntiandum est. Homicidii vero alteriusue criminis capitalis rei, vt iudicentur, summum intra dies triginta. Hoc vult constitutio Iustiniani quæ subiicitur, si non D ii, qui sunt in carcere, litem trahant, ne finiatur statim, vel intra dies 30. sed conditio rei, qua de agitur, talis sit, vt statim finiri non possit, vel intra dies 30. tunc detentos ex causa ciuili, vel non capitali crimine, esse committendos iuratoriæ cautioni, & carcere liberandos, cum res desiderat longiorem disquisitionem, nec potest statim vel intra mensem expediri, vbi loco horum verborum satis erit adnotare prima verba, ἐὰν δὲ μετὰ χρεία πλείονος, &c. Omnino scribendum est, ἐὰν δὲ ἡ χρεία πλείονος, id est, si vero opus fuerit longiore temporis spatio, δίδοσθαι αὐτὸν ἐπὶ ἐξωμοσίᾳ, id est, committi ipsum sibi, id est, fidei & religioni suæ. Sequitur in eadem lege, reos homicidii factos ex relatione publicarum personarum, veluti ex relatione & notaria stationarii mi- E litis, vel curiosi, vel apparitoris iudicis, vel magistratus municipalis (quod trahi potest etiam ad quoscunque reos capitalis criminis carcere inclusos) hos inquam, intra 6. menses esse iudicandos, si res non possit expediri intra dies 30. nec committi fideiussoribus, & publicas personas pari cum reo, quem detulerunt, fortuna retineri, id est, perinde subire periculum calumniæ & talionis, atque si subscripsissent in crimen, vt *l. 7. sup. de accus.* Reos autem factos capitalis criminis, non ex relatione publicarum personarum, sed ex accusatione priuatorum, & solemni inscriptione, fideiussoribus committi, si præsumptio contra eos euidens & magna non faciat: aut non inuentis fideiussoribus omnimodo detineri in carcere, & causam dicere ex vinculis, iudicium autem finiri intra annum. Et hæc est sententia constitutionis Iustiniani quæ valde notanda est: Nam ex ea intelligimus biennium, quod ab eodem Iustiniano præscribitur finiendis causis criminalibus *l. vlt. inf. vt intra certum tempus,* tunc duntaxat procedere, cum reus non est coniectus in carcerem, nec dicit causam ex vinculis. Alioquin hæc *l. vlt.* quæ præscribit annum, pugnaret cum altera *l. vlt.* quæ præscribit biennium. Et in hac parte h. l. etiam mendum est, quod emendabitur hoc modo ex Basilicis, εἰ δέ τις ἐγγεγραμμένος αἴτιος ἐγένετο τῆς ἐνοχῆς, id est, si quis aduersus alium subscripserit in crimen, vel si quis subscribens in crimen causa fuerit alteri reatus, τῆς ἐνοχῆς, vel vt alias legitur, τῆς ἐποχῆς. & postremo valde in hoc singularis est B constitutio hæc, quod aperte definit, etiam in causis criminalibus cessioni bonorum locum esse, si reo fuerit irrogata pœna pecuniaria. Locus est singularis, & summe notandus.



AD TITVLVM V.

De priuatis carceribus inhibendis.

CVstodiæ nomine superiori titulo intelligitur tantum publica custodia, vt in *l. vinculorum D. de verb. significat. & l. succurritur D. ex quibus caus. maior.* quia priuata custodia ille- C gitima & illicita est, vt *h. tit.* ostendit, in quo tanquam rei læsæ maiestatis puniuntur priuati homines, qui se gerentes pro magistratibus priuatam custodiam exercuerint: simul atque iudices & Principes officiorum, vt ait, id est, primates apparitionis iudicum, qui hæc crimina dissimularunt. Pœna definitur in *l. 1.* esse supplicium vltimum, quia est crimen læsæ maiestatis, se pro magistratu gerere, quod facit, qui priuatum carcerem exercet, qui aduersarium priuato carcere cohibet. At mitiorem pœnam statuit Iustinianus *l. 2. hoc tit.* quæ est constitut. Græca, nempe infamiæ pœnam & periculi litis, propter quam quis aduersarium priuato carcere cohibet, & vt pœnam carceris sustineat tot diebus, quot priuatam custodiam exercuerit. Denique D prohibetur priuatus carcer & custodia. Neque his constitutionibus obstat *l. capite, D. ad l. Iul. de adult.* quæ viro permittit adulterum cum vxore deprehensum, quem nolit, aut non liceat occidere, retinere domi suæ, aut vbi deprehendit horis diurnis nocturnisque 20. Quoniam hoc l. Iul. permittit, non carceris specie, sed testandæ rei gratia tantum, vt vir testes inducat futuro testimonio, reum deprehensum in adulterio. Non obstat etiam quod ex lege 12. tab. debitorem non facientem iudicatum, creditori licebat vincire neruo & compedibus. Primum, quia ius illud exoleuit. Deinde, quia etiamsi qui contruduntur in carcerem, maxime ex causa criminali, sæpe vinculis contineantur, diffe- E rentia tamen est inter carcerem, & vincula. Carceris, & custodiæ nomina publica sunt, quia nullus est carcer priuatus, aut custodia priuata. At vinculorum nomina sunt etiam priuata, *d. l. vinculorum,* cum & metallici sint in vinculis, & a dominis serui vincti in ergastulum vel pistrinum coniiciantur. Et similiter etiam olim debitores tanquam serui ibant in neruum, iubente creditore, qui ob eam rem apud Hesychium dicuntur, ἐγκαλοσκελεῖς, quia neruus ille cruribus iniiciebatur.

AD

AD TITVLVM VI.

Si reus vel accusator mortuus fuerit.

EX hoc tit. intelligimus, morte accusatoris accusationem extingui *l. vlt. hoc tit.* crimen non extingui, & culpam, quia reus ab alio accusari potest, *l. 3. §. vlt. D. de accusat.* At morte rei crimen extingui, & pœnam & causam bonorum rei confiscandorum, quoniam heredi eius, qui mortuus est in reatu, testamentario vel legitimo bona auferri non possunt, si sua morte defunctus fuerit, non si sibi reus ipse mortem adsciuerit: Nam hoc casu bona heredi eius auferuntur, & confiscantur, videlicet, si cum sibi mortem consciuit, reus fuit criminis, cuius pœna erat mors, aut capitis deminutio, & consequenter publicatio omnium bonorum, cuius criminis conscientia sibi mortem consciuerit, quia hic habetur pro confesso, conuicto & iudicato, *l. pen. h. tit. l. 3. §. 1. D. de bonis eor. qui ante sent. mort. sibi conscin.* Excipiendus est reus læsæ maiestatis, ex causa perduellionis tantum, puta, quod hostili animo erga Rempub. vel Principem rebellauit & insurrexit, hoc est summum crimen maiestatis, *le premier chef de leze Majesté*, qui huius criminis reus moritur in reatu, etiam post mortem condemnari potest. Denique post mortem bona eius confiscari possunt, & memoria eius accusari & damnari, *l. vlt. D. ad leg. Iul. maiest. l. 4. sup. de hæret.* interdicto posteris nomine eius: vt solebant, quorum memoria damnata erat, consulum nomina fastis aboleri, quia interdictum erat nomen eorum posteris. Hoc est damnare memoriam, quam tamen Princeps nonnunquam restituit. Iulius Capitol. in Pertinace: *Quæstionem maiestatis penitus tulit, cum iureiurando, reuocauit etiam eos, qui deportati fuerant crimine maiestatis, eorum memoria restituta qui occisi fuerant.* At qui ex alia causa reus est maiestatis, non perduellionis, morte eius crimen & pœna extinguitur, vt si reus fuerit ex causa tit. sup. quod priuatum carcerem habuerit, vel etiam, vt in *l. 1. h. tit.* quod desertor militiæ fuerit, quod etiam est crimen maiestatis, *l. 2. D. ad l. Iul. maiest.* Hæc est sententia *l. 1. h. tit.* quæ est Græca constitutio, & constat vno tantum versu in Basilicis: ἐὰν στρατιώτης λιποτάκτης τελευτήσῃ, λύεται τὸ ἔγκλημα: *si miles, qui deseruit ordinem suum, siue exercitum, defunctus sit, soluitur crimen.* Quod tamen videtur pugnare cum *l. 4. inf. de re milit.* quæ ait, *defunctorum in desertione bona confiscari.* Nam si confiscantur, non est igitur extinctum crimen desertionis. Sed ita distinguendum, vt loquatur *d. l. 4.* de eo, qui in desertione est defunctus, quod est apertissimum, perinde atque apertissimum est ex ipso tit. *l. 1. h. tit.* loqui de eo, qui defunctus est, non in desertione, sed in reatu, cum insimularetur olim desertæ militiæ. Nunc etiam quæritur, an etiam reus, qui condemnatus est & appellauit, si pendente appellatione moriatur, habeat heredem, id est, an morte rei condemnati, quæ contingat pendente appellatione, crimen & pœna extinguatur. Et hac de re eleganter ita definitur *l. vlt. hoc tit.* aut specialiter priori sententia bona sunt publicata, aut tacite. Si specialiter, vt si relegatus sit, & damnatus in dimidiam partem bonorum redigendorum in fiscum, ac deinde mortuus sit pendente appellatione, crimen extinguitur: extincta persona, pœna personalis extinguitur. Cæterum quæstio bonorum nominatim publicatorum non extinguitur, sicut nec quæstio bonorum scelere quæsitorum vnquam extinguitur, quoniam scelere parta etiam mortuo reo omnimodo restitui debent, *l. Lucius D. de iure fisc. l. si quis cum, & l. cum falsi D. ad leg. Cornel. de fals.* Quare receptum est actionem repetundarum, vel residuorum, vel peculatus morte non finiri, quia est de bonis scelere partis, quæ quæstio est

A perpetua. Et sic etiam bonorum, quæ sententia iudicis specialiter adempta sunt, persequutio est perpetua, quæ fisco competit. Aliud est dicendum, si tacite bona adempta sint, vt si reus sit deportatus, vel si damnatus sit vltimo supplicio, id est, morte, quæ sententia tacite adimit bona omnia: Nam hic, si moriatur pendente appellatione, morte eius pœna & crimen, id est, causa capitis, quæstio bonorum extinguitur, & transmittuntur bona ad heredes eius, aut bonorum possessores. Et ita in multis partibus iuris multum interest, exprimatur aliquid, an tacite intelligatur: Nam vno perempto ex eis, quæ sunt expressa, non perimitur etiam alterum, quod est æque expressum. At perempto expresso perimitur etiam id, quod tacite infuit. Et hoc ostendit *l. vlt. h. tit.* & lex 3. *sup. si pend. accusat. mors inter. l. 1. D. eod.* Postremo

B illud etiam notandum est ex *l. 2. h. tit.* morte rei crimen extingui in persona eius, non in persona correorum, videlicet si plures eodem crimine simul rei facti sunt, quod fieri potest, *l. 19. D. de accusat.* Non licet quidem plures reos, quam duos separatim eodem tempore delatos habere ex diuersis criminibus, vt cauetur l. Iulia, sed licet eodem tempore & eodem crimine plures simul deferre reos, quo casu mors vnius in eo soluit crimen & accusationem, non in correis. Et ita morte rei principalis, quod & maxime notandum ex *l. 4. h. tit.* puta morte eius, qui falsum instrumentum fabricauit, non auferri facultatem eius accusandi, qui postea eodem instrumento falso vtitur sciens, prudensque: Nam & qui sciens falso vtitur, reus est falsi *l. 2. sup. de fid. instrument.*

C Itemque mortuo mandatore cædis, qui est principalis reus, quia auctor cædis, integrum est accusare eum, qui cædem fecit eadem ratione, *l. 5. sup. de accusat.*

AD TITVLVM VII.

Si quis Imperatori maledixerit.

IAm a titulo 5. cœpit tractare de crimine læsæ maiestatis, in quod incidere in eo titulo docuit eum, qui habet priuatum carcerem. nec male dicam etiam tit. 6. ad crimen læsæ maiestatis pertinere, quia a definitione eius tituli, vt scilicet morte rei crimen ex-

D tinguatur, exceptum intelligitur semper crimen perduellionis, quod est summum crimen læsæ maiestatis. Sed quia & ex aliis causis quamplurimis committitur crimen læsæ maiestatis, vel dicto, vel facto: de eo, quod dicto committitur, agitur in hoc tit. 7. *si quis Imper. &c.* de quo etiamsi aliquando fuerit iudicium maiestatis læsæ, ob dicta scilicet & voces impias iactatas in principem, vel in tempora, vt ait nominatim constitutio h. t. quoniam, qui tempora incusat, tacite principem ipsum incusare & oblædere videtur. Tamen ex constitutione h. t. nullum ob eam rem iudicium, nullaue pœna temere constituitur inconsulto principe, quia ait l. si id ex leuitate processit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum est: sin autem ab iniuria & men-

E te mala, remittendum est, quod non significat esse remittendum ad principem, vt ipse de eo statuat, vt voluit Accurs. sed vt Græci rectius interpretantur hoc loco, remittendum, id est, συγχωρητέον, venia donandum est, etiamsi ab iniuria processerit maledictum, quia bonus princeps iniuria non potest affici, quam & de se ipso rationem reddit Titus Imperator apud Dionem, cum sustulisset quæstionem læsæ maiestatis ob conuitia. ἐγὼ μὲν οὐδὲν οὔθ' ὑβρισθῆναι, οὔτε προπηλακισθῆναι δύναμαι. οὔτε γὰρ ἄξιόν τι ἐπιψόγου ποιῶ, οὔτε μοι μέλει τῶν ψευδῶς λεγομένων: *Ego, inquit, iniuria & contumelia affici non possum, quia nil mihi extitit, quod repreprehensionem mereatur, & nihil mihi sunt curæ, quæ falso de me iactantur.*

AD TITVLVM VIII.

Ad legem Iuliam Maiestatis.

IN hoc titulo ostenditur & ex aliis plerisque causis bonos principes non admittere quæstionem læsæ maiestatis, puta quod iudex per imprudentiam pronuntiauerit contra constitutiones principis, *l. 1. huius tit.* vel quod quis peierauerit per principem, quod periurio violauerit nomen principis, *l. 2. huius tit.* & ex multis aliis quoque causis, leuioribus scilicet, Alexander in *l. 1.* ostendit, se remisisse quæstionem læsæ maiestatis, dum ait, *etiam ex aliis causis maiestatis crimina cessant meo seculo*, & vtique cessabunt, si forte quis pronuntiauerit contra constitutiones principum. Alij principes & ex leui causa instituebant iudicium maiestatis, vt Antoninus Carac. apud Spartianum, quod quis vrinam fecisset, vbi positæ erant statuæ principis, vel quod quis ex imaginibus principum coronas detraxisset, vt alias poneret, & adiicit statim, quod tamen non pertinet proprie ad crimen læsæ maiestatis, sed ad crimen veneficii aut maleficii, Antoninum etiam damnasse eos, qui tertianis quartanisue remedia collo annexa gestassent, quæ Græci vocant περίαπτα, & περιάμματα, quod forsitan seruari æquum esset: Nam & Constantium Imperatorem legimus apud Ammianum Marcellinum libro 19. vt veneficos damnasse eos, qui remedia tertianæ vel alterius doloris collo gestassent. Et Carolus Magnus lib. sexto legum & constitutionum suarum cap. 72. *vt*, inquit, *phylacteria, & falsæ inscriptiones & ligaturæ, quæ imprudentes febribus vel aliis pestibus opitulari credunt, nullo modo fiant, quia*, inquit, *magicæ artis insignia sunt.* Verum ad rem. Remouentur ergo primum in hoc titulo leuiores causæ instituendi iudicii de maiestate, quibus remotis *l. 1. & 2.* & cæteræ omnes constitutiones referuntur ad crimen perduellionis, quod & rebellionis dicitur ab auctori[illegible]is, & impietatis, vel ἀσεβείας, & sacrilegii crimen, quo qui tenetur, hostis publicus esse iudicatur, summum & maximum crimen dicitur *l. 7. C. Theod. de indulgent. crimin.* In eo vero crimine multa singularia recepta sunt. Primum quidem, vt crimen perduellionis morte nocentis non extinguatur, siue ante reatum moriatur, siue in reatu ipso, *l. pen. & vlt. huius tit.* Alia tamen crimina morte extinguuntur, vel mortalitate potius, vt ait lex *vlt. D. eod.* quia non qualibet morte, non morte sibi conscita in reatu capitali. Mortalitas est mors communis & naturalis, non adscita mors. Recte igitur dicuntur cætera crimina mortalitate extingui. vt vero crimen perduellionis mortalitate non extinguatur, sed post mortem nocentium inchoari aut peragi possit, hoc ius manare ex constitutione D. Marci ostendit Paulus in *l. pen. huius tit.* & Martianus in *l. vlt.* quorum Iurisconsultorum verba, non vlli constitutioni Græcæ (vt vulgo opinantur: nullam enim constitutionem Græcam in hoc titulo desiderari Basilica patefaciunt,) sed constitutionibus Latinis in hoc tit. a Triboniano subiecta sunt, quod in Digestis prætermissa essent. Idque huic vni titulo contigit, vt ei subderentur post constitutiones verba Iurisconsultorum prætermissa, scilicet in Digestis. Illud etiam ex eodem Paulo & Martiano in *l. pen. & vlt.* intelligimus, hoc esse singulare in crimine perduellionis, vt serui, qui ex alia causa in caput domini non torquentur, ex hac causa torqueantur, vt *l. pen. sup. qui accus. non possunt*, *l. seruum inf. de delator. lib. 10.* Et recte *l. 2. C. Theod. ne præter crimen maiestatis seruus dominum accuset. In hoc crimine etiam seruis esse honestam proditionem: nam & hoc facinus tendere in dominos*, id est, dominos rerum,

A quales sunt principes. Sed omisi, quod in *l. pen.* Paulus probat, ex constitutione Marci factum esse, vt quæreretur de læsa maiestate Imperatoris etiam post mortem nocentis, & vt post mortem bona eius vindicarentur fisco. Id ait iussisse Diuum Marcum in persona Depitiani, vt pote Senatoris, quod socius extitisset Cassiani furoris. Nam illud certum est, Auidium Cassium rebellasse aduersus D. Marcum, eiusque factionis socios fuisse plurimos. Et Paulus ait, vnum ex eis, nempe Depitianum, sic habent fere omnes libri, nullus Druncianum, vt vulgo legitur contra fidem historiæ, quæ prodit, Diuum Marcum pepercisse Druntiano genero Cassii: Depitianum igitur vtpote Senatorem, post mortem huius criminis fuisse damnatum, bonis publicatis & fisco addictis. Cur ait, vt pote Senatorem? quoniam ipse vetuerat, ne ob eam rem Senatus quicquam statueret in vllum Senatorem, quamobrem ipsemet decreuit de hoc Senatore, de quo nec Senatus ipse decernere poterat, vt si mortuus esset, bona eius publicarentur, quod socius fuisset & satelles Cassianæ coniurationis. Sed pergamus ad alia. singulare etiam hoc est in crimine perduellionis, vt damnati ex ea causa non lugeantur *l. liberorum §. non solent D. de iis, qui not. inf.* vt non petantur sepeliendi post sumptum de eis supplicium *l. 1. D. de cadau. punit.* & vt eo crimine omnes omnino, qui postulantur, vel etiam qui in eo ad testimonium prouocantur, cum res exigit, torqueantur cuiusque ætatis, conditionis, vel dignitatis fuerint, *l. Decuriones inf. de quæst. l. de minore, D. eod tit. l. 3. & 4. h. tit.* Aliorum criminum reos tormentis dignitas, vel ætas eximit. Alii recte petuntur sepeliendi, alii lugentur, sed non qui damnati sunt maiestatis: hi cuiuscunque sint dignitatis, tormentis subiiciuntur, & quæstionibus. Ioannes Chrysostomus homilia 13. *Vbi est*, inquit, *crimen læsæ maiestatis, dignitas nil proficit.* Et Ammianus Marcellinus 19. *Vbi maiestas pulsata defenditur, a quæstionibus vel cruentis nullam leges exemere fortunam.* quin etiam, quod in hoc crimine singulare est, ex *l. 3. h. tit.* accusatores, si manifestissimis indiciis & argumentis non conuicerint reos, & ii quorum opera vel consilio ad accusationem prosilierunt, etiam tormentis subiiciuntur. Necesse est reos læsæ maiestatis conuinci manifestis indiciis, priusquam torqueantur, aut torquebuntur potius accusatores ipsi. Et ita in *l. 3. huius tit.* accipere oportet conuictum reum maiestatis subiici tormentis, conuictum, scilicet manifestissimis indiciis, de quibus & lex ipsa loquitur, non conuictum vno teste, vt glossa dixit, tu ne dixeris: Nam neque vno teste quisquam conuincitur, sed manifestissimis potius indiciis, quæ certissimæ probationes sunt, *l. vlt. sup. de contrah. stipulat.* Neque vnicus testis sufficit torquendo reo, quod probat *l. maritus, de quæst. D.* qua in re plerique labuntur hodie, qui vnum testem per se solum putant sufficere ad quæstionem misero offerendam: qui etiam errant, dum vnum testem affirmant, esse probationem semiplenam, vt loquuntur, quod hoc argumento probant. *Duo*, inquiunt, *testes faciunt plenam probationem, ergo vnus semiplenam.* Sed hæc collectio vitiosa est, & eadem atque si diceres, duo perficiunt numerum, ergo vnus, aut vnum est numerus imperfectus, & semiplenus, quod est falsum: Nam vnum non potest dici numerus. Et præterea vt veritas, ita probatio scindi non potest, quæ non est plena veritas, est plane falsitas, non semiueritas. Sic quæ non est plena probatio, plane nulla probatio est. Denique Iurisconsulti non nouerunt vllam probationem semiplenam. Illud etiam non omittam, legem tertiam huius tituli esse vitiatam ab interpunctionibus omnimodo: nam detracta parentheseos nota, post verbum [*comprobare*] quasi perfecta atque completa sententia pungendum est; vt deinde

deinde incipiat alia sententia his verbis, (*cum eo, qui huius esse temeritatis deprehenditur,*) id est, cum accusatore temerario, minime fulto aut subnixo manifestis indiciis, *illum quoque, &c.* sic legamus vna & alia. singulare hoc est præterea, vt filii masculi nocentium non tantum excludantur hereditate patris, cuius morte damnati bona occupat fiscus: sed etiam hereditate matris, & aui, & omnium propinquorum ex testamento, vel ab intestato, & hereditate etiam extraneorum forte eis delata ex testamento, vt sint perpetuo infames, & intestabiles, miseri & egeni, non habentes ius capiendæ alienæ hereditatis, quod non primum est introductum *l. quisquis huius tit.* imo nil fere in *d. l. quisquis* proditum est, quod non olim obtinuerit. Ergo *lex quisquis* non facit nouum ius, sed restituit, quod olim obtinuit, & conuenit etiam cum ea lex *vlt. inf. de bon. proscript.* B Et constat etiam reorum filios non habuisse iura sepulchrorum familiarium *l. 1. §. suos, D. de suis & legit. hered.* non habuisse iura libertorum paternorum, si spectemus ius vetus, ius ipsum, ex *l. 3. D. de interdict. & releg.* Nam ex constitutionibus benignissime, vt ait lex 4. *D. de iure patronatus*, eis conceduntur iura libertorum paternorum, & *l. eorum D. ad leg. Iul. maiestatis.* Neque obstat lex *1. sup. de bonis libert.* quæ docet, filio patroni damnato, vt hoste publico, & ita vt perduellione, aut perduelle, iura libertorum transire in fiscum; quia non ponit (& hoc ex iis, quæ notat Accursius, certius est) eum reliquisse filios. Si reliquisset, eis benignissime fuissent conseruata iura libertorum. Cæterum, quia hic filius patroni nullos filios reliquit, iura libertorum transierunt in fiscum. hoc dico esse præcipuum in cri- C mine perduellionis, quia alias non solent parentum scelera filiorum pœnis lui *l. 2. §. pen. D. de decur.* nullum patris delictum filio innocenti pœnæ esse, nullum, excepto crimine perduellionis: Nam nulla est in iure vniuersalis propositio, quæ non vitietur, & quandoque perdat officium suum. In hoc crimine legibus comparatum est, vt patrum scelera luerentur filiorum pœnis, vt filiorum caritas, vt ait M. Tullius, scribens ad Brutum, amiciores parentes reipublicæ redderet. Hæc de filiis masculis in *l. quisquis.* Filiabus autem non adimit omnia bona, omnem spem bonorum adipiscendorum, sed humanitatis gratia filiabus, qua se tueantur, conseruat in bonis maternis legitimam portionem: in bonis paternis nil eis concedit, quia vniuersa cadunt in fiscum. In bonis maternis filiabus quotquot sunt, con- D cedit tantum Falcidiam, id est, portionem legitimam. Et ait hoc loco, *vt habeant mediocrem potius filiæ alimoniam, quam integrum emolumentum & nomen heredis.* In Codice Theodos. in quo est hæc constitutio *l. quisquis* sub titulo *ad legem Cornel. de sicariis* (nec scio quid in mentem venerit illi qui dixit, eam legem *quisquis* non extare in *C. Theod.*) ita scriptum est, *vt habeant ingratæ potius filiæ, &c.* puto scribendum [*non ingratæ*] hoc sensu, vt in bonis maternis non ingratæ filiæ habeant legitimam portionem, quoniam (vt Græci notarunt hoc ipso titulo) si exheredatæ fuerint a matre ex causa ingratitudinis, proculdubio nec legitimam portionem in bonis eius obtinebunt. Constitutio igitur seruat Falcidiam non ingratis filiabus. vxoribus etiam seruat dotem, & lucrum nuptiale ex donatione propter E nuptias. Et postremo in hoc titulo ostenditur *l. vlt.* hoc esse singulare in crimine perduellionis, vt post contractum perduellionis crimen factæ alienationes bonorum, venditiones, donationes, dotes, vel manumissiones seruorum, vel emancipationes liberorum non valeant, & vt ei, qui contraxit tale crimen, debitores quod debent, non recte soluant. Idem est in *l. quisquis,* & in *l. donationes, §. vlt. D. de donat. l. ex iudiciorum D. de accusat.* Qua in re hoc crimen distat a ceteris criminibus, quia ita demum post contractum aliud crimen factæ alienationes non valent, si sequuta condem-

A natio sit, quæ sequi non potest nisi viuo reo, quia morte rei cetera crimina exstinguntur. Si igitur viuo reo condemnatio sequuta sit post contractum capitale crimen, factæ alienationes non valent *l. post contractum, D. de donat.* Idem est in manumissionibus, & emancipationibus & solutionibus, *l. qui pœnæ, D. de manumiss. l. reo D. de solut. l. cum quidam, D. de iu. fisc.* Sed si condemnatio sequuta non sit, vt si sit mortuus in reatu pendente iudicio, alienationes & cetera omnia valent, quæ tamen post contractum crimen perduellionis non valent, quia & mortuo reo sequi potest condemnatio. Donatio igitur facta a reo alterius criminis valere potest, videlicet, si in reatu moriatur. At donatio facta a reo perduellionis post contractum perduellionis crimen, nunquam valere potest; quia mortui est integra B accusatio, quia mortuus condemnari ex hac causa potest. Nec alia potest hac in re constitui differentia inter crimen perduellionis & cetera crimina: nam quod dicitur in *l. quisquis,* iura voluisse, vt eadem seueritate voluntas sceleris, qua effectus puniretur, id non est singulare & proprium in scelere maiestatis, sed commune in omni scelere; quod (ne sim in eo longus) probat satis *Obseruat. 15. cap. 25.* cui tantum addam hunc locum Apuleii 4. Floridorum: *in maleficiis,* inquit, *etiam cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicantur, cruenta mente, pura manu. ad pœnam sufficit meditari punienda.* Et abutuntur multi *l. cogitationis nemo D. de pœn.* quæ non est generaliter accipienda, vt alio loco ostendi, sed reddenda suo proprio tit. id est, edicto quod quisque iuris in alium, quo punitur tantum effectus, non cogi- C gitatio: ceterum in criminibus publicis etiam cogitatio, aut conatus.



AD TITVLVM IX.

Ad legem Iuliam de adulteriis & stupro.

A Crimine publico læsæ maiestatis, quod omnium est maximum, transit ad crimen publicum adulterii & stupri seu impudicitiæ. In adulterio est vir & mulier aliena: in stupro vel non est vir, vel non est mulier, vel est vir & mulier vacua. Dico in adulterio esse mulierem alienam, id est, D alii nuptam. Non dico virum alienum, vel maritum alienum: Nam in viro alieno legibus publicorum iudiciorum crimen non vindicatur, vt ostendit *l. 1. h. tit.* Quamuis lex Iulia de adulteriis coercendis, seu de pudicitia, permittat viro vxorem iure mariti accusare adulterii, non tamen etiam vxori permittit virum eodem crimine accusare. Ex quo efficitur, nec alieno matrimonio violato, seu polluto, mulierem publico iudicio adulterii accusationem instituere posse, quia nec lecti sui iniuriam persequi potest: alio iudicio mulier suam iniuriam persequi potest instituta accusatione *l. de crimine, sup. qui accus. non poss.* Hoc iudicio, nec suam, nec alienam iniuriam, seu vindictam persequi potest. Et ita est explicanda lex *1. h. tit.* Vnde apparet hac in re, quam distet stuprum ab adulterio: Nam de stupro mulier ac- E cusationem instituere potest, si suam iniuriam persequatur *l. 7. hoc tit.* vt si se ab alio deintegratam dicat, si virgini sibi vim allatam. At de adulterio mulier accusationem instituere non potest, etiamsi suum maritum dicat fuisse cum alia, cum tamen ipsa a marito possit accusari, si quid probri fecerit cum alio. ac similiter, vt ex Catone Gellius refert, ius olim fuit viro sine iudicio impune necare vxorem deprehensam in adulterio, quod etiam hodie est ex *Nouella Maioriani.* Et eo iure pleræque gentes vtuntur. At mulieri ius non est virum adulterum vel adulteram, seu pellicem ne digito quidem contingere, vt ait Cato. Et similiter lege Romuli (vt

Plutarchus scribit,) qua & nos hodie vtimur, & nos vti testatur etiam Zonaras in *can. Apostol. 48.* Ea, *inquam*, lege nulla ex causa mulieri licet a viro diuertere: viro licet, vt scribit Plutarchus, veneficam & adulteram domo exigere, liberis de sinu eius sublatis, vel clauibus ademptis. Nam omnino apud Plutarchum legendum est quo loco multi laborant, τέκνων, ἢ κλειδῶν ἀποβολῇ, non ὑποβολῇ id est, exigi mulierem veneficam, vel adulteram ereptis ei liberis, quos educat, vel ademptis clauibus: Nam & sic Cicero 2. Philippica, foras exigi mulieres clauibus ademptis. Non est ergo nouum, si & lex Iulia ius æquum non seruat viro & vxori, si non iisdem, quibus fœminas, viros vinculis pudicitiæ obstringit. Quam legem proculdubio D. Ambrosius intellexit, & merito improbauit eam inæqualitatem *lib. primo de Patriarcha Abraham cap. 4. Nemo*, inquit, *sibi blandiatur de legibus hominum. & plane intelligit leges Iulias. Omne*, inquit, *stuprum adulterium est, nec viro licet, quod mulieri non licet:* & sequitur, *eadem a viro, quæ ab vxore, debetur castimonia.* Vnde intelligitur, maritum legibus Iuliis qui se commiscet alteri, non esse quidem reum adulterii, sed stupri, nec enim potest negari, quin stuprum committat. At D. Ambros. & Christiani omnes affirmant, eum etiam perinde atque vxorem adulterium committere. Sic D. Augustinus de verbis Apostoli sermone 4. *Quis aliquando habens vxorem, quia & ancillam vitiauit suam, crimen inuenit? Sed in foro*, inquit, *non in cœlo, in lege mundi, non in lege creatoris mundi.* Et eleganter Gregorius Nazianzenus in dictum illud Euangelistæ, [*Cum consummasset Iesus hos sermones,*] hanc esse constitutionem, & legem, vt in vxore, non in viro adulterium coerceatur. Verum subiicit, οὐ δέχομαι ταύτην τὴν νομοθεσίαν. *Non laudo, non probo hanc legem. eam mares tulerunt, ideo fœminas tantum insequitur & incessit.* Et ita viros ait sibi solis reseruasse & vindicasse patriam potestatem in filios, matribus denegasse: lege tamen Dei vtriusque parentis parem esse potestatem. Et similiter vtriusque coniugis pariter adulterium coerceri. Et huic piæ & veræ sententiæ, nonnihil etiam leges auxiliantur, & adminiculantur, quæ etsi non permittant mulieri accusationem adulterii aduersus maritum, tamen ipsæ cum accusantur a viris, possunt eis referre idem crimen, aut par crimen, veluti lenocinium, eoque genere, non quidem se excusare, sed onerare maritum. Et sunt hac de re valde notanda hæc verba *l. si vxor. §. iudex, D. ad leg. Iul. de adult. Iudex adulterij*, inquit, *ante oculos habere debet, & inquirere, an maritus pudice viuens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit. Periniquum enim videtur esse, vt pudicitiam vir ab vxore exigat, quam ipse non exhibeat, quæ res potest & virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter vtrosque communicare.* Non compensatur adulterium cum adulterio vel cum lenocinio, sed vtrumque punitur. Igitur mulier, quam maritus postulauit adulterii, si obiiciat par crimen accusatori, *ea res*, inquit, *poterit maritum damnare.* Quod ita intelligendum est, si obiiciat lenocinium, ea res vtique maritum damnabit, & subiiciet pœnæ adulterii, quoniam vtriusque sceleris eadem est pœna lege Iulia constituta. At si contra ei obiiciat etiam adulterium, poterit quoque ea res eum damnare de stupro, sed non de adulterio. Et obseruandum est, ea verba §. *iudex*, quamuis id Iureconsultus supprimat, esse ex rescripto Antonini, quod fuisse relatum in Codicem Gregorianum D. Augustinus scribit lib. 2. ad Pollentium, propositis iisdem, & aliquanto amplioribus eiusdem rescripti verbis, quo ostenderet & leges aliquatenus parem a viris, atque a fœminis pudicitiam exegisse. Et iam hic locus exigit, quoniam commode fieri potest, vt hic addatur explicatio, *l. 2. h. tit.* quæ docet, lege Iulia non tantum adulterium in vxore puniri, sed etiam in viro lenocinium, vt puta si deprehensam in adulterio

A retineat, neque dimittat. Non potest retinere deprehensam cum adultero sine scelere, & contagione lenocinii, vel etiam si damnatam adulterii, & foras exactam reducat, vel etiamsi quisquam quamcunque mulierem damnatam adulterii ducat, quod congruit cum verbo Domini, quo iudicatur esse adulter, qui repudiatam ex causa adulterii domum ducit vxorem. Et hoc ostendit *l. 9. & 17. h. tit.* dum dicit, si quis damnatam adulterii ducat, vel reducat, is est adulter, is est leno. Leno autem pro adultero habetur semper, quia vtriusque est eadem pœna, & eadem lex. At, vt ait *l. 2. hoc tit.* si quis suspectam adulterii retineat, & rem dissimulet, si possit ignorantiam simulare, vt ait *l. 17.* quod non potest, qui eam damnauit publico iudicio: At qui potest, & suspectam retinet, non ideo tenetur lenocinii. Valde notandum est, quod ante dixi, esse proditum in *l. 9.* &
B congruere cum verbo Domini, vt lege Iulia teneatur, qui damnatam adulterii ducit vxorem. Recte damnatam: nam non damnatam adulterii, quæ forte a viro diuertit, quin liceat ducere non est dubium, repudiatam ab alio, iure ducimus: sed non repudiatam & damnatam adulterii. Si tamen quis venerit in suspicionem adulterii cum aliena vxore commissi, soluto matrimonio si eam vxorem ducat, licet fuerit absolutus, ea res auget suspicionem adulterii: tantum abest, vt diluat crimen, qua in re plurimum hodie peccatur. Et scio euenisse, vt quis accusaretur adulterii commissi cum domina, & accusaretur post mortem domini, & absolueretur, & post absolutionem impune eam protinus duceret vxorem, quod exemplo est pernitiosum &
C damnatum in *l. 27. & 34. hoc tit.* quæ habet pro conuicto & confesso reum absolutum adulterii, si postea eam mulierem, cum qua dicebatur rem habuisse, duxerit vxorem. Et hoc est, quod ait Poëta. *Quod nubis Proculina concubino, & mœchum modo facis maritum, ne lex Iulia te notare possit: Non nubis Proculina, sed fateris.* Et alibi.

Mœchus erat, poteras tamen hoc tu Paula negare.
Ecce vir est: nunquid Paula negare potes?

Nuptiæ igitur sequutæ post absolutionem, argumentum potius præbent patrati adulterii, & iterari aduersus eum adulterii iudicium potest, vt in *l. miles §. licet ff. ad leg. Iul. de adult.*

D

Ad L. III.

Non solum verba legis Iuliæ de adulteriis coercendis, sed etiam sententia per quæstionem quoque seruorum, siue ancillarum crimen admissum probare volentis, ad earum tantum personarum seruos ei rei exhibendos pertinent, de quibus specialiter comprehendit, id est, mulieris & patris eius, non naturalis, sed iusti duntaxat, quos intra sexagesimum diem ex dissolutione matrimonij numerandum, manumitti vel distrahi prohibet, & quorum dominis caueri præcipit, si defuncti fuerint in quæstione vel facti deteriores secuta absolutione.

E QVod proponitur in *l. 3.* totum est ex ipsa lege Iulia, *de adulter. coercendis.* Ac primum marito accusante vxorem iure mariti, (sic enim est accipienda) vel patre filiam accusante iure patris intra dies sexaginta præscriptos lege Iulia in hoc iudicio, eam legem velle crimen probari etiam per quæstionem seruorum, videlicet, si manifestis argumentis maritus, vel pater adducatur in suspicionem adulterii, vt *l. vlt. h. tit.* illo loco, *propter suspicionem criminis adulterij.* suspicio ducitur ex manifestis rerum argumentis: & crimen probari per quæstionem eorum seruorum tantum, de quibus lex Iulia specialiter comprehendit, vt ait hæc lex. Comprehendit autem specialiter seruos mulieris repudio dimissæ propter suspicionem adulterii, & etiam adulteri po-

A stulatæ, & indistincte seruos omnes mulieris. Igitur, quos habuit in ministerio, & quos habuit extra suum ministerium, in agro forte, vel in prouincia: Nam ministerio seruorum vtimur domi nostræ tantum: ministerium seruile domo includitur: Lex enim Iulia cum specialiter comprehendit, vt de seruis mulieris dimissæ & accusatæ quæstio haberetur, nullam addidit conditionem & modum. Ergo de omnibus indistincte quæstionem haberi voluit. Comprehendit etiam lex Iulia seruos patris eius mulieris, sed addidit modum, quos pater mulieris dedisset in ministerium, *l. si postulauerit §. haberi, ff. eod. l. prospexit, ff. qui & a quib. manumis.* Et præterea lex Iulia comprehendit tantum seruos patris iusti, *vt ait hæc lex* 3. quos iustus pater ei dedisset in vsum, non seruos patris naturalis. Ergo lex Iulia non comprehendit seruos patris naturalis, quos filiæ alii nuptæ in vsum, B & ministerium concessit, & multo deterius comprehendit seruos alienos, quos extrarius aliquis mulieri dedisset in ministerium. De his igitur quæstionem haberi noluit lex Iulia. Non comprehendit etiam seruos patris iusti, quos pater ei non dedisset in ministerium. Iustum patrem facit matrimonium, vel adoptio: naturalem concubinatus, vel contubernium. Iustus pater filiam habet in potestate, naturalis non habet. Hoc est satis, vt discrimen, quod est inter vtrumque intelligamus. At quoniam dicere quis poterat, non comprehendi quidem verbis legis Iuliæ seruos patris naturalis, vel seruos extraneos mulieri in vsum concessos, sed sententia legis comprehendi, & tacita mente, ideo Antoninus Imperator in hac lege tertia, vt hoc submoueat, ita rescribit. *Verba legis Iul.* (sic est inchoanda lex) *de adult. coerc.* C *probari volentis* (sic est scribendum) Et statim exempli causa Antoninus addidit seruos mulieris, quos lex specialiter comprehendit, vt quæstioni subderentur in iudicio adulterii, & seruos patris iusti, seruos mulieris indistincte, seruos patris iusti, cum hoc modo, quos pater ei in vsum concessit. Quibus ex *d. l. prospexit*, addere etiam oportet, seruos matris vel auiæ in vsum ei datos: item seruos mariti accusatoris, & patris eius, quos ei pater in ministerium dedit, *ex l. 32. & l. vlt. h. tit. & ex d. l. si postulauerit §. sed & serui*, vbi, *sed & serui accusatoris*, id est, serui mariti. Paulus 2. Sentent. *Serui*, inquit, *tam mariti, quam vxoris in causa adulterii torqueri possunt, nec iis libertas sub spe impunitatis data valebit.* Et cur vtriusque serui torqueantur in causa mariti & vxoris, ratio est, quia commixta familia, & vna domus est viri D & vxoris *l. 1. §. si vir aut vxor ff. ad SC. Syll.* Et ita tam hi, quam illi scire possunt, quid domi agatur, vel quos domi colat mores materfamil: Ideo de omnib. habetur quæstio, id est, a iudice omnes quæstioni subiici possunt, eruendi criminis, & veritatis causa. Item marito, vel patre accusante adulterum, id est, eum, qui cum vxore vel filia alii nupta probri quid fecerit, certum est lege Iulia comprehendi seruos adulteri, vt de eis quæstio habeatur, & seruos patris eius quos habuit in ministerio, *d. l. si postulauerit §. haberi, l. patre, ff. de quæstion.* Papinianus libro singulari de adulteriis, *De mancipiis alterius*, id est, *rei vel reæ, marito vel patre accusante, quæstionem haberi posse palam est.* Et quæstio de eis seruis habetur præsente reo vel rea, & accusatore, & E patronis reorum. Ea lege etiam patronis datur facultas interrogandi seruos tormentis expositos, *d. l. postulauerit §. quæstioni*, qui mos veterum est notandus, vt quæstioni adhibendæ seruis intersint rei, & accusatores & patroni reorum, & vt patroni reorum interrogent seruos, imo & rei ipsi, vt in causa Milonis testes interrogauerunt M. Tull. Cicero, & M. Marcellus patroni Milonis, & Milo ipse, vt scribit Asconius Pedianus in Milonianam. Et Plinius 3. Epist. scribens de suis patrociniis: *Concipere*, inquit, *animo potes, quam simus fatigati, quibus toties agendum, toties altercandum, tam multi testes interrogandi, subleuandi, refutandi.* Et ideo in iure

nostro cũ legimus testes interrogatos, non vtique semper hoc ita exaudire debemus, vt interrogentur a iudice, sed etiam ab aduersariis, vel patronis eorum, quod & ita hodie fieri forte tutius esset: Nam sæpe iudices eos translatitie, vel ambitiose interrogant. Verum ad rem. Ex iis, quæ diximus, apparet, lege Iulia de adulter. etiam seruos torqueri, in caput dominorum. seruos mulieris accusatæ adulterii, in caput mulieris; seruos adulterii in caput adulteri. Vt igitur lege Iul. perduell. *de qua tit. sup.* serui torquentur in caput dominorum, ita etiam l. Iulia de adult. sed quomodo videamus, & an semper. vtraq; lege serui torquentur in caput dominorum, sed diuersis rationibus, *leg. Iul. perduel.* quoniam hoc crimen tendit in dominos, id est, in summos dominos, in dominos rerum, id est, principes. *lege Iul. de adult.* quia hoc crimen vix probari potest per alios, quã per familiares. & præterea *l. Iulia, perduell.* semper. *lege Iulia de adulteriis*, patre tantum, vel marito accusante adulterum, vel adulteram, vt ait lex *patre ff. de quæst.* & marito accusante iure mariti, patre accusante iure patris, id est, iure proprio & singulari, non iure publico, quod mox explicabitur, vt in *l. is cuius §. pen. D. ad leg. Iul. de adult. l. sed si maritus, D. qui & a quib. manumis.* in illo loco, *cum pater accusare posit.* Quem locum Latinus interpres recte accipit de patre vxoris, vt indicat illa lex *is cuius*. Græcus interpres male de patre mariti. Iure mariti, vel patris accusat quis intra 60. dies a diuortio facto: Et ius mariti iusue patris hoc est, vt si intra illos dies velint accusare, præferantur omnibus accusatoribus, & in diuinationis iudicio obtineant. Itemque vt sine pœna calumniæ vincantur. hoc est ius mariti, & patris. Post 60. dies maritus, vel pater accusat iure extranei, vel quod idem est, iure publico, id est, vt extraneus, vt quilibet de populo, nec præfertur potiori accusatori, si quis se offerat, nec vincitur sine pœna calumniæ. Sic igitur statuo: in causa adulterii ex lege Iulia serui torquentur in caput dominorum, qui in reatu sunt, patre scilicet, vel marito accusante iure suo ex lege Iulia, non alio extraneo accusante. At postea ex constitutionibus Principum D. Marci, & Seueri & Antonini placuit seruos torqueri in hac causa contra dominum etiam extraneo accusante adulterum vel adulteram, etiam patre, vel marito accusante iure extranei: quo genere non spectatur qualitas patris, vel mariti, cum spectetur, vt extraneus quilibet. Et constitutionum rationem hanc reddit Papinianus, vt & extraneo accusante serui in dominum torqueantur: quia, inquit, non facile tale delictum sine ministerio seruorum, admitti creditum est, sine opera ministrarum. Inde generaliter in *l. 1. §. de quæst.* in crimine adulterii seruos torqueri contra dominum. Et eleganter in *l. 6. h. tit.* marito accusante vxorem iure extranei post 60. dies, non minus ad probationem sceleris haberi quæstionem de seruis vxoris, quam si maritus ageret iure mariti, quo casu proculdubio torquentur serui vxoris in vxorem ex lege Iulia. Sed & cum agit iure extranei, non quidem ex l. Iulia, sed ex constitutione diuorum Principum, vt ait, id est, Seueri & Antonini. Et inde Papinianus in *l. extrario ff. de quæst.* ait extrario quoque accusante, seruos torqueri in causa adulterii contra dominum. ait *extrario quoque*, perinde ac si diceret, non tantum patri vel marito accusatori, hoc permitti lege Iul. vt seruos eius, qui quæue accusatur, quæstioni postulet exhiberi, sed etiam iisdem constitutionibus permitti extraneo accusatori. Multa constitutiones addiderunt ad legem Iuliam. Nam & illud addidit constitutio Adriani, vt de seruis alienis quæstio haberetur, qui in ministerio fuissent mulieris, vel adulteri, *dict. l. si postulauerit §. haberi.* Vnde post constitutionem Adriani recte dicam hodie quæstionem haberi de seruis patris naturalis mulieri datis in vsum. Nec obstare h. l. 3. quia vt initio dixi, est de ipsa ma lege Iulia, qui postea ea in re subrogauit constitutio Adriani. Non etiam quem modum omisit

A lex Iulia, cum est loquuta de seruis mulieris torquendis, quæ omissio etiam Vlpiano perdura videtur, in *d. l. prospexit.* Eum modum addidere legi Iuliæ posteriores constitutiones, puta *l. 32. hoc tit.* vt scilicet de eis tantum seruis mulieris quæstio haberetur, quos in ministerio & domi suæ habuerit tempore admissi adulterii, non de iis, quos habuerit peregre extra suum ministerium, qui nec rem scire possunt. Item, quod lege Iulia est præscriptum, vt in hac causa serui quæstioni destinati non manumittantur, vel alienentur intra 60. dies diuortii, intra quos marito & patri licet proprio iure accusare, ne scilicet quæstioni subducantur, propterea quod de adulterio mulieris lex Iulia quæri noluit per quæstionem seruorum alienorum, quos specialiter lex Iulia non comprehendit, & fierent alieni alienatione, nec per quæstionem liberorum hominum, & fierent liberi manumissione. B Quos igitur seruos lex Iulia prohibuit intra 60. dies, alienari, vel manumitti, id est, quos voluit subiici quæstioni, sane permisit post 60. dies eos manumittere. At quid si nondum sit finita cognitio adulterii, quid si non potuerit definiri intra 60. dies? Et Vlp. etiam scribit in hunc casũ in *d. l. prospexit,* esse subueniendum, vt scilicet, serui destinati quæstioni non manumittantur ante finitam quæstionem, nec post 60. dies, si cognitio nondum sit finita. Quod post constitutionem Adriani trahendum est etiam ad seruos alienos in vsum datos mulieri, vt & ii pendente cognitione non manumittantur, contra quam notet Accurs. hoc loco, quoniam proculdubio iudices iubebunt, vt solebant, C dominum extraneos eos seruos in potestate habere, nec manumittere, qui destinati fuerant quæstioni, vel pœnæ. Dixit autem Vlpianus in hunc casum esse subueniendum, id est, esse constituendum, vt & post 60. dies nondum finita cognitione sustineatur manumissio, vel alienatio seruorum destinatorum quæstioni, vt in simili difficultate & inopia consilii dixit Vlpianus esse constituendum *l. pen. §. pen. sup. ad Senatusc. Trebell.* Et Paulus, principem adeundum esse *l. itaque, D. de fideic. libert.* Adde ex vltima parte huius legis, accusatorem, qui seruos reorum quæstioni exponendos postulat in hoc crimine, dominis cauere debere de indemnitate per stipulationem nudam, id est, de æstimatione seruorum præstanda sequuta absolutione, si serui in quæstione D mortui fuerint: vel de præstando damno, si in quæstione deteriores facti fuerint: vel etiam omissa cautione eo nomine reis absolutis esse condictionem ex lege Iulia in simplum *d. l. si postulauerit, in fi. & l. seq.* & vno casu in duplum, si seruus sit accusatus adulterii, & tortus, dein absolutus, vt *d. l. si postulauerit, l. vlt. D. de calum. l. dominis* J. *eod.* Ait hæc lex 3. sequuta absolutione supradictæ cautioni in simplum locum esse, & ex ea posse agi, vel condictione ex lege Iulia: Nam damnatione sequuta serui publicantur, nec redeunt ad priorem dominum, nec in eum casum cautio interponitur. Cuius rei ratio redditur in *d. l. si postulauerit §. iubet, l. patre, D. de quæst.* Vnde quæritur, an seruis publicatis damnatione sequuta dominis pretium fiscus restituere debeat. Et respondet Ioannes, debere, quod verum est si reis damnatione bona adempta non sint. Et postremo quæritur, quid sit E dicendum de seruis accusatoris quæstioni subiectis postea sequuta absolutione vel damnatione? Et hos quoque publicandos esse ait *d. l. si postulauerit §. sed & serui.* Quod ita procedit, si accusator non obtinuerit, id est, si absolutus fuerit reus: Nam si accusator condemnauerit reum, hoc casu Bulgarus dedit actionem in simplum ex cautione, vel ex lege. Recte, vt opinor, si reus eos postulauerit in quæstionem, & postea fuerit condemnatus, non etiamsi iudex eos vltro quæstioni subiecerit.

Ad L. IV.

Gracchus, quem Numerius in adulterio noctu comprehensum interfecit, si eius conditionis fuit, vt per legem Iuliam impune occidi potuerit, quod legitime factum est, nullam pœnam meretur. Idemque filiis eius, qui patri paruerunt, præstandum est. Sed si legis auctoritate cessante, inconsulto dolore adulterum interemit: quamuis homicidium perpetratum sit, tamen, quia & nox, & dolor iustus factum eius releuant, potest in exilium dari.

QVæstio legis 4. hæc est, an marito liceat per legem Iuliam in adulterio vxoris suæ deprehensum, sine iudice impune occidere? Et constat non quemlibet marito licere interficere, nec quolibet loco, sed domi tantum suæ deprehensum, nec quemlibet adulterum deprehensum cum vxore, sed omnem seruum hominem: liberum autem hominem, non omnem, sed libertum suum, vel vxoris, vel patris, matris, filii, filiæ, vtriuseorum, viri scilicet, & vxoris. Et iis addidit etiam Paulus *lib. singul. de adult.* noxæ deditum: Nam quod notandum, & liberum hominem, qui noxam fecisset, & condemnatus iudicato faciendo impar esset, auctore iudice vel patre in noxam dedi moris erat, & addici ei, qui causam obtinuerat *l. 3. §. proinde, D. de liber. hom. exhib. §. vlt. Instit. de noxal. act.* Et Papinianus *2. Definit. tit. de iudicato in fragment. Per liberum hominem,* inquit, *noxæ deditum, si tantum adquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit.* Quæ ratio æquitatis seruatur etiam in seruo noxæ dedito *§. dominus, Instit. de noxal. action.* Item liber homo, quem deprehendit maritus domi suæ in adulterio vxoris, ab eo impune interfici potest, si sit infamis, vt puta iudicio publico damnatus, nec famæ restitutus, vel si fecerit lenocinium, si artem ludicram fecerit quæstus causa, si in scenam prodierit cantandi, saltandiue causa, vt ait lex *marito, D. ad leg. Iul. de adult.* quæ obscœna studia Seneca vocat 1. Declam. *cantandi saltandique obscœna studia nunc effœminatos tenent.* Item, vt Paulus addit 2. *Sentent.* qui corpore quæstum fecerit, vel qui operas suas locauerit, vt cum bestiis depugnaret in arena, vel qui (vt idem ait *libro sing. de adult. auctoramento locatus est ad gladium.* Sic est legendum, non, *rogatus est.* Vbi [*ad gladium*] id est, ad ludum gladiatorium, *vt in l. 1. ff. de abig.* in rescripto Adriani [*ad gladium*] Licinius Rufinus ad ludum gladiatorum, exponit. Qui ergo auctoramento locatus est ad gladium, id est, qui vltro se studio gladiatorio vendidit, vt cum gladiatoribus depugnaret, vt vri, vinciri, verberari, ferro necari posset, quam in rem etiam se nominatim obstringebat: denique vt esset gladiator, huius est fœdior conditio, quam illius, qui operas suas locauit, vt cum bestiis depugnaret. Auctoratus vero quodammodo it in seruitutem voluntariam, & capite minuitur: ille vero tantum operas locat. Vnde recte in veteribus glossis: *Auctoratus,* inquit, αὐθαίρετος ἑαυτὸν εἰς δοῦλον βάλλων καὶ μονόμαχος. *auctoratus,* inquit, *est is, qui vltro se dat in seruitutem, vt gladiator sit.* Nã qui Græcis μονόμαχοι, nobis sunt gladiatores semper. Hæ vero sunt omnes liberæ personæ, quæ a marito deprehensæ in adulterio, per legem Iuliam possunt impune interfici, vel qualibet contumelia affici, veluti exsecto viro: Nam (vt ait lex, *nec in ea lege D. ad leg. Iul. de adult.*) *qui potest occidere, & multo magis qualibet contumelia afficere.* Vxorem autem deprehensam per legem Iuliam marito non licet occidere vllo casu, cuiuscunque conditionis sit: Sed occiso illo adultero, qui fuerit conditionis supradictæ, id est, qui fuerit ex numero eorum, qui ante sunt denotati, statim debet dimittere vxorem, & exigere foras, & profiteri (vt ex Paulo didicimus) in triduo proximo apud iudicem competentem, se illum adulterum occidisse illo loco,

puta

puta domi suæ, sic impune occidet, vt subiicitur in hac A *l. 4. quod lege factum est permittente*, scilicet lege Iulia. *pœnam non meretur*. Et ita Fabius *Declamat. 358. & 372. quod lege factum est*, inquit, *lege vindicari non solet*. Et additur in hac *l. 4.* idem esse præstandum filiis mariti, qui talem adulterum iussu patris occiderunt, forte patre viribus lapso, vel non habente manus. Quod licet patri, licet etiam filio, imperante patre, quod demonstrat Seneca *1. Declamat. 4. & 2. controuers. similiter 4.* At si alterius conditionis hominem, liberum vel non, domi suæ maritus deprehensum in adulterio vxoris interfecerit inconsulto calore quodam, forte, (vt ponit hæc lex 4.) noctu deprehensum in adulterio vxoris, homicida quidem est, quia illicite occidit, quem non licebat occidere per legem Iuliam, & tamen non tenetur pœna B legis Corneliæ de sicariis, quæ est vltima pœna, id est, mors vel deportatio, sed leuiore pœna, puta relegatione in insulam saluo capite & patrimonio: nam in exsilium dari in fine huius legis est relegari, non deportari. Est enim deportatio grauissima pœna, nimirum mors ciuilis, & capitis deminutio, relegatio non item. Ratio autem huius constitutionis, cur maritus, qui interfecit deprehensum adulterum in vxore, quem non licebat interficere per legem Iuliam, quamuis fecerit homicidiũ, non tamen teneatur pœna homicidii, id est, lege Cornelia, sed aliquanto leuiore, ratio redditur hæc in hac *l. 4.* quia nox & iustus dolor maritum excusat, nox auget crimen in adultero, minuit in marito, qui cum interfecit. Et sic euenerat in specie *h. l. 4.* vt noctu deprehenderetur, & interficeretur. Verum enimuero etsi interdiu, non noctu a marito deprehendatur, & interfi- C ciatur, iustus dolor sufficit ad excusationem, & necem, quam intulit, alleuandam: Nam & similiter indistincte legimus maritum, qui vxorem deprehensam interficit interdiu, vel noctu, sine distinctione illicite quidem interfecisse, quia lex Iulia non permittit marito vxorem occidere, sed adulterorum tantum certas personas, quas ante designaui, nec tamen ob vxorem illicite occisam eum teneri pœna legis Corn. *de sicariis*, sed in exsilium dari, id est, relegari, vel quæ par relegationi pœna est, in opus perpetuum tradi, quæ est mitior pœna, quam sit statuta lege Cornelia *l. 1. §. vlt. D. ad leg. Cornel. de sicar. l. si adult. §. Imperatores, D. ad leg. Iul. de adult. l. 3. §. si maritus, D. ad Senatusc. Sylian.* Addita hac ratione, molliri pœnam, quod difficillimum fuerit marito, iustum D dolorem temperare, & quod puniatur magis, quod plus fecerit, id est, quod vltus se sit vltra modum, quam quod se vlcisci non debuerit. Iustus ergo dolor solus sufficit leuandæ pœnæ. Cur autem nox augeat crimen in adultero, eadem est ratio, quæ in fure: nam & adulterium furtum est, & difficilius est sibi cauere a nocturno fure, vel adultero (vtrique amica nox est) quã a diurno, siue interdiario, qua ratione etiam durius agitur cum nocturno fure, quam diurno, Vlpianus notat interpres Demosthenis in orat contra Timocratem. Et puto igitur in proposita vtraq; specie, leuius esse puniendum eum, qui illicite nocturnum furem, vel adulterum occiderit, quam qui diurnum: Nam nec furem nocturnum hodie, nec adulterum non exceptum lege Iulia licite occidimus siue impune, nisi cum se telo defenderit, cum ipsemet E intentat nobis necem: Nam in vsu esse desiit lex 12. tab. quæ permittebat qualemcumque furem nocturnum occidere. Non est omittendum ad hæc ante legem Iuliam, *vt constat ex fragment.* Marci Catonis, olim marito fuisse ius occidendæ vxoris deprehensæ in adulterio: quod ex lege Romuli cautum fuisse, qui scribunt, nullum auctorem habent, quo id confirment, præter Dyonys. Halicarn. quo in hanc rem abutuntur: quoniam mulctam tantum ex hac causa permittit marito, non necem. Quin & illud totum quod iidem impostores scribunt lege Romuli quatuor casibus ius fuisse marito occidendæ vxoris, si prostrauisset pudicitiam, si adulterasset, & secundo casu, si partum supposuisset, tertio, si claues adulterasset, ac si adulteratio clauium posset cadere in eam, quæ clauium est domina, & quarto, si vinum bibisset. Nam primus casus prostratæ pudicitiæ, iam a me submotus est. Et altero casu epoti vini tantum legimus apud Gellium lib. 10. mulierem, quæ vinum attigisset, fuisse existimatam, id est, notatam infamia, & mulctatam, nec tamen hoc esse ex lege Romuli vsquam legimus. Nec mouemur, etsi quidem seueriores ob eam rem leuiculam ferantur occidisse vxores suas, & vel ob cellæ vinariæ loculos resignatos apud Tertul. in Apologet. cap. 5. Et de partu supposito, vel clauibus adulteratis, quod adducunt vt ex his causis mulier necari a marito possit, hunc errorem hauriunt ex Romulo Plutarchi, in quo tamen Plutarchus, non ex his causis dicit mulierem maritum necare, sed ἐκβάλλειν, id est exigere domo, cum scilicet demonstrat, nulla ex causa posse diuertere a marito lege Romuli, maritum autem posse eam expellere & dimittere ἐπὶ φαρμακίᾳ, si venefica fuerit, si veneno se appetierit. Quem casum illi nobiles scriptores veneni excogitati non debebant omittere. Sed hunc modum veterem Plutarchus exigendæ vxoris exposuit illo loco, vt scilicet exigatur, τέκνων ἀποβολῇ, non ὑποβολῇ, id est, abstractis e sinu eius liberis, & domo facessere iussa, vel etiam ademptis clauibus, κλῃδῶν ἀποβολῇ, vt ostendi ex Philippica Cicer. quem modum vxoris veneficæ, aut adulteræ exigendæ illo loco exponit: Nam hos tantũ duos casus exprimit, quib. liceat viro vxorẽ repudio dimittere, & exigere, & effecere ex illis alios duos casus, clauium adulterationem, & liberorum suppositionem. Post legem Iuliam, quæ tamen diu permansit, obtinuit aduersus eam ex Nouella Maioriani Imperatoris, vt scribit Papinianus *lib. respons. tit. de adult.* vt possit maritus deprehensum quemlibet adulterum & vxorem in ipso actu vno ictu & impetu, vno veru, æquali ira aduersus vtrumque sumpta, simul occidere, non aliter. Quod & ita lex Iulia permiserat patri, deprehẽso adultero filiæ domi suæ, generiue sui, non etiam marito, *l. quod ait §. vlt. D. ad leg. Iul. de adulter.* Plus dedit patri, quam marito, quia nil putabat se patri dare, qui vix vnquam est allaturus manus in filiam, quinimo propter filiam seruaturus etiam adulterum, quod non possit alterum sine altero necare. Sed postea, vt dixi, idem ius datum est marito. Vnde non est mirum, si ita Cassiodorus primo variarum, præ amore pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est leges calcare, sed condere. Et in can. *inter. 33. quæst. 2.* legem humanam siue mundanam permittere marito vxorem deprehensam in adulterio sine iudicio occidere.

Ad L. V.

Adulter, post quinquennium quam commissum adulterium dicitur, quod continuum numeratur, accusari non potest, easque præscriptiones legibus reo datas, auferri non oportet.

Ex leg. quinta intelligimus, adulterum vxoris alienæ post quinquennium continuum a die criminis admissi, qui solet semper adnotari libello inscriptionis, non posse accusari: accusatori adulteri obstare præscriptionem quinquennii, quod continuum numeratur a die criminis admissi. Speciale hoc est in crimine adulterii, vt finiatur & obliteretur silentio quinquennii continui, si intra id temporis nemo adulterii accusationem pertulerit, quia cetera fere omnia crimina durant annis 20. nec tolluntur igitur, nisi præscriptione vicennii, *l. querela* ℑ. *ad leg. Cornel. de fals.* Crimen quod obiicitur adultero tollitur præscriptione quinquennii, vt in hac *l. 5. & l. 28.* ℑ. *l. miles §. adult. l. mariti §. hoc quinquennium D. eod. l. 5. §. vlt. D. ad leg. Iul. de vi publ.* Recte ait *hac lex 5. adulter.* Nam adultero accusando

leg. Iulia præscripti sunt 5. anni continui: adulteræ au- A tem accusandæ præscripti sunt sex menses, post quos adultera a nemine potest accusari *l. mariti sex mensium D. eod. tit. l.* 1. §. *accusationem D. ad Senatusc. Turpill.* Recte etiam *l. 5. a die commissi criminis*, quia de adultero accusando loquitur, & adulteræ accusandæ sex menses computantur non a die criminis admissi, sed a die diuortii *d.* §. *sex mensium, & d.* §. *accusationem.* Videamus, quæ sit ratio differentiæ inter adulterum & adulteram. Eam explicabit altera differentia, quod adultera, antequam diuortium factum sit, a nemine accusari potest *l. 11. h. tit. l. constante, D. eod.* id est, constante matrimonio neq; potest maritus accusare mores vxoris, quos probat, dum retinet, nec dimittit, neque extraneus potest quiescens, bene conueniens, bene concordans matrimonium, & non improbatam viro vxorem inquietare, aut turbare. B Proinde adultera, quamdiu manet matrimonium, nec diuortium interuenit, a nemine accusari potest, nisi maritus prius lenocinii accusetur *d. l. constante.* Ergo non mirum, si in adultera sex menses numerantur a die diuortii, a quo demum die crimen adulterii aduersus eam locum habere incipit. At adulter, etiam constante matrimonio, nec dum facto diuortio, ab extraneo potest accusari iure publico, etiamsi prius maritum non accuset lenocinii. Et ita est manifeste proditum in *l. vim* §. *1. ff. eod.* Et hoc genere (quod ait *l. 30 h. tit.*) alienum matrimonium fœdatur & suggillatur, videlicet extraneo accusante adulterum, manente matrimonio. Accusatio adulteri est suggillatio constantis matrimonii. Ergo, quia adulter ab extraneo accusari potest ante factum diuortium, ideo tempora ac- C cusationis aduersus eum instituendæ, non a diuortio, sed a commisso crimine numerantur. Verum huic posteriori sententiæ vehementer obstat *lex miles* §. *volenti D. eod. tit.* quæ dicit abscise, manente matrimonio nec adulterum, nec adulteram accusari posse, qui locus mirum in modum nostros perturbat. Sed nil est verius, quam quod secundo loco tentauit Accurs. in *d. l. vim*, §. *1. ab extraneo quidem*, vt nominatim ait *lex vim*, adulterum posse accusari constante matrimonio, etiam non facto prius marito reo lenocinii, sed non ab ipso marito: maritus quamdiu retinet vxorem, nec adulterum potest accusare. Et vt ita accipiam §. *volenti*, id est, de marito non de extraneo, omnino persuadent Basilica, a quibus abest ille §. *volenti*. Sicut etiam ab eis abest *lex.* 11. *h. tit.* quæ idem continet, & vt vtraque absit eadem est ratio, quia scilicet *Nouella* 117. mulier constante matri- D monio a marito adulterii accusari potest, non ab extraneo, quod tamen §. *volenti, & lex 11.* marito denegauit, & consentit omnino *cum Nouel. lex constante, D. eod. tit.* dum ait, *constante matrimonio, eum qui extra maritum ad accusationem admittitur*, id est, *extraneum non posse mulierem retentam in matrimonio adulterij accusare.* bene, *extra maritum.* Nam maritus potest ex illa Nouella, quare ea lex etiam non abest a Basilicis: Nam Basilica eas tantum leges prætermiserunt, quas Nouellæ abrogarunt. Recte etiam ait *h. l.* 5. *Continuum quinquennium*: nam adulteræ accusandæ sex menses sunt vtiles, non continui: adultero accusando quinquennium est continuum. Et l. 5. est de adultero, non de adultera. In E adultera *6.* menses, qui præscripti sunt, vtiles sunt, non continui. Ita tamen, vt non possint excedere quinquennium continuum *dict.* §. *sex mens.* Nam potest euenire, vt 6. menses vtiles protrahantur in decennium. Quidni? Vnde sic statuamus. Communis est præscriptio quinquennii continui adulteri & adulteræ, si *6.* menses vtiles trahuntur in longius tempus. Propria autem est adulteri præscriptio quinquennii continui, & adulteræ *6.* mensium vtilium, si sex mensium vtilium breuius sit spatium, quam quinquennii continui. Fauet hac in re lex Iulia fœminæ plus, quam mari, data fœminæ breuiori præscriptione temporis, id est, quæ possit esse breuior quinquennio continuo, nec longior quinquennio continuo, lege sex mensibus vtilibus dante finem certum. Vtiles menses sunt, qui constant dieb. 30. vtilibus singuli, & vtiles dies sunt, quibus accusator accusationis solemnia implere potuit, neque districtus munere publico (vt *l. 15. & 21. h. t.*) neque alio impedimento iusto, vt *l. miles* §. *quidam, D. eod. tit.* & quibus in publico facultatẽ habuit adeundi iudicis, vt in *l. seq. & in l. miles 60. D. eod.* quibus inquam in publico facultatem habuit adeundi iudicis, & postulandi rei, & dandi libelli accusatori, (quod potest fieri de plano extra curiam & tribunal) etiamsi igitur iisdem diebus non potuerit exercere iudicium adulterii, id est, etiamsi dies iudiciarii non fuerint, hi sunt dies vtiles.

Ad L. VI.

Iure mariti adulterij accusare volenti, sexaginta dies vtiles computantur: quibus in publico eius facultas fuerit, apud quem reus, vel rea postulari potest. & cum præterierint dies isti vtiles, maritus quoque iure extranei agere potest. Et qui confidit accusationi, calumniæ notam timere non debet. Nam ad probationem sceleris diui parentes mei, quæstionem de mancipijs eodem modo haberi permiserunt, quasi iure mariti ageretur.

EX illis *6.* mensibus a die diuortii intra quos adultera accusanda est, primi duo menses, id est, *60.* dies vtiles marito dantur ad accusationem vxoris adulteræ, iure mariti, iure viri, vel patris, ad accusandam filiam adulteram iure patris. Et hos *60.* dies proculdubio (vt omnes sciunt) intelligit Tacitus 2. Annal. quo loco maritus quidam dicit, *se in vxore adulterij manifesta nondum omisisse vltionem legis Iuliæ, sed sibi datos 60. dies ad consultandum, ad parandam & instruendam accusationem.* Notandum est valde, quod nescio an adhuc quisquam audierit, hodie iure mariti, aut patris adulteram tantum accusari, quæ sit vxor vel filia accusatoris, non (vt communis existimatio est) adulterũ: Nã & adulter patri vel marito, & vicissim pater vel maritus adultero extraneus est. Et vulgo male legitur in *l. si adult.* §. *pen D. eod.* libertũ iure mariti patronum accusare posse: ergo adulterũ. Nam ea vox [*patronum*] abest a Florent. Digestis. Et debet igitur intelligi de patrona, quæ iure nupsit liberto, vt in casu leg. *si patrona, D. de ritu nupt.* Patronam iure mariti acccusare potest. Patronum quis non potest accusare, nisi iure extranei, atque ita famam eius lacessere & existimationem traducere, vel deprehensum in adulterio occidere non potest etiamsi sit infamis, & propudiosus homo. Ergo hæc stet sententia, iure mariti vel patris accusari tantum adulteram, non adulterum. Ius patris vel mariti est priuilegium, vt ait *d. l. mil.* §. *sexaginta*, id est, vt eo iure præferatur maritus, vel pater aliis omnibus accusatoribus, qui accusare instituunt adulteram, cum scilicet agitur de eligendo accusatore vno ex pluribus, de iusto accusatore constituendo, quæ actio dicitur diuinatio. Ergo ius mariti vel patris hoc est, vt præferatur ceteris omnibus accusatoribus, *l. is cuius* §. *pen. D. eod.* Sed cum pater, vel maritus simul veniunt ad accusationem, tum maritus præfertur patri, quia verisimile est, maritum propensiore ira exsecuturum accusationem *l. 2.* §. *vlt. D. eod. tit.* & mortuo marito intra *60.* dies vtiles, intra quos consistit ius mariti, aut facultas accusandi iure mariti, tum succedit pater, & accusare potest iure patrio, *l. sed si maritus, ff. qui & a quib. manumiss.* ius etiam patris & mariti hoc est, vt sine calumniæ pœna vincantur, id est, vt etiamsi non damnauerit ream non sufferat talionem, siue parem vindictam, quæ est calumniæ pœna, quod probat aperte lex *auxilium*, §. 1. *ff. de minor.* victum patrem scilicet vel maritum, qui accusauit iure mariti, vel patris intra *60.* dies vtiles, non teneri calumniæ nomine. Et apertius Paulus

Paulus *libro singul. de adulter. iure mariti*, inquit, *vel patris, qui accusat, potest sine calumniæ pœna vinci.* Et ratio est euidens, quia nec subscribit in crimen, *l. 30. h. tit.* Ex quo sequitur necessario, vt etiamsi desistat ab accusatione sine venia, id est, sine abolitione, non incidat in Senatusconsultum Turpillianum, quia generaliter verum est, eum, de cuius calumnia agi non potest, si vincatur, nec si desistat, incidere eum in Senatusconsultum Turpillianum *l. in SC. §. vlt. ff. ad Senatusc. Turpillian.* Et tamen (quod mirum est) aperte ait *l. is cuius §. vlt. D. ad leg. Iul. de adulter.* eum, qui accusat iure mariti, non euitare periculum calumniæ. Et similiter lex *pater eod.* patrem sine calumniæ periculo non posse agere, quod vtique est accipiendum de patre accusante iure suo, iure patrio. Pater ergo, qui accusat iure proprio, B & priuilegiario, non publico & communi, non accusat sine periculo calumniæ: verum facile est se ab hac difficultate expedire. Et primum placet, quod Paulus dixit *supra, eum qui accusat iure mariti, vel patris posse vinci sine pœna calumniæ*, quod vtique fiet, si bona fide instituerit accusationem. Sed contra etiam dicendum est, eum non posse vinci sine pœna calumniæ, puta si mala fide & calumniandi animo, hoc est, vexandi innocentis mulieris causa prosilierit ad accusationem, & ob id lex *is cuius §. vlt. qui iure mariti accusat*, inquit, *periculum calumniæ non euitat*, id est, non omnino euitat. Euitat, si iusto dolore & falsa suspicione ductus accusationem instituerit: non euitat, si palam fit, eum instituisse calumniandi animo, scientem, non ignarum innocentiæ mulieris, si manifesta fuerit calumnia, quæ nunquam debet esse impunita in quoquam, vt *l. 2. in fine, sup. qui accus. non poss.* quam & in eam rem attulit recte Accurs. in hunc locum. Et ita ad leg. *pater*, dicemus, patrem non C posse patrio iure agere sine periculo calumniæ, nimirum hoc esse verum, si calumnia fuerit euidens, si mala mente instituta sit accusatio, si simultate & maleuolentia arcessita sit accusatio. Et secundum hanc distinctionem etiam explicabo, quod ante dixi, eum qui accusauit iure mariti, vel patris, si desistat, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum & legem Petroniam; vtrũque ius habet nomen a Petronio & Turpilliano Cõsule. Eum igitur, qui accusauit iure mariti, vel patris, non incidere in Senatusconsultum Turpillianum, vel legem Petroniam, etiamsi desistat sine abolitione. Cui sententiæ aduersatur lex 16. *hoc tit.* quæ dicit, eum, qui accusauit iure viri vxorem suam, si desistat sine abolitione, incidere in Senatusconsultum Turpillianum, & D legem Petroniam, id est, in pœnam eius legis, nec amplius ei superesse ius accusandæ adulteræ, quod & ita est proditum in *l. quæsitum §. vlt. ff. eod.* Verum adhibenda est superior distinctio, vt quo casu cum eo agi potest de calumnia manifesta si desistat, etiam incidat in Senatusconsultum Turpill. non etiamsi bona fide ad accusationem accesserit, quo casu nec calumniæ tenetur, nec si desistat, Senatusconsulto Turpill. Mittamus multas alias interpretationes huius rei: Hæc est euidentissima. & tantum pro coronide adnotemus. Excepto patre vel marito, qui accusat iure patris vel mariti intra 60. dies vtiles, vt hæc l. 6. declarat, alium, qui accusat iure extranei, id est, iure publico, vel patrem etiam ipsum aut maritum, qui accusat iure extranei, post 60. dies vtiles, E post quos amisit priuilegium suum, id est ius mariti vel patris proprium. Denique quicunque accusat iure extranei publico, etiamsi bona fide accesserit ad accusationem, nõ calumniandi animo, calumniæ teneri potest, & vinculo inscriptionis, sine qua non admittitur ad accusationem, nisi sit maritus minor 25. annis qui accuset iure extranei, vt *l. 15. §. lex, ff. eod.* Vnde Paulus recte supradicto loco, *Pater & maritus*, inquit, *si iure extranei accusat, potest calumniæ pœna puniri, sed tantum post duos menses.* Verum hæc lex 6. addit, patrem vel maritum, qui post duos menses accusat iure extranei, si con-

A fidat accusationi suæ, si credat se iure adulterum, non admodum debere timere periculum calumniæ, quandoquidem ex constitutionibus Seueri & Antonini, quod etiam dixi in l. 3. & in caput adulteræ serui eius torqueri possunt. Quod non obtinebat l. Iulia, vt scilicet torquerentur serui in caput adulteræ, aliquo accusante iure extranei. Sed hodie obtinet ex constitutionibus *l. extrario ff. de quæst.* Ergo, *maritus*, inquit, *vel pater, qui confidit sua accusationi, audeat accusare, quia etiamsi accuset iure extranei, perinde est, ac si accusaret iure mariti.* Hodie ex constitutionibus potest postulare seruos vxoris exhibendos quæstioni, quod l. Iulia tantum postulare poterat, qui iure mariti vel patris accusabat vxorem adulteram. hodie & qui iure extranei. Et ita est explicanda *l. 6.* Ex qua intelligimus post 60. dies vtiles, id est, primos duos menses vtiles, qui reseruantur soli marito, vel patri, intra reliquos 4. menses (nam adulteræ accusandæ dantur 6. menses) maritum & patrem & alium quemlibet iure extranei seu publico accusare posse adulteram, vt *l. 4. §. 1. & l. miles §. sexaginta, ff. eod.* Post 6. menses elapsos vtiles nemo admittitur ad accusationem adulteræ.

Ad L. VII.

Propter violatam virginem adultam, qui postea maritus esse cœpit, accusator iustus non est: & ideo iure mariti crimen exercere non potest, nisi puella violata sponsa eius fuerat. Sed si ipsa iniurias suas adsistentibus curatoribus, per quos etiam negotia eius gerenda sunt, persequatur, præses prouinciæ pro debita tanto delicto, si probetur, seueritate examinabit.

PRimum velim vos id mutare, & retractare, quod tentabam nudiustertius, iure mariti, vel iure patris accusari tantum adulteram, non adulterum: Nam in *l. si adulterum §. pen. ff. eod.* licet absit vox [*patroni*] tamen & recte subintelligitur, patronum a liberto accusari iure mariti. Et hoc quoque, id est, etiam adulterum accusari iure mariti, satis aperte demonstrat *l. 6. §. vlt. ff. eod.* cum ait, *maritum, qui duos reos delatos habet ex alio & alio crimine, posse tertium accusare iure mariti.* Et apertissime *l. 6. h. tit.* cum ait, *iure mariti reus vel rea.* Ergo iure mariti fit non tantum rea, sed etiam reus. Hoc posito & absoluto, ad leg. 7. (quæ hoc etiam confirmabit) notandum est, iure mariti accusari non posse vxorem ex eo adulterio seu stupro, quod commisit antequam esset vxor, *l. si vxor §. si quis vxorem, & §. pen. ff. eod.* Iure extranei accusari potest, nisi vis ei sit illata, quia & de stupro iudicium publicum est: iure mariti non potest. Cum ergo agetur de iusto accusatore constituendo, qui postea maritus esse cœpit, non præferetur extraneo accusatori, si extraneus sit potior, & idoneior innocentia & dignitate, vel ætate, vel opibus. Sed hoc ita verum est, nisi qui postea maritus esse cœpit, sponsus eius fuerit eo tempore, quo stuprum passa est: Namque in ea accusanda spõsus ius habet præcipuũ, sponsus priuilegium habet, & idem omnino ius quod maritus. Denique iure mariti eam accusare potest ex rescripto Seueri & Antonini *d. l. si vxor §. Diuus, & §. pen.* quia, vt ait, neque matrimonium qualecunque, neque spem matrimonii violare permittitur, & sponsalia sunt spes matrimonii, *l. 6. ff. de spons.* neque nuptam, neque speratam violare permittitur, aut neque hæc neque illa pudicitiam suam prosternere debet, aut potest illæso sponso vel marito. Vnde quod ita Paulus scribit *libro singulari de adulteriis, in vxorem adulterium vindicatur iure mariti, non etiam in sponsam*, hoc est verum ex lege Iulia, non ex rescripto illo Seu. & Ant. Et quod subiicit idem Paulus, *Seuerus quoque & Antoninus ita rescripserunt*, nimis est concisum. Ceterum quis non præsentiet eo significari, in sponsa quoque ex eo rescripto

adulterium ita vindicari, id est iure mariti. Idem caueri in *h. l.* plerisque videtur, quod illo rescripto Seueri & Antonini. Sed non cauetur idem omnino, quoniam *h. l. 7.* non quærit de puella, an possit accusari adulterii vel stupri ab eo, qui postea maritus esse cœpit, qua de re est rescriptum Seueri: sed quærit de illo, qui eam constuprauit an possit accusari iure mariti ab eo, qui postea maritus eius puellæ esse cœpit. Et ad exemplum puellæ tamen ait, eum quoque non posse accusari iure mariti ab eo, qui postea esse cœpit maritus, nisi sponsus eius fuerit tempore commissi stupri in puellam virginem, in innuptam. Vt igitur ex rescripto Seueri puella non potest accusari iure mariti ab eo, qui post stuprum maritus eius esse cœpit, nisi tempore stupri admissi sponsus eius fuerit, ita stuprator ab eo non potest accusari iure mariti ex *h. l. 7.* nisi eo tempore sponsus eius fuerit. Et addit hæc *l. 7.* etiam puellam ipsam agere posse in stupratorem de stupro sibi illato, cum esset virgo, licet nulla vis adhibita fuerit. Non est necesse, vt ponamus quod Græci faciunt hoc loco, fuisse virginem tenellam, impubetem, immaturam viro. Nam etiamsi in virginem adultam commissum sit stuprum sine vi, in volentem, stuprum l. Iulia vindicatur: quin imo ipsamet, licet vim nullam passa sit, queri ea de re potest, & cum stupratore ex postulare, quod ab eo imminuta sit, & deintegrata, vt Cæcilius loquitur, præsentibus scilicet curatoribus, quoniam adolescentes non possunt accusare sine consilio curatorum & præsentia, *l. 2. ff. de accus.* Et hodie sine auctoritate *l. 4. sup. de auct. præst.* Ergo in virginem cuiuscunque ætatis commissum stuprum sine vi vindicatur, vel a puella ipsa, vel ab alio. In deuirginatam autem, quæ virum est experta, non maritum, id est, quæ neque virgo est, nec vidua, veluti cum meretrice, stuprum non committitur, aut impune committitur, neque ab ea, neque ab alio vindicari vlla lege potest *l. 23. h. tit.* Et est illud crimen canonicum, non ciuile, vt recte glossa in *Can. nemo 32. quæst. 4.* quoniam id vindicat ius Canonicum forte, non ius ciuile. Denique id tantum stuprum vindicatur, quod in viduam, vel virginem committitur, non quod in non virginem nunquam legitimas nuptias expertam. Nec obstat, quæ posset obiici *l. 20. h. tit.* quoniam non dicit eam, quæ pudorem suum prostrauit alienis libidinibus, puniri stupri pœna, id est, non dicit, meretricem puniri stupri pœna l. Iulia, sed eam leges vlcisci, quod honestioribus viris, veluti Senatoribus sit eius nuptiis interdictum eadem l. Iul. quod palam corpore pecuniam quæsiuerit, quod ea lex ait ad differentiam eius mulieris, quæ vi compressa est, cuius nuptiæ nemini sunt interdictæ, cuius etiam fama manet integra, meretricis autem fama non est integra.

Ad L. VIII.

Reos adulterij duos simul marem & fœminam ex eadem causa fieri lex Iul. de pudicitia vetat, sed ordine peragi vtrosque licet.

Sequitur in *l. 8.* quod altiorem indaginem requirit, commune crimen adulteri aduersus duos, adulterum & adulteram lege Iulia, iure publ. vel iure patris, aut mariti simul intentari non posse. Ita fuit cautum nominatim l. Iulia, ne vnus idemque accusator & adulteram & adulterum, simul reum postularet adulterii *l. vim §. duos ff. eod. l. 1. §. atque in idem ff. ad Senatusc. Turpill.* Sed *h. l.* ait, *vtrumque ordine reum peragi debere.* Incipiet autem accusator a quo volet, si diuortio facto, quod poni necesse est, vidua permanserit mulier. Hoc casu electio rei datur accusatori *l. si maritus §. pen. & vlt. l. nihil §. vlt. ff. eod.* Quod si post diuortium adultera alii nupserit, prius est peragendus & condemnandus adulter, quam adultera, nec statim est lacessenda fama mulieris iam alii nuptæ: sed hoc casu ab adultero est incipiendum, nisi accusator ante secundas nuptias mulieri denuntiauerit, ne nuberet: se eam adulterii in primo matrimonio commissi ream facere velle, *l. 2. l. 5. & l. miles §. licet, l. vim §. nupta ff. eod. l. 5. in fine ff. de accusat. l. 14. & 28. h. tit.* In *l. 14.* vel in *l. si dum*, ait, *si dum in tuo matrimonio vxor tua esset (sic est legendum) se adulterio polluit in ea prouincia in qua adulterium factum est, more solito persequi debes.* Quid sit more solito, mox explicat dum ait, *nec enim ab ea quæ iam nupta, &c. 1.* ita debes adulterium persequi, vt non incipias ab adultera quam domo exegisti, cum iam sit alii nupta, sed ab adultero, nisi denunciatio accusatoris præcesserit nuptias. Et secundum hanc distinctionem accipiendum est, quod in hac l. notant Basilica, hunc esse ordinem, vt incipiamus ab adultero scilicet si iam alii sit nupta: nam si vidua permansit, electio est accusatoris a quo velit incipere. Quamobrem tametsi quis a seruo suo in vxorem suam adulterium esse commissum dicat, si modo ea mulier diuortio facto perseuerauerit in viduitate, hodie post rescriptum D. Marci, quo dominus non potest statuere sine iudicio in seruum adulterum, sed necesse habet eum accusare in iudicio, si volet, poterit a seruo incipere accusationem *l. 5. ff. de accusat.* At ante D. Marcum (quod notandum) quia domino licebat torquere, & punire seruum suo arbitratu ex adulterio in vxorem suam commisso, tum rescripto D. Pii, qui fuit ante Marcum, declaratur, accusandam potius fuisse mulierem, quam torquendum seruum pro libidine domini, in præiudicium mulieris. Et ita habita hac distinctione iuris & Imperatorum explicanda est *l. si quis adulterium, D. ad leg. Iul. de adulter.* Nunc ad hæc quæramus, cur commune crimen incestus aduersus duos simul ab eodem intentari possit, quod est certissimum, *l. qui pupillam §. vlt. l. vim §. pen. eod.* Et tamen commune crimen adulterii aduersus duos simul, marem & fœminam, eodem tempore ab eodem intentari non potest. Vulgo non quæritur ratio differentiæ. At hac de re interrogatus, primum dicam, adulterii vtcunque simul ab eodē reum fieri non posse, adulterum & adulteram, quia, vt ait hæc *lex octaua*, hoc ne fiat lex Iulia vetat nominatim: In crimine autem incesti, id nulla lex vetat, & ideo consequens est, nos in crimine incesti, quod lege exceptum non est, debere sequi ius commune, quo quidem est receptum, vt etsi non cogatur quis inuitus plures simul ex communi crimine reos facere, *l. Diui Fratres D. de accusat.* vltro tamen, & sua sponte plures eiusdem criminis reos simul facere possit in *l. 1. sup. si reus vel accus. mort. fuer.* Ius commune denique sequimur in crimine incesti, quia nulla lege est exceptum, non in crimine adulterii, nam lex Iulia excepit, ne ab eodem fierent simul ambo rei, mas & fœmina. Nam & similiter in crimine adulterii serui torquentur in caput domini, quia hoc l. Iulia permisit nominatim, *l. si postulauerit §. haberi eod.* In crimine autem incesti licet sit grauius, vel in crimine stupri, serui non torquentur in caput domini, quia in eo crimine nulla lex id permisit, & ideo sequimur ius commune, & regulam iuris, siue vetustissimum Senatusconsultum, *ne serui torqueantur aduersus dominum.* Cur vero lex Iulia noluerit in adulterio ius commune seruari, id est, cur vetuerit ambos simul deferri adulterii reos, non hæc est ratio, ne traducatur par amantium, cum traduci posset a diuersis, alio scilicet accusante adulterum, & alio adulteram *l. denuntiasse §. quæritur eod.* & ambo tantum prohibeantur adulterii postulari simul ab eodem, non a diuersis. Sed ratio legis hæc est, vt cohibeatur nimium studium accusatoris, qui hac in causa vno reo non est contentus: Neque enim ex lege Iulia tam est acerba huius criminis executio, quam ceterorū. Nam & breuitate temporis constringit crimen, id est, quinquennio continuo, vel sex mensibus vtilibus, & variis præscriptionibus crimen eludi patitur *l. 28. hoc tit.* &

& minores 25. annis, qui in aliis causis admittuntur, ab accusatione huius criminis repelluntur, *l. si maritus §. lex. eod.* nisi suam persequantur iniuriam, id est, nisi suum matrimonium vindicent: Nam & ad suum matrimoniũ vindicandum etiam infames, & qui alias accusare prohibentur, admittuntur, non tantum intra primos duos menses, id est, intra sexaginta dies vtiles, quibus agunt iure mariti, sed & intra reliquos quatuor menses vtiles, mariti, qui alias accusare non possunt, accusare permittuntur, & suam iniuriam persequi. Nam nunc de marito tantum accipi velim, quod ita Paulus scripsit *libro singul. de adulter. intra quatuor menses vtiles expertus*, maritus scilicet, de quo ante dixerat, *licet talis sit, qui alias accusare non posit, vt libertinus, aut minor viginti quinque annorum, aut infamis, tamen ad accusationem admittitur,* quia suam vindictam exequitur. Et hoc habet intra quatuor menses vtiles plusquam extraneus, licet non agat nisi extranei iure. etiam hac in re, cum agit extranei iure mariti conditio spectatur. hoc quia iam satis intelligimus, restat tantum, vt quæramus, an sicut, cum coniunctum est adulterio incestum, serui torquentur in caput domini, vt est scriptum in *l. vim §. vlt. ff. eod. l. si quis viduam, ff. de quæstion.* si agatur tantum incesti, non torquẽtur: si adulteri tantum, torquentur: si incesti adulterii, etiam torquentur: an etiam cum incesto iunctum est adulterium, duo simul ab eodem vno tempore vnoque libello accusari possint, adulter & adultera: quod definitum non inuenitur. Et tamen dicam posse, si agatur incesti, ambo in accusatione iungi possunt: si adulterii, iungi non possunt. si incesti adulterii, dico in accusatione iungi posse, quoniam quoties vtrunque simul crimen concurrit, id semper sumimus quod in altero e duobus durius est iure constitutum: vt similiter, si incesto iunctum sit adulterium, dicimus crimen non tolli præscriptione quinquennii, vel sex mensium: si agatur incesti & adulterii sane non tollitur illa præscriptione, sed tantum vicennii: si adulterii tantũ agatur, tollitur præscriptione quinquennii, quia sumimus quod in alterutro crimine est durius constitutum, *d. l. vim §. præscriptionem.* Et ita si incesto iunctum sit adulterium, & sit incestum, quod committatur iure ciuili, veluti cum sororis filia, non iure naturali, non iure gentium, veluti cum parentibus vel iis, qui parentum loco sunt. si igitur incesto iure ciuili iunctum sit adulterium, ignorantia non excusat mulierem, quod tractatur in *l. si adul. cum incestu ff. eod.* Si commissum sit tantum incestum iure ciuili, ignorantia excusat mulierem, quia potest ius ciuile ignorare, si tamen adulterium sit commissum, eam non excusat ignorantia, quia adulterium iure naturali, siue gentium est probrum *l. probrum, ff. de verb. sign.* Lactant. 6. Inst. *Corrumpere*, inquit, *alienum matrimonium etiam omni gentium iure damnatur.* Et Cassiod. de adult. 1. variarum: *Omnibus*, inquit, *animantibus inimicum est, quod lege naturali damnatur. & mulieri non licet ius naturale ignorare, nec vlli alij*, quod insitum est, & inhæret mentibus nostris *l. 2. sup. de in ius voc.* Et Menander, οὐκ ἔστιν τοὺς φύσεως λαθεῖν νόμους. Quod si incesto iure ciuili iunctum sit adulterium, etiam dicam consequenter superioribus, ignorantiam non excusare mulierem, quia semper sumimus quod est grauius crimen, quodue in alterutro e duobus criminibus durius iura constituerunt.

Ad L. IX.

Castitati temporum meorum conuenit, lege Iulia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseuerare. qui autem adulterij damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem euaserit, sciens duxerit vxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinij punietur.

LEx 9. huius tit. est de pœna adulterii. de ea igitur nobis hodie tractandum est. Et non fuisse eam capitalem leg. Iulia, id est, non irrogasse mortem, vel deportationem, facile credo: tum quia, vt heri dicebam, ex ea lege non fuit tam seuera huius criminis executio, quam cæterorum: tum etiã quod nominatim Græci interpretes ad *l. transigere, sup. de transact.* scribunt, adulterium non fuisse capitale crimen secundum veteres leges, nec secundum constitutiones Hermogeniani & Gregoriani Codicis. κατὰ τοὺς παλαιοὺς νόμους, καὶ τὰς ἐν τῷ Ἑρμογενιανῷ καὶ Γρηγοριανῷ διατάξεις. Sed dico hoc non efficere necessario caput legis Iuliæ, quo vetamur damnatam adulterii vxorem ducere, vel reducere, *l. mariti §. 1. ff. eod. l. 1. §. 1. ff. de concub.* quia addi potest hæc conditio, quæ additur in *h. l. 9.* si quocunque modo capitalem pœnam euaserit, gratia scilicet, vel legis auxilio, vt ait *l. denuntiasse §. vlt. ff. eod.* præscriptione, vel excusatione aliqua legitima. Ergo apposita simili conditione licebit mihi semper intelligere damnatam adulterii, quæ quocunque modo euasit capitalem pœnam, exemplis etiam sumptis ex variis auctoribus, quæ etiam suppetunt innumera, si quis vtatur, quib. doceatur, relegatos fuisse plerosque adulteros, & adulteras, quæ est mitissima pœna, quia caput non minuit, id est, neque libertatem, neque ciuitatem adimit, neque etiam adimit bona: sed qui relegatur, amouetur tantum e conspectu, & amandatur. Contra vero proferam multa alia exempla, quibus probabo, etiam plerosque adulteros fuisse morte mulctatos, vt Iulium Antonium, & alios plerosque ex adulterio commisso in filiam Augusti vxorem Tiberii apud Dionem 55. quanquam & ex eodem adulterio addat, & plerosque alios fuisse relegatos, ex quib. proculdubio fuit Ouidius: quod non viderit quidquam, vel quod scripserit artẽ, sed quod solebat cũ Iulia. Melius vero probabo adulterii pœnam nõ fuisse capitalem ex l. Iulia, *l. si quis viduam ff. de quæst.* qua duplex crimẽ incesti & adulterii deportatione vindicatur, quod argumentum præbet, simplex adulterium vindicari molliori pœna, quæ post deportationem vtiq; est relegatio. Idem etiam bellissime ex eo probari potest, quod lenocinii pœna, quæ eadem est, quæ adulterii, *l. 2. §. lenoc. l. qui domum ff. eod. l. auxil. ff. de min.* in milite exauctoratio & deportatio est *l. mil. init. ff. eod. tit. de adult. coerc.* quia sc. in milite exasperatur crimen, vt de crimine maiestatis dicitur *l. 7. §. vlt. ad leg. Iul. maiest.* cũ scilicet, *vt ait*, miles violauit statuas, & imagines principis, & intelligit imagines, quæ sunt in signis militaribus. Vnde & in exercitu imaginarii sunt apud Vegetium, qui Imperatorum imagines portant, & primam cohortem, *Imagines*, inquit, i. *diuina & præsentia signa venerari.* Tertul. in Apol. *Religio castrensis signa veneratur, & imaginum suggestus insignes.* Verum ad rem, sic argumentor: si, vt solent cetera crimina, ita in milite crimen adulterii exasperatur, propter quod miles deportetur in insulam, consequens est in pagano mitius adulterium vindicari. Non potest autem mitius nisi vel relegatione, vel damnatione in opus publicum. vel mulcta aliqua maiore pecuniaria. Fateor igitur l. Iuliæ de adulteriis pœnas non fuisse capitales, sed non nego etiam, quin fuerint tamen plerique adulteri ex speciali quadam causa, & peculiari, vel extra ordinem capite damnati, vt ille Iul. Antonius, quod soleret cum filia Augusti spe occupandi imperii. Si qui igitur sunt capite damnati, id factum est extra ordinem motu principum, & tandem constitutionib. principum, maxime iis, quæ sunt in Cod. Theod. adulterium factum est capitale crimẽ, i. quod in quibusdam reis ante principes fecerant capitale, id tandem in omnib. reis factum est capitale nouissimis constitutionibus. Et Imp. quidem Alexand. in *h. l. 9.* quia iam pœna adulterii exolescere incipiebat, & l. Iul. dormire, vt Satyricus loquitur, sicut Appianus in Lybico: κοιμάσθων οἱ νόμοι τήμερον: *Dormiant*, inquit, *hodie leges*, ait Alexãd. in *h. l. castitati*, disciplinæ, sectæ suorum temporum conuenire, vt adulterii damnata in pœnis legitimis perseueret, nec exolescant pœnæ adulterii legitimæ, vt perseuerent, vt quæ

damnanda est adulterii, damnetur pœnis legitimis, & adeo capite plectatur, sicut plerunque principes solebant decernere. Verum addit hæc lex, quæ ita explicanda est, is qui forte non damnatam capite, quia scil. euasit aliquo modo, & elusit crimen aliquo modo, is, *inquam*, qui non damnatam capite duxerit, vel reduxerit vxorem, vt relinquatur pœnis l. Iuliæ, quæ non sunt capitales, tanquam leno. Et ita est explicanda h. l. 9. cui addi velim, quod est proditum in extremo *l. 30. inf. sacrilegos nuptiarum puniri gladio*, & quod in *l. transigere, sup. de transf.* adulterium esse capitale crimen, i. irrogare pœnam sanguinis, pœnam vltimam. Nam in *l. transigere*, capitale crimen specialiter accipitur pro eo, quod infert mortē reo, licet generaliter etiam capitale dicatur, quod infert deportationem, quia caput eximit de ciuitate deportatio cum publicatione omnium bonorum, & est quasi mors ciuilis. Item quod est in *l. 4. C. Th. quorum appellat. non recip.* longe amplius sacrilegos nuptiarum tāquam manifestos parricidas, vel culeo insuendos, vel exurendos esse. Et quod *l. 2. C. Th. de indulgent. criminũ*, quinque crimina potissimum esse capite luenda, maiestatis, homicidii, veneficii, adulterii, raptus. Item addi velim etiam, quod auctores multi, qui sub Imperatorib. fuerunt, adulterii crimen capitale faciunt. Arnob. 4. *aduersus gentes: Adulterium*, inquit, *leges vindicant, & capitalib. afficiunt eos pœnis, quos in aliena comprehenderint fœdera genialis se lectuli expugnatione iecisse.* Et Apuleius 9. Metamorph. *Ne iuris quidem seueritate, lege de adulteriis in discrimen vocabo capitis.* Et Saluianus 7. de prouidentia Dei: *addiderunt*, inquit, *ad libidinem cōprimendam seueras pudicitiæ leges, decretorum gladio impudicitiam coercentes, vt puritatem vtriusque sexus, & domi connubij seruaret affectus, & in publico metus legum.* Sub Valentiniano etiam ex Ammiani Marcellini 28. *intelligimus Cethegum Senatorum quendam reum adulterij delatum periisse abscissa ceruice.* Sic igitur statuamus: l. Iulia crimen adulterii non fuisse capitale: constitutionibus quorundam principum primum etiam vetustiorum, & Augusti ipsius auctoris legis Iuliæ fuisse capitale, & tandem constitutionibus ad vnum omnium.

Ad L. X.

De crimine adulterij pacisci non licet: & par delictum est accusatoris præuaricatoris, & defugientis veritatis inquisitionem: qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Iuliæ de adulteriis tenetur.

IN hac l. 10. proponitur initio, de crimine adulterii pacisci non licere, i. non licere per l. Iuliam, quia lex Iul. excipit nominatim, ne accusator cum reo adulterij paciscatur, vel transigat. Liceret, si lex non excepisset, sicut M. Tull. ait pro Balbo, *si exceptio facit, ne liceat*, inquit, *ibi necesse est licere, vbi non est exceptum.* Liceret ergo pacisci vel transigere de adulterio, si l. Iulia hoc non excepisset: sicut & de alio quocunque crimine capitali transigere licet *l. transigere, sup. de transact.* quia, vt alias dixi, omnis est ratio honesta seruandi sanguinis, & expediendæ salutis, *l. 1. ff. de bon. eor. qui sibi mort. consc. l. vlt. ff. de præuaric.* At non licet transigere de adulterio, quia id l. Iulia excepit. nec ea exceptio constitutionib. est abrogata, licet pœna, quæ non erat capitalis, constitutionibus versa sit in capitalē pœnā: l. Iul. sublata est: exceptio tamen illa non est sublata. Hinc fit, vt etiamsi adulterium hodie sit capitale, nō possit tamē de eo transigi, & possit tamē de alio quolibet capitali, quia exceptio l. Iuliæ quę non est abrogata sicut pœna, facit ne liceat transigere: non est quærenda alia ratio. Nam ne dicas exceptionem abrogatā esse per consequentias, quia nil legum abrogatur vel derogatur per consequentias, vel per Satyram: fateor esse cōsequens, vt si adulterium sit capitale, liceat de eo transigere, quoniam omnis est honesta ratio redimendi sanguinis, sed tamen non admittimus hanc cōsequentiam, quia l. Iul. vetat transigere. Cui capiti non est nominatim derogatum vlla constitutione. qui aliā quæsierit rationem idoneam adulterii excepti, frustra fuerit diligens. Merito autem l. Iul. exceperat, ne liceret transigere, vel pacisci de adulterio, quia ex ea lege adulterium non erat capitale: & turpe est pacisci de crimine non capitali: nam hoc non est tam pacisci quam fateri crimen, *l. si quidem, sup. de contrah. stipul.* & in criminibus, quæ non sunt capitalia, i. ex quib. pœna mors non est, *vt ait h. l.* 10. par est delictum accusatoris præuaricatoris, i. qui se vinci patitur cum reo ex compacto habito colludio, & rei fugientis veritatis inquisitionem. Iamdiu emendaui, *rei fugientis* pro *refugientis* & rei fugientis, recte: Nam & in *l. Imperatores D. de iure fisci*, reus, qui paciscitur cum aduersario, vel corrūpit iudicē, dicitur omittere, seu fugere causæ inquisitionem. Par ergo est delictum accusatoris, qui præuaricatur, & rei qui fugit veritatis inquisitionem in crimine non capitali. Ergo punitur vterque propter pactionem, vel transactionem illicitam. At hodie adulterio facto capitali, nec tamē de eo permissa nominatim transactione, sed manente exceptione l. Iuliæ, ne de eo transigatur, dicemus in aliis criminib. capitalibus non esse par delictum accusatoris præuaricatoris & rei fugientis veritatis inquisitionē: præuaricatorem. n. puniri Senatusc. Turp. reum, qui transigit, & pecunia aliaue pactione vitā suam tuetur, & redimit, non puniri. In adulterio tamē, licet hodie sit capitale, par esse vtriusque crimen, & vtrunq; puniri. Et ita est explicanda prima pars huius legis. Altera pars & vltima quę etiam vulgo male explicatur, sic est intelligenda, vt l. Iul. puniatur is, qui pro comperto, & deprehenso stupro pretium accipit. In hac parte iam non loquitur de accusatore, vt in prima, sed de eo, qui deprehendit adulterum ἐν ἔργῳ, & dimittit accepta, vel promissa, & cauta pecunia, *vt l. martii §. 2. ff. eod.* Hoc vero casu non punitur adulter deprehensus, qui se redemit, ne proderetur & accusaretur, vel ne occideretur in ipso actu, quia non corrupit iudicium, sicut ponitur in prima parte, præuaricatum fuisse accusatorem, quod nōn fit nisi corrupto iudicio. Hoc ergo casu, de quo in secunda parte huius legis, non punitur adulter, sed qui accepit pretium pro comperto adulterio, is solus punitur non capitali pœna, sed l. Iulia, vt ait. Et huc pertinet *l. nec timor & l. isti quidem, ff. de eo quod met. caus.* Gratis quidem qui dimittit deprehensum, non punitur *d. l. mariti §. plectitur*, sed is solum & solus punitur, qui deprehensum dimittit turpiter accepta pecunia, & relinquitur pœnis legis Iuliæ.

Ad L. XII.

Etsi crimine adulterij damnatus restitutus non esset, vt proponis, si tamen soror tua, cum qua adulterium commissum dicebatur non est accusata, nec pœna, nec infamiæ subijci potuit, & multo magis cum & accusatorem vita esse functum proponas.

LEx, *etsi crimine*, vulgo male Alexandro adscribitur: est enim Gordiani, vt tres quæ sequuntur, vt *l. adulter. & l. si dum, & l. si quondam*, & scripta est de adultero & adultera ad fratrem adulterę. Sententia autem eius hæc est. Nemo potest marem & fœminam simul accusare adulterii. Finge me priorem accusasse adulterum & condemnasse, & cum superesset, vt adulteram quoque accusarem peracto adultero, me vita decessisse nondum instituta accusatione aduersus adulteram. Quæritur, *an condemnatio adulteri aduersus quam in integrum restitus non est, mulierem subijciat pœnæ & infamiæ, quæ non est accusata:* Et l. definit, condemnato adultero mulierem per eum non condemnari, per se quemque damnari debere, non per alium. Dubitandi ratio erat, quia cōtrariorum eadē est ratio, ergo absolutionis & condemnationis;

nationis: atquin absoluto adultero, adultera per eum vincit, & vltra accusari non potest *l. denunt. §. vlt. ff. eod.* Vnde videtur dicendum etiam condemnato adultero adulteram per eum vinci. Sed respondeo, eandem rationem esse absolutionis & condemnationis: Nam sicut per adulterum adultera non condemnatur, ita etiam per adulterum absolutum, adultera non absoluitur, quæ vidua permansit, & statim accusari potest. Sed in adultera, quæ diuortio facto alii iam nupsit, iterum distinguimus inter condemnatum adulterum & absolutum, quoniam prius condemnato adultero ipsa statim accusari potest, vel si non accusetur, manet immunis & innoxia. absoluto autem adultero: quæ iam alii nupta est, non potest accusari, quamdiu est in secundo matrimonio. Ceterum postquā desiit esse in eo matrimonio, puta morte mariti, accusari potest: interim parcimus nuptiis B in accusatione adulterii in honorem matrimonii bene conuenientis cum secundo viro, non etiam eam omnino absoluimus, quod pridem absolutus fuerit reus, quandoquidem vbicunque nupta esse desierit secundo viro, accusari poterit *l. adult. in fi. ff. eod.* Intelligimus etiam *ex h. l.* damnatum vel damnatam adulterii subiici pœnæ l. Iul. vel constitutionum, subiici etiam infamiæ. Dico damnatum vel damnatam adulterii, hoc ipso verbo damnationis, quod scil. iudex tantum posuerit in ferenda sententia, eum eamue conuictam esse adulterii, puta hoc modo: illum vel illam in legem Iuliam de pudicitia peccasse videri. Hanc pronuntiationem tacito iure statim sequitur etiam pœna non expressa, sed legitima ac vsitata, & infamia. Et hoc est, quod ait *l. castitati,* C *sup.* damnatam adulterii, illo scil. modo, quem exposui, perseuerare in pœnis legitimis, damnatam adulterii sequi statim pœnas legitimas, etiamsi in damnatione non fuerint expressæ nominatim, quoniam lege qua damnantur, nominatim satis sunt expressæ, nec mutari legis pœnæ possunt, nisi cum extra ordinem agitur, Damnatus igitur, vel damnata iudicio adulterii, subiicitur infamiæ. Nam & quocunque iudicio publico damnatus ex edicto prætoris infamis fit. Vnde non mirum, si dicatur is, qui instituit accusationem adulterii famam lacessere eius, quem accusat *l. si adulterium cum incestu, §. pen. eod. tit.* Apuleius 6. Metamorph. *Quod contra leges,* inquit, *ipsamque Iuliam & disciplinam publicam turpib: adulteriis, existimationem & famam meam læsisti.* Et D hoc dico tantum de damnatis: damnatos adulterii esse famosos ipso iure: non idem dico de deprehensis. Nam deprehēsus in adulterio nec damnatus damnataue, ipso iure non est infamis. Nec obstat caput leg. Iuliæ, quod proponitur in *l. palam §. quæ in adult. ff. de rit. nupt.* quoniam pertinet tantum ad nuptias interdictas Senatorib. cum adulteris, non tantū, quæ damnatæ sunt, quæ ipso iure sunt infames, sed etiam quæ deprehensæ non damnatæ sunt, quæ etsi ipso iure non sint infames .i. ex edicto Prætoris, vel ex l. Iulia, tamen reipsa, & facto ipso, & opinione hominū sunt infames, & agunt se indignas connubio Senatorū: Nam non errant Doctores nostri, qui aliam faciunt infamiam iuris, aliam facti infamiam.

Ad L. Adultera XIII.

Adultera si posteaquam crimen contra eam inchoatum est, prouinciam excesserit, etiam absentem inter reos recipi posse explorati iuris est.

SEquitur *l. adultera,* quæ ait, absentem inter reos recipi posse, & hoc esse explorati iuris. atqui & hoc explorati iuris est, absentem accusari non posse, *l. 15. h. t. l. 6. sup. de accus.* vis accusationis est relatio inter reos. Quæ non potest accusari quomodo potest referri inter reos? non potest accusari. Ergo non potest referri inter reos, quia modus & via referendi inter reos est accusatio. Ideoque recte lex adiicit, *postquam crimen contra* A *eam inchoatum est,* præsentem scilicet, postea absentem inter reos recipi posse. Plerique Codices habent, *postquam crimen contra eam prolatum est,* nihil refert. Græci [*inchoatum est*] & cum Græci tum Latini [*postquam crimen contra eam inchoatum*] sic interpretantur, post litem contestatam, quod placet satis. Inchoatur ergo crimen, id est, quæstio criminis, siue accusatio litis contestatione: perficitur autem damnatione, *l. 14. in fin. ff. de bon. lib. l. 1. sup. vbi de crimin. agi oport.* Proinde ante litem contestatam nemo absens inter reos recipi potest, quod est ex constitutionibus principum. Nam olim moris erat etiam lite non contestata postulare reum absentem, quod est postulare inter reos recipi *l. vim §. in matrimonio ff. eod.* vt in auctoribus alienis sæpe accusator postulat recipi nomen rei, idque postulat duobus modis: vel querela deposita apud acta, *l. 8. sup. de accus.* vel porrecto libello accusationis, id est, delationis, & inscriptionis *l. mariti, §. pen ff. eod.* sine iudicio, & de plano. Aliud enim est postulare reum, aliud iudicium exercere, *d. l. mariti §. quinquennium.* aliud postulatio, aliud accusatio *l. si adulterium cum incestu §. vlt. eod.* postulationem rei sequitur iudicium, quod olim etiam in absentem indicta causa exercebatur & peragebatur: atque ita etiam absentis nomen olim inter reos recipere licebat, ac deinde relatum absentem inter reos condemnare, vt Verres & pater, & amici eius contendebant licere & fieri solere in causa Sthenij Thermitani apud Cic. Et ita esse argumento est *l. Memmia apud Valerium 3. cap. 7.* de M. Antonio absente incesti postulato, quoniam ea l. eorum tantum, qui reip. causa abessent, nomina recipi vetabat inter reos. Si exceptio l. Memmiæ facit ne absentes reip. causa inter reos recipere liceat, alios igitur, qui excepti non sunt etiam absentes recipere licet. Et eadem est exceptio in l. Iulia de adult. ne quis absentem reip. causa non detrectandæ legis Iuliæ causa, id est, vere absentem reipub. causa referat inter reos adulterii, quod generaliter proditum est in *l. hos accusare, ff. de accusat.* accusari non posse eum, qui reipublicæ causa abest, vel magistratum vrbanum, aut prouincialem, vel legatum municipiorum missum in vrbem, vel ad principem, quo iure etiam M. Tull. *libro de iure dicundo,* siue in iurisdictione Siciliensi, scribit damnationem Dolabellæ fuisse rescissam, quod reus factus esset, cum ei legatio Romam a suis ciuibus esset data. Ii ergo soli absentes, ne inter reos referantur, inueniuntur legibus excepti, qui sunt absentes reip. causa, vel sui municipii causa, & proculdubio loquuntur leges de iis, quibus nunquam denuntiatum est crimen, vel quibus cum lis contestata non est: vt id plane indicent, posse etiam absentes inter reos referri, nisi absint reipublicæ causa. Hodie vero ex constitutionib. absens non refertur inter reos nisi in ius vocatus & exhibitus, & apud iudicem lis cum eo contestata fuerit, quod fit proposita & fundata accusatione, & interrogato auditoque reo, & excussis præscriptionibus, quæ reo competunt, *l. si maritus §. præscriptiones, ff. eod.* quæ lex in §. *legis,* id probat, quod ante dixi de absente Reipublicæ causa, quem lex Iulia vetat recipi in reos. Excussis, inquam, præscriptionib. rei, veluti excussa præscriptione temporis, intra quod accusatio est proponenda, excusso E iure accusatoris, *l. adulterij, inf. hoc tit.* Et ita inter accusatorem & reum a iudice cognitione suscepta, vt in *l. inter D. de public. iudic.* sic lite contestata, deinde recipitur rei nomen inter reos, sic fieri dicitur reus, agi reus, peti reus. nec alio quoquam genere, præterquam isto, id est, lite contestata & disceptata vtrinque proprie reus fieri dicitur, vel agi, vel peti. Notus est omnibus locus Asconii Pediani, reum fieri, cum in iure legibus reus interrogatur, accusatore obiiciente crimen: veluti, aio te cum illa adulterium commisisse: & reo vel tacente (quo casu, vt idem ait, taciturnitas pro confessione habebatur, vt accidit in aliis quoque partibus iuris) vel negante reo, & accusatore petente diem inquirendi criminis. Post

quam disceptationem, & contestationem (vt idem ait) instituebatur accusatio. Quid? instituebatur, quæ iam ante erat instituta: Sed instituebatur, id est, instruebatur probationibus vt in *l. 2. §. vlt ff. eod.* accusationem parante & probationibus instituente & muniente. Et sane etiam illo Asconii loco Budæus legit, *instruebatur.* Denique propositam & accusationem fundatam, id est, lite contestata sequebatur inquisitio criminis, & instructio accusationis: neque tamen statim instituebatur, sed eo demum die, quo quis reum fecerat lite contestata, a iudice relato inter reos, id est, nomine eius relato inter reos, in numerum reorum, in album reorum. Tacitus 2. Annal. *Crimen & accusationem tanquam aduersus receptos iam reos instruebat.* Iam ergo licet dicere hanc esse sententiam *huius l. adult.* reum, cum quo lis contestata est, etiamsi mox abesse cœperit, a iudice absentem inter reos referri posse. dico & damnari posse ad extremum citatum per triduum nec obtemperantem, vt *d. l. inter de pub. iudic.* Nam vix est, vt inter reos recipi possit, qui non & damnari vel absolui, hoc est, reus peragi possit. Vnde quæramus quid fiat illo, cum quo lis contestata non est, cuius crimen nunquam est denuntiatum, sed tantum delatus & postulatus est, ἐκ τοῦ μονομεροῦς, id est, ex vna tantum parte, inuocata & inaudita altera. Et hunc non dicam inter reos absentem recipi posse, quoniam si posset inter reos recipi, & inter reos peragi posset, id est, damnari, vt initio congrueret exitus. Absens relatus est inter reos iure, damnabitur ergo etiam absens, & reus peragetur iure. atqui non potest ille damnari indicta causa, *l. absentem ff. de pœn. l. 1. ff. de req. vel absentib. damnand.* Ergo nec recipi inter reos. Non dico igitur illum simpliciter recipi inter reos, sed tantummodo adnotari requirendum, vt *l. 6. sup. de accus.* adnotari inter reos requirendũ, vt *l. vlt.* ℐ. *de req. reis,* hoc est, fieri requirendum, vt Græci hoc loco, & *l. 1.* ℐ. *de requir. reis*, non accusari & fieri reum, sed fieri requirendum, quæ duo differunt. Requisitum autem & inuentum & exhibitũ tunc demum iudicio accepto accusari & fieri reum, & recipi inter reos vel in reos. Promiscue dicimus recipere & referre inter reos, vel in reis, vt in *l. hos accusare §. hoc beneficio. ff. de accusation.* qui §. eleganter docet, receptos in reos (si interueniat abolitio publica & indulgentia reorum, quæ eximat eos ex reis suspenso crimine ad tempus, non exstincto, nam abolitio vel exemptio ex reis nõ exstinguit crimen, sed tantum absolutio, vel mors opportuna rei.) Eos, inquam, non posse repeti post trigesimum diem, vt iure est constitutum, quorũ nomen eximit de reis indulgentia publica, aut hilaritas publica, videlicet si intra diem illum Reipublicæ causa abesse cœperint. Et ita (quod notandum) absens reipubl. causa, neque peti, neq; repeti reus, aut referri inter reos potest, quamdiu abest reip. causa. Ex his omnib. colligo, eos tãtum fieri requirendos, cum quib. lis contestata non est: eos autem fieri reos, cum quib. lis contestata est. Vnde cum Græci ponant recte in specie huius legis, cum adultera litem fuisse contestatã: Non tamen recte interpretãtur [*recipere inter reos*] facere requirendum: quia non qui reus factus est, sed qui nondum factus est reus, fit requirendus. reus proprie fit litis contestatione & relatione inter reos, & ita reum factum Ioannes recte accepit, *l. 5. ff. de pub. iud.* & ita quoque accipere necesse est, *l. 2. §. extran. ff. de adult.* dum ait, *extraneum reum factum*, i. *receptum inter reos accusanti marito non obijcere præscriptionem lenocinij.* quod ita explicandum patet ex *l. si marit. §. præscriptiones, ff. eod.* At non nego quin etiam improprie dicatur reus factus, qui tantum postulatus est μονομερῶς, i. cum abesset. Et hac distinctione adhibita horum verborum [*reum facere*] concilianda est *l. si interueniente* cum *l. pen. ff. ad Senatusc. Turp.* vt *l. si interu.* loquatur de receptis inter reos, ad quos pertinet abolitio publica, adeo vt accusator, si eos nõ repetat post 30. dies, non incidat in *Senatusc. Turp.* lex autem *pen.* loquatur de reis postulatis tantum, *(si reum,* inquit *fecit) id est,* si postulauit tantum, quoniam subicit [*nec reum persequutus est.*] Ergo si nondum reum fecit postulatione nuda.) Vt, inquam, loquatur lex pen. de reis postulatis tãtum, ad quos non pertinet abolitio publica, quoniã non sunt recepti inter reos. Et ideo is, qui postulauit, si eos non persequatur, si desistat, incidit in Senatusc. Turp. Forsitan adhibita simili distinctione non improbabiliter conciliare quis posset *l 3. sup. de accus.* quæ dicit reos capitaliũ criminum per procuratorem posse defendi, *cum l. miles §. ea quæ, ff. de adult.* quæ dicit, *eam, quæ recepta est inter reas, absentem non posse defendi.* Sed verius est, (& hoc maxime notandum) receptos inter reos capitalium criminũ, quia absentes damnari possunt, vt ante docui, posse defendi per procuratores, & quemlibet, qui commiseratione eorum commoueatur, & verba pro eis faciat, & innocentiã excuset, vt in *l. seruũ §. publ. ff. de proc.* Nam si pro condemnato quilibet potest appellare etiã nolente reo *l. non tantum ff. de appel.* quia non auditur perire volens, *vt inquiunt*, cur etiam pro reo capitalis criminis absente, nec innocentiæ suæ gerente curam, non licebit cuilibet suscipere integram defensionẽ causæ. Nam & hoc esse æquum ait *ille §. publice.* & ordinarium admittere, id est, solitum admitti, & ita patere ex rescripto Imperat. id est, ex *d. l. 3. sup. de accusat.* in qua Alexander ait, *reos capitalium criminum, non omnium sed capitalium posse per procuratorem defendi*: non dicit, absentiam eorum defendi posse, sed reos iam factos capitalium criminum, quia absentes damnari possunt, posse defendi. Et ita Sthenio reo rei capitalis legimus apud Ciceronem libro de iure dicundo datum, vel adscriptũ cognitorem, qui quasi procurator est. At crimen adulterii non est capitale. Ergo recepta inter reas adulterii absens, non potest defendi per alium: quoniam ad crimen iudicii publici non admittitur alius defensor, *l. pen. ff. de public. iudic.* nisi antequam referatur in reos, velit quis excusare absentiam tantum, vt *l. absens ff. de procurat.* Sed addenda est exceptio alia, nisi sit capitale crimen: nam ad defendendum reum rei capitalis absentem, id est, ad defendendum crimen, æquum est admitti quemlibet verba pro reo facientem. Vt autem reus vel rea (*vt dixi*) proprie fit litis contestatione: improprie, dato libello accusatorio: ita eadem ambiguitas existit in verbo *deferendi*: Nam & is delatus dicitur, cum quo lis contestata est, vt *l. 2. §. qui hoc dicit, ff. eod.* Vbi Accurs. ita interpretatur recte, vel etiam is, contra quem datus est libellus inscriptionis.

Ad L. XVII.

Sine metu legis Iuliæ de adulteriis coercendis reuocare vxorem in matrimonium potes, cum nihil amplius, quam libellos accusationis obtulisti, quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris: Is enim committit in pœnam, quam lex certo capite denuntiat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, vt ignorantiam simulare non possit, retinet vxorem.

Ex l. 17. intelligimus eum, qui vxorem criminis manifestã, vel deprehensam in ipsa turpitudine, detinet, vel qui mulierem damnatam adulterii ducit vel reducit, teneri pœna lenocinii, eadem scilicet, qua tenẽtur adulteri, *l. 2. l. castitati sup. hoc tit. l. mariti, ff. eod.* Idem esse opinor, si quis ream adulterii ducat vxorẽ forte mortuo priore marito. Nã rea adulterii viuo marito iure non ducitur vxor ab alio quoquã, donec suam innocentiã purgauerit *l. reas ff. de rit. nupt.* At mortuo marito, qui eam dimiserat, quæ fit rea adulterii, vel quæ permanet in reatu, ab alio vxor duci potest. sed si damnatam postea eam mulierem in matrimonio retineat, lenocinii pœna tenetur. Et ita est explicanda *l. miles §. vlt. D. eod.* Et hunc casum

sum (vt opinor) notat hæc *lex* 17. dum ait, *qui publice adulterio damnatam habet.* At nunc quæro, an eadem pœna teneatur, qui vxorem reducit, quam retulit inter reas, vel quam ream adulterii postulauit dato libello accusationis, vt ait hæc lex. Libellum accusationis, siue libellum accusatorium vocat, vt *l. denuntiasse, l. mariti §. pen. ff. eod.* qui alias dicitur *libellus delationis, l. 2. C. Theod. ne prater maiest. crimen. seru. dom. accus.* & vulgo *libell. inscript.* An, inquam, teneatur lenocinii pœna maritus, qui ab accusatione desistit, & reducit vxorem in matrimonium. Et quidem si desistat petita abolitione a principe, quod exigit lex, quæ præcedit 16. eam impune reducit: lex, quæ præcedit, exigit, ne maritus desistat sine abolitione: hæc lex, quæ illam sequitur, vt arbitror, proponit exemplum abolitionis. Nam petenti marito veniam omittendæ accusationis, id est, abolitionem petenti, & veniam reducendæ vxoris, quam dicebat, se ream adulterii postulasse inconsulto calore & vana quadam indignatione, princeps hoc rescripto dat marito hanc veniam, id est, abolitionem, causanti se adductum vana credulitate accessisse ad accusationem. Et hoc quidem genere seu modo, iure reducit vxorem, seu eam ream fecerit iure mariti, seu iure extranei. Et valde placet, quod ait *l. generali §. 1 ff. de ritu nupt.* ream adulterii, quam vir iure mariti postulauit, post abolitionem eum non prohiberi denuo vxorem ducere, id est, reducere. Et sequitur: *sed & si non iure mariti postulauit, non prohibetur eam reducere*, id est, si postulauit iure extranei, iure publico, non prohibetur denuo eam ducere vxorem, post abolitionem scilicet. Nem ἀπὸ κοινοῦ hæc superiora verba [*post abolitionem*] & in hanc partem repetenda siue reuocanda sunt. At si maritus, qui ream vxorem fecit adulterii, non petat abolitionem, dico eam non reduci impune: Nam maritus incidit in pœnam Senatusconsulti Turp. quia desistit sine venia & abolitione, *vt l. prox. supra, & l. quæsitum, in fi. ff. eod.* atque etiam in pœnam lenocinii, *vt opinor*, de qua instituit quidem quæstionem *d. l. quæs.* sed nil respondet de pœna lenocinii, sed de pœna Senatusc. Turpil. tantum siue tergiuersatione. Et consequens tamen est, cum iure non reducatur vxor, vt & hoc casu incidat maritus in adulterii seu lenocinii pœnam. Præterea quæro an is, qui vxorem dimissam adulterii causa, non ream postulatam, non damnatam reducit, incidat in pœnam legis Iuliæ: & non tenetur quidem, quod ad verba l. Iul. attinet, quoniam l. Iulia punit tantum eum, qui deprehensam retinet, vel qui damnatam reducit. Hic neque retinet, neque damnatam reducit: sed tamen verius est, ex sententia legis, eum etiam teneri, vt Papinian. definit in *l. si quis adult. §. pen. ff. eod.* hac ratione, ne fraus fiat legi Iuliæ, quia posset quis deprehensam dimittere eludendæ pœnæ causa, in quam incidit, qui sciens adulteram retinet, & mox eam reducit, sed qui mox reducit, nec videtur dimisisse, nec legi satisfecisse, imo fraudem cogitasse in leges, sicut etiam, qui bonis patris abstinet, & mox ea emit, nec abstinuisse videtur, nisi aliquo fraudis consilio, *l. si is, qui bon. ff. de acq. hered.* Ergo ex sententia l. Iul. lenocinii pœna tenetur etiam, qui deprehensam dimittit, si mox eam reducat. Et *l. si vxor §. vlt. ff. eod.* quæ loquitur de eo qui repudiatam seu dimissam iure, denuo ducit vxorem, est accipienda de eo, qui repudiatam, non deprehensam mox reducit, quem ea lex ait deinde non posse eam accusare ex adulterio, quod in primo coniugio commisit: & similiter licet ex verbis legis is tantum teneatur, qui retinet vxorem deprehensam in adulterio, & adulterum dimittit *l. mariti, ff. eod.* ex verbis legis tenetur, qui dimittit adulterum, & non dimittit adulteram: tamen ex sententia legis etiam is tenetur, qui non tantum adulteram, sed etiam adulterum retinet, qui casus non erat expressus in l. Iulia, vt qui retinet filium, vt fit, deprehensum in nouerca, quem non vult exigere domo, vel qui retinet libertum, vel seruum deprehensum in vxorem, quo casu tam ipse, qui retinet adulterum & adulteram punitur, quam ea quæ retinetur, quia scilicet etiam retenta in matrimonio mulier accusari potest, si prius maritus fuerit lenocinii, seu adulterii reus postulatus ob non dimissam, seu ob retentam adulteram. Et sic est accipienda *l. si quis adulterium §. 1. ff. eod.*

Ad L. XVIII.

Eum, qui duas simul habuit vxores, sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non iuris effectus, quo ciues nostri matrimonia contrahere plura prohibentur, sed animi destinatio cogitatur. Verumtamen ei, qui te, ficto cœlibatu, cum aliam matrem familias in prouincia reliquisset, solicitauit ad nuptias, etiam crimen stupri, a quo tu remota es, quod vxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo solemniter inferetur. Cæterum res tuas omnes, quas ab eo interceptas matrimonij simulatione deploras, restitui tibi omni exactionis instantia impetrabis a rectore prouinciæ: Nam ea quidem, quæ se tibi vt sponsæ daturum promisit, quomodo repetere cum effectu potes quasi sponsa?

Loquitur lex de eo, qui duas habet vxores, qui ex edicto prætoris infamis est *l. 2. sup. de incest. nupt.* & solet etiam hodie, vt manifestior fiat hominis infamia, is homo publice catamidiari, id est, exponi risui, imposita mitra, qui, inquam, habet duas vxores, reipsa, & animi destinatione, vt & hæc lex declarat: qui duas habet vxores facto ipso: Iure n. nemo habet duas vxores: non potest vtraque esse vxor, sed altera, id est, quæ secundũ ducta est, in concubinæ locum ducitur, *vt ait Cicero 1. de Oratore*, tractans de eo, qui duas duxerat vxores. Nunc fac ita esse: quidam ex Hispania Romam venerat relicta vxore in Prouincia, & Romæ alteram duxerat, fingens se esse cœlibem, & innuptum, vt veteres loquebantur, viduum ab vxore, quod facile credens mulier Romana se ei matrimonio iunxit. Et apparet quidem eam non commisisse stuprum, quia stuprum non committitur sine dolo malo, & hæc putauit, se esse vxorem legitimam & iustum matrimonium: sed lex ait illum impostorem stupri posse accusari a quolibet, vel a muliere ipsa, iniuriam suam adsistentibus curatoribus per quos etiam eius negotia gerenda sunt, persequente, vt *l. 7. h. tit.* quoniam licet hęc secunda mulier ducatur in concubinæ locum, tamen cum ea stuprum committitur. Et quod dicitur cum concubina stuprum non committi, *l. 3. ff. de concub. l. stuprum ff. de adult. coercend.* quia imitatur vxorem iustam, & concubinatus est coniunctio legitima, ex iure ciuili hoc tantum intelligitur de cœlibe, qui habet concubinam: hic cum ea stuprum non committit: Nam qui habet vxorem, si vxori superducat concubinam, stuprum committit, nec hic concubinatus est legitimus *l. ex ea §. 1. de verb. obl. l. 3 sup. comm. de manumiss. l. vn. sup. de concub.* Ergo hic, qui sciens Romæ alteram duxit vxorem, non remisso nuntio vxori in prouincia relictæ, stupri potest accusari, & mulieri secundæ datur repetitio dotis, si quam dederit, & omnium rerum suarum, quas ille nebulo intercepit simulatione nuptiarum, sed *vt ait hac l.* non datur etiam mulieri repetitio promissæ sibi ab illo homine sponsalitiæ largitatis, quæ pars huius legis repetitur *l. 5. sup. de donat. ante nupt.* Cur vero non datur ei repetitio promissi muneris sponsalitii, promissæ largitatis sponsalitiæ, quia vt sponsæ promissa est: atquin nec sponsa, nec vxor fuit. Et vt duas vxores habere non licet, ita nec vxorem, & sponsam, *l. 13. §. item si alteri, ff. de iis, qui not. inf.* Quod si ille iam mulieri secundæ aliquid dederit pro munere sponsalitio, sane id ab ea ipse non potest repetere, quia sciens turpiter dedit. Et ita Accurs. recte sentit hoc loco, & *ad d. l. 5.* notauit. Idem etiam Græci 28. Basilicon *tit. 8.* idemque glossa *l. 4. ff. de condict. ob turp.*

caus. vt quoties solius dantis turpitudo versatur, quod contigit in specie proposita, danti non competat repetitio.

Ad Leg. XIX.

Quamuis indubitati iuris sit, quotiens adulterij crimen intenditur, præsentiam accusatoris præcedere oportere: tamen quoniam ex literis tuis cognouimus Materiam Propositi Viatoris uxorem; habitis quæstionibus cum Iuliano quodam adulterium commisisse, detectam sub ipsa prolatione sententiæ Viatoris ipsius præsentiam postulasse: nonputauimus confecto pœna iudicio, facinore etiam agitata quæstione conuicto, Propositum ab excubiis limitis reuocandum.

LEx 19. est singularis. Certi iuris est, neminem posse damnari absente accusatore vel actore: Nam generaliter ait *l. de vnoquoque, ff. de re iudic.* de vnoquoque negotio, id est, ciuili vel criminali præsentibus omnibus iis quos causa contingit, vel (vt est in 12. *tabul.*) præsente ambobus iudicari oportere. Et id tantum iudicatum valere, quod iudicatum est inter præsentes. Et ita M. Tullius in Verrem de iure dicundo: *si præsens Sthenius reus esset factus, si manifesto in maleficio teneretur, tamen, cum accusator abesset, Sthenium non oportere condemnari. Etenim, si posset absente accusatore reus damnari, non ego a Vibone Veliam paruulo nauigio inter fugitiuorum, ac prædonum, ac tua tela venissem.* Vnde liquido apparet, reum non posse condemnari absente accusatore. Sed ab hac regula excipitur vnus casus in hac lege valde singularis. Ponit Propositum Viatorem militem limitaneum accusasse Materiam, vt vulgo legitur, sed Græci Mariam, vxorem suam diuortio facto, vt oportet adulterii cum Iuliano commissi. etiam miles admittitur ad accusationem, si suam iniuriam persequatur, non aliter. Et ait, instituta accusatione eum diu in iudicio perseuerasse: sed in ipso articulo ferendæ sententiæ, confecto pene negotio, & conuicta rea per quæstiones seruorum, eum profectum fuisse ad stationem suam, & excubias limitis, vt ait, & mox damnatam fuisse mulierem, an iure damnata est? Quod non videtur, quia damnata fuit absente accusatore. Sed aliud imperator statuit, quoniam accusator abesse cœpit Reipublicæ causa, sub ipsum tempus sententiæ, vt æquum sit eum haberi pro præsente.

Ad L. Serui XXIII.

Serui ob violatum contubernium suum adulterii crimine accusari non possunt. §. 1. *Is autem, qui post dissociatum matrimonium vxorem licito iure duxit, obque intentatæ accusationis, ac potentis patrocinii metum ei, qui accusationem instituerat aurum & argentum dedit: ad recipiendum id vlciscendamque turpis lucri cupiditatem adire præsidem potest. qui examinatis partium allegationibus, & inquisita fide veri, siquidem id ab eo, qui innocens est, ob illati criminis timorem datum esse cognouerit, quemadmodum sententiam formare debeat, ex euidentibus iuris placitis instruetur. Sin vero constiterit corrupti matrimonij, velut mercedem ad captandam impunitatem solutam pecuniam esse, eum, qui etiam aduersus Senatusconsulti censuram, cum fœdissimo flagitio accepit, puniri iubebit.*

PRima pars huius legis est de violato contubernio. Secunda est, de violato matrimonio. Matrimonium contrahitur tantum inter liberas personas & ciues, contubernium inter seruos, vel cum seruis. Nam inter eos vel cum eis nullum potest esse matrimonium, nec inter eos vxor nominatur, sed contubernalis, id est, serua, quæ se adiunxit seruo aut libero homini. Denique vxor non nominatur, vel maritus, vel dos, vel adulterium. Itaque lex Iulia non pertinet ad contubernia, nec qui A quæue violat contubernium, subiicitur pœnis legis Iuliæ. Fateor etiam in concubina, quoniam vxorem iustam imitatur, adulterium vindicari, vt *l. si vxor ff. eod.* quod est ex lege Atheniensium, vt testis est Lysias in orat. *de cæde Eratosthenis*, in adulterio deprehensum adulterum vindicari, ἢ ἐπὶ ταῖς παλλακαῖς, *etiam in concubinis*, quæ dignitate longe sunt impares vxoribus legitimis. Adulterium etiam vindicatur in vxore vulgari, id est, quæ vulgo se præbet, vel quæ, vt solebant olim, apud ædiles professa est impudicitiam, & apud eos vulgauit licentiam stupri. Nam etiam in ea maritus adulterium vindicare, & persequi potest *d. l. si vxor.* Itemque in vxore iniusta, id est, quæ non secundum leges ducta sit, sed tamen habeatur vxoris animo. Finge ductam filiamfamilias dissentiente patre, iniusta vxor est, in qua tamen perinde ac in vxore iusta adulterium vindicatur B *d. l. si vxor.* At in contubernali adulterium non vindicatur lege Iulia. & hoc proponitur initio huius legis, & *l. sequenti*, quæ deest in Codice Haloandri, male, & est vulgo etiam inscripta Dionysio, cum sit inscribenda Dionæ liberæ fœminæ, quæ se iunxerat contubernio serui contra iuris formam, *vt ait*, quia inter seruum, & liberam nullum est connubium, quare lex sequens negat eam subiici adulterii pœnis, & e contrario *l. etsi libidine 25.* negat liberum hominem subiici infamiæ iuris: Nam non negat quin subiiciatur notæ & suggillationi apud bonos & graues viros, quæ vulgo infamia facti dicitur. Negat ergo infamiæ iuris subiici liberum hominem, qui ancillas comprehendisse conuictus est. Omnes libri veteres habent [*comprehendisse*] & liber etiam C Haloandri, & Græci καταλειφθέναι, non [*compressisse*] vt etiam *l. 20. hoc tit.* supra vltionem iuris etiam in eas non exerceri, quæ per vim sunt comprehensæ irreprehensa voluntate, inquit, quo casu illud crimen non est duorum, vt solet esse, sed vnius tantum, vt & in casu *legis 18. h. tit.* Vnde eleganter dicebat ex veteribus Declamatoribus quidam de Lucretia vim stupri perpessa, vt refert *D. Augustinus* 1. *de Ciuitate Dei: Mirabile dictu, duo fuerunt, & vnus tantum adulterium admisit.* In secunda parte huius legis hæc proponitur species, de corrupto vel violato matrimonio, dimissam a priore marito, nec damnatam, vel ream factam adulterii ego vxorem duxi, post cum me potentior aliquis accusaret ex adulterio, quod dicebat me cum ea commisisse in priore matrimonio, pecunia data cum eo transegi, non ductus D conscientia sceleris, qui ab eo eram immunis, & innocens, sed formidine perterritus potentioris accusatoris: quo casu lex ait, mihi dari pecuniæ datæ repetitionem, videlicet per condictionem ob turpem causam, quia ego quidem turpiter non dedi pecuniam, qui dedi ne ille me vexaret, id est, calumniaretur, sed ille turpiter accepit, vt *l. 4. ff. de condict. ob turp. caus.* vel etiã per actionem in factum ex edicto de calumniatoribus *l. pen. ff. de calumniat.* Sed si ductus conscientia sceleris admissi redemi me ab accusatore, hoc casu non repetam quod dedi, quia turpiter dedi *l. siquidem sup. de contr. stipulat.* & vtriusque turpitudo versatur. In pari autem causa melior est conditio possessoris, id est, eius, qui accepit pecuniam, vt qui æque turpiter dedit turpiter accipienti, non possit repetere ab eo, qui accepit: vtriusque E enim par delictum est: Et ideo accusator punitur, vel tanquam præuaricator, si se vinci patiatur post acceptam pecuniam, vel tanquam tergiuersator ex Senatusconsulto Turpill. si desistat ab accusatione, & ego quoque admissum non impune feram Vtriusque igitur par delictum est, vt exposui in *l. 10. h. tit.* Et bene ait hæc lex, *eum etiam qui aduersus SC. censuram* (sic legendum) quasi non tantum reum, sed & accusatorem dicat puniri, quoniam vterque turpiter transegit de crimine adulterii.

Ad Legem XXVI. & XXVIII.

L. 26. Quoniam Alexandrum qui in crimen vocatur, etiam præscriptionem esse pollicitum eo nomine, quod accusator vxorem post deprehensum adulterium penes se habuisse videatur, & de statu suo agere nunc velle perspeximus: ita ordo quæstionis dirimendus videtur, vt in primis quidem de statu Alexandri quæratur, ita vt si liberum eum esse adhibita audientia deprehenderis, præscriptionis ei obiiciendæ facias potestatem. Sin vero eundem esse seruum cognoueris, remotis præscriptionis impedimentis in adulterum crimen protinus debebis inquirere. Ac si eum detectum in eo flagitio esse perspexeris pœnam decernere, quam in adulterij crimen legum sanctio statuit.

Ad leg. 28. Ita nobis cordi pudor est, vt remoueamus prisci iuris ambages, & constituamus in adulterij quæstione abolitis de medio cæteris præscriptionibus, præter quinquennij temporis & lenocinij, quod marito obiicitur, exceptionem illam, etiam quæ post solutum prius matrimonium ante denuntiationem nuptæ competit, fidem criminis nosci. Indignum est enim, vt vltionem pudoris præstigia versuti iuris excludant. PP. Kalendas Iunij *Tusco & Anulino Consulibus 295.*

Lex 26. & 28. simul explicabuntur, quoniam ambæ sunt de præscriptionibus seu exceptionibus, quæ solent obiici accusatoribus adulterii: obiici, *inquam*, & tractari ab initio antequam quis recipiatur inter reos: Nam qui semel receptus est inter reos, non potest vlla præscriptione vti, *l. 2. §. qui hoc dicit, & §. extraneus, l. si maritus §. præscriptione, ff. eo. tit.* Et ita ponitur in *l. 26.* Alexandrum postulatum adulterii, ab initio marito obiecisse præscriptionem lenocinii, quod deprehensam in adulterio retinuisset, qui auditur quidem hoc allegans, seu præscribens, si liber homo fuerit, non si seruus fuerit, qui adulterii postuletur. Nam si seruus fuerit, qui adulterii postuletur, ei non licet obiicere præscriptionem lenocinii, denique nec crimen vllum deferre, nec referre, nec inscribere, nec præscribere. Itaque, si dum tractatur initio de præscriptione lenocinii, quam obiecit Alexander, status eius in dubium vocetur, tantisper dilata quæstione lenocinii & adulterii, prius tractandum est de statu eius, cum hæc quæstio sit præiudicialis, quam de præscriptione lenocinii. Prior est quæstio status quæstione criminali, *vt l. 1. sup. de ord. cognit.* Tres autem præcipue præscriptiones in causa adulterii receptas esse ostendit *l. 28. h. tit.* præscriptionem quinquennii, & supple, vel 6. mensium vtilium, & præscriptionem lenocinii, quod marito obiicitur. Et præscriptionem hanc, quæ nuptæ competit, quæ alii nupsit post diuortium, cuius formula hæc sit, *si non alii iam nupsit mulier, antequam ei denuntiaret accusator, ne nuberet*, de qua dixi in *l. 8. h. tit.* Et agitur de ea in *l. 5. ff. de accus. l. 14. hoc tit. l. adult. ff. eod. & l. 2. in princ. eod. tit.* Quam legem totam secundam obseruandum est, esse de præscriptionibus, quæ obiici possunt accusanti adulterii, & proponi in ea quatuor præscriptiones Primum hanc, qua repellitur accusator, qui ab adultera incipit, quæ iam alii ante denuntiationem nupsit, deinde præscriptionem, quæ marito accusanti iure mariti obiicitur hoc modo, vt proponitur formula in *d. l. 2.* si legem prodidisse dicatur ob hoc, quod, aggressus accusationem adulterii, destitit: Nam ex lege Iulia, qui destitit sine abolitione, postea ius accusandi non habet *l. 16. hoc tit. l. quæsitum, in fin. ff. eod. tit.* Tertia præscriptio, quæ proponitur in *d. l. 2.* est præscriptio lenocinii notissima. Quarta est præscriptio de priuilegio & iure accusandi, cum quis contendit, se esse iustiorem & potiorem accusatorem, cum maritus ait, se in accusatione adulterii præferri debere patri, & alii cuilibet, de qua in *d. l. 2. §. vlt.* Et nonnihil etiamsi diligenter animad-

A uertamus in *l. adulterii in f. hoc tit.* hæ quatuor præscriptiones proponuntur in *d. l. 2.* Omittitur præscriptio quinquennii, seu sex mensium. Sicut etiam in hac *l. 28.* omittitur secunda præscriptio *l. 2. si legem prodidisse dicatur, &c.* Et quarta quoque de iure accusatoris, omittitur etiam præscriptio ætatis, quæ obiicitur accusatori minori, quam 25. annorum nato, de qua in *l. si maritus §. lex ff. eod. tit.* quæ tamen non improbantur, aut quas tamen non est verisimile hanc leg. 28. remouere, licet dicat, se omnes præscriptiones remouere, & abolere exceptis tribus, quas ante exposui, quia scilicet, eæ tantum præscriptiones improbantur, vt verba legis demonstrant, quæ elusoriæ, vel moratoriæ & captiosæ erant iure antiquo proditæ, vt præscriptio fori, qua nixus reus conatur declinare forum mariti, cuius etiam
B ratio non habetur in *l. 14. h. tit. & l. vlt. C. Theod. eod. tit.* Et præscriptio hæc, si non præiudicium fiat filio impuberi ex eo matrimonio suscepto, in quo dicor adulterium commisisse, quæ præscriptio etiam aboletur *l. miles §. defuncto, ff. eod.* Item præscriptio repetendæ dotis, vel pecuniæ debitæ ex aliqua ratione, si mulier contendat, prius sibi eam reddi oportere, quam fiat rea adulterii, quæ aboletur *l. adulteri infr. hoc tit.* quia est ciuilis præscriptio, quæ remorari, differre, vel impedire criminalem actionem non debet. Illas præscriptiones, & iis similes, quibus iure veteri sæpe eludebatur accusatio adulterii, & euanescebat, vocat Imperator in *l. 28. præstigia prisci iuris, præstigia versuti iuris, vafri iuris*, vt Cicero dixit, *ex æquo & bono, non ex callido & versuto iure rem iudicari oportere*, pro Cæcinna. Sic hoc
C loco ait, *præstigia versuti iuris*, vbi male Græci legunt, *vestigia*, τὰ ἴχνη τοῦ διεστραμμένου νόμου. Hæ præstigiæ & fallaces præscriptiones tolluntur *l. 28.* Non si quæ tribus in ea enumeratis similes sint aliæ legitimæ præscriptiones, quæ pari æquitate nituntur. Et ita est accipienda hæc *l. 28.*

Ad Leg. XXIX.

Quæ adulterium commisit, vtrum domina cauponæ, an ministra fuerit requiri debebit, & ita obsequio famulata seruili, vt plerunque ipsa intemperantiæ vina præbuerit: vt si domina tabernæ fuerit, non sit a vinculis iuris excepta. Si vero potantibus ministerium præbuerit pro vilitate eius, quæ in reatum deducitur accusatione exclusa, liberi, qui accusantur, abscedant, cum ab his fœminis pudicitiæ ratio
D *requiratur, quæ iuris nexibus detinentur, & matrisfamilias nomen obtinent. Hæ autem immunes a iudiciaria seueritate, & stupri & adulterii præstentur, quas vitæ vilitas dignas legum obseruatione non credidit.*

Lex 29. facit differentiam inter dominam cauponæ, & ministram. Ac primum docet etiam lege Iulia adulterium, vel stuprum vindicari in domina cauponę, quę cauponam exercet, & dicitur etiam domina tabernę cauponiæ: licet inter cauponam & tabernam cauponiam sit differentia ex *l. taberna, ff. de instr. & instrum. leg.* Vindicatur autem in domina cauponæ siue vidua seu nupta fuerit, nisi forte fuerit vulgaris quædam mu-
E lier, quæ cuilibet dextram supponat. Nam in meretrice adulterium vel stuprum legibus non vindicatur, *l. 22. h. tit.* Præterquam a marito solo facto diuortio, *l. si vxor §. sed & in ea, ff. eod. tit.* Nam (vt est in Comœdia) *quis homo pro mœcho vidit vnquam in domo meretricia deprehendi quenquam?* Et recte in *§. item lege Iulia de adult. Instit. de public. iudic.* stuprum committi in virginem, aut viduam honeste viuentem: nam in eam, quę se agit in diuortio, in eam quæ secus viuit, stuprum impune committitur, imo ei quoque vis infertur impune, quæ scilicet, in communi loco stat & capturas fert. Nam lex *vn. inf. de rapt. virgin. aut vid.* est tantum de honestis mulieribus. Et recte Cato de re Floria apud Gellium

vim in corpus liberum, non æquum censuere adferri, nisi palam corpore pecuniam quæreret. At si domina cauponæ, matrisfamilias, seu matronæ existimationem, & ius stolæ habendæ retineat (quod non habent turpes mulieres, sed toga tantum vestiuntur, non stola, toga, quæ breuis erat vestis) tum in ea adulterium, vel stuprum lege Iulia vindicatur. Pudicitiæ ratio exigitur tantum a matronis, & stolatis mulieribus. In ministram autem cauponæ lex ait adulterium vel stuprum non vindicari, quę potantibus ministerium & intemperantię vina prębet. Quo plane demonstratur, quid proprie sit caupona, vt in ancilla stuprum non vindicatur & serua *l. 25. hoc tit.* ita nec in ea, quæ facit vile & seruile ministerium, quale est ministerium cauponæ. Igitur in ministra cauponæ adulterium aut stuprum non committitur, aut non vindicatur lege Iulia propter vilitatem ministerii, & vitæ, sub cuius specie identidem omnes se omnibus benigne præbent, *l. vlt. sup. si mancip. ita ven. l. palam §. si qua cauponam, ff. de rit. nupt.* Idem omnino dicendum de qualibet famosa muliere, quæ matrisfam. nomen amisit, & honestatem, vt si fecerit lenocinium, si operas suas in scenam locauerit, nisi hoc fecerit post admissum, vel meditatum adulterium in fraudem legis Iuliæ, pœnæ euitandæ gratia, in quam infames mulieres non incidunt. Nam ex Senatusconsulto hæc etiam adulterii damnari potest, *l. 10. in fi. D. eod.* Ex quo etiam Senatusconsulto, si quis infamandæ vxoris suæ gratia adulterum subiecerit, vt ipsam deprehenderet, & vir & mulier adulterii crimine tenentur, *l. is cuius §. 1. eod* Senatusconsulta illa facta puto, auctore Tiberio ad legem Iuliam. Nam & Suetonius scribit Tiberium exsilio affecisse fœminas quasdam, quæ ad euitandas legum pœnas, iure, & dignitate matronali exsoluerentur, lenocinium profiteri cœperant, ne *quod refugium*, inquit, *in tali fraude cuiquam esset.* Et ait, ad euitandas legum pœnas, vt *d. l. 10.* Euitandæ adulterii pœnæ causa. Et Cornel. Tacitus 2. Annal. auctore Tiberio grauibus senatus decretis coercitam libidinem fœminarum, & cautum inter cætera, ne quæstum facerent corpore, cui pater vel auus vel maritus eques Romanus fuisset. & damnatam fuisse adulterii Vistiliam prætoriam quandam mulierem, quæ stupri licentiam apud ædiles vulgauerat, quia id fecerat pœnæ euitandæ gratia, *& quia aduersus impudicas veteres satis existimabant esse pœnarum in ipsa professione flagitii, quæ fiebat apud ædiles,* quare & loca illa communia, & prostibula, dicuntur ædilem metuere apud Senecam. Professio illa sola faciebat infames, & exuebat honore matronæ, & stolæ. Ouid.

Solaque famosam culpa professa facit.

Inuenio lege Atheniens. apud Demosthenem in Neæram, idem fuisse cautum de propola, id est, quæ quid palam vendit in foro, in eo toto die consistens, veluti poma, holera, detrita vestimenta, truncullos, & si qua alia. idem in ea esse, vt ait, quod in illa, quæ in ergasterio stat. Quo loco & oratione tota, vocat ergasterium cellam meretricis, in quo ἐργάζεται τῷ σώματι, superposito cellæ titulo, vt Seneca ostendit 2. *controuers.* Vnde illud Iuuenalis:

----*Titulum mentita Lyciscæ.*

Ad L. XXX.

Quamuis adulterii crimen inter publica referatur, quorum delatio in commune omnibus sine aliqua legis interpretatione conceditur: tamen, ne volentibus temere liceat fœdare connubia, proximis necessariisque personis solummodo placet deferri copiam accusandi, hoc est, patri, fratri nec non patruo & auunculo quos verus dolor ad accusationem impellit. Sed etiam his personis legem imponimus, vt crimen abolitione si voluerint compescant. In primis maritum genialis tori vindicem esse oportet: cui quidem, & ex suspicione ream coniugem facere licet, vel eam, si tantum suspicatur, penes se retinere non prohibetur, nec inscriptionis vinculo contineri, cum iure mariti accusaret, veteres retro principes annuerunt. extraneos autem procul arceri ab accusatione censemus: nam etsi omne genus accusationis necessitas inscriptionis adstringat, nonnulli tamen proterue id faciunt, & falsis contumeliis matrimonia deformant. Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.

Ex lege Iulia iudicium adulterii publicum est & accusatio adulterii publica est, id est, patet omnibus, accusare volentibus propinquis, affinibus, extraneis quibuscumque, si modo ius accusandi habent. Ex hac autem constitutione accusatio adulterii non patet omnibus, sed tantum certis personis, vt patri mulieris, non socero, & fratri, & patruo, & auunculo, & iis personis etiam licet per hanc constitutionem facile impetrare a iudice abolitionem, si velint desistere ab accusatione, quia propinquos in accusationem deduxerunt. Accusanti propinquum licet impune pœnitere, & desistere petita venia a iudice, quam omnimodo impetrabit, *l. 2. inf. de abolit.* alioquin abolitio priuata accusatori non datur temere, nec sine causæ cognitione, vt ait *d. l. 2.* Præcipue autem marito patet accusandi facultas iure mariti intra 60. dies vtiles, vel ex sola suspicione, vt ait, etiam sine vinculo inscriptionis, nec tamen reus ipse, vel rea etiam ex suspicione sola damnabitur, *l. absentem, ff. de pœn.* Apuleius 10. Metamorphos. *Veritatem fidemque criminum probationibus certis instrui, nec suspectionibus tantum coniecturam permitti placet.* Non est etiam dubium, quin maritus facillime possit a iudice impetrare abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis institutæ aduersus coniugem, nec tamen necesse est, vt eam impetret, nisi euidens eius calumnia fuerit, vt docui in interpretatione legis 16. quoniam qui calumniæ non tenetur, nec teneri potest Senatusconsulto Turpil. si desistat sine abolitione. Vt autem maritus, vel ex suspicione sola vxorem ream facere potest, quod matronam non tantum culpa, sed & suspicione vacare oporteat, vt dicebat Iulius Cæsar: ita si velit, poterit impune retinere suspectam adulterii, nec tamen deprehensam aut damnatam, quod dictum est ante in *l. 2.* exceptis his quinque personis, marito, cui primæ partes tribuuntur, & patre, fratre, patruo, auunculo. alii propinqui, vel affines, vel extranei ad accusationem adulterii, nec si subscribant in crimen vt oportet, admituntur ex hac constitutione, quia sunt plerique maligni, quos inscriptionis vinculum non deterret a calumniosa aut proterue, & temere suscepta accusatione, qui contemnunt vinculum inscriptionis & talionis. Et æquum est (quo etiam iure hodie vtimur) ne cuilibet liceat temere infamare aliena matrimonia, puta adultero accusato constante matrimonio, quod olim permittebatur extraneis, *l. vim §. 1. ff. eod.* De pœna adulterii, quod est in fine huius l. satis exposui *sup.* in *l. 9.*

Ad L. pen.

Si mulier repudii oblatione sine vlla legitima causa a se dati discesserit: ne viduitatem stupri procacitate commaculet, accusationem repudiato marito iure deferimus.

Lex penultima loquitur de muliere, quæ sine causa legitima diuortit a marito. aliquandiu etiam inter Christianos sunt tolerata diuortia ex certis & legitimis causis. Ne autem sine causa quæ diuortat, ei legibus varia fræna iniiciuntur, puta, vt quæ diuorterit sine causa amittat dotem totam, & donationem propter nuptias, & vt quinquennium in viduitate perseueret, *l. consensu, sup. de repud.* Itemque, vt si interim peccauerit, possit ab eo, a quo temere diuortit, stupri accusari iure præcipuo, quæ est sententia huius legis valde singularis. Et

Et ratio hæc eſt, quia quæ intra quinquennium non co- A lit temperantiā, ſed peccat (id enim eſt proprie peccare Latine) non tam videtur diuortiſſe odio, vel exſecratione ſui mariti, quam appetitione alieni, vt animo tenus iam in ipſo matrimonio videatur peccaſſe, ac plane poſſit ab eo, a quo diuortit, perinde ac ſi maritus eſſet, adulterii accuſari iure præcipuo.

Ad L. vlt.

Libertatem ſeruorum qui ad dominium pertinent vxoris vel mariti, vel parentum eorum: repudio miſſo, propter ſuſpicionem criminis adulterij, legum conditores intra duorum menſium ſpatium poſt miſſionem repudij numerandum ſuſpendi definiunt, propter tormentorum quæſtionem (ſi opus exegerit) eis imponendam. Sin vero vxor matrimonio ſub præfato modo diſſoluto, rebus humanis exempta fuerit: nihil de tempore quouſque ſeruos eos propter memoratam cauſam permanere deceat, adijciunt. Nobis vero neceſſarium eſſe videtur, certum tempus etiam in hoc caſu ſtatuere propter dotis quæſtionem, vtrum in lucro marito cedat, an heredibus mulieris reſtituetur. Sancimus itaque duos menſes poſt mortem mulieris ſeruari, vt intra eos ante dicti ſerui permaneant, & facultatem maritus habeat probationes adulterij per eos præſtare. Tranſacto vero memorato tempore, licentiam habere heredem mulieris libertatem eis imponere: niſi per culpam eius maritus prohibitus fuerit cauſam adulterij, tempore videlicet imminente exercere.

SCiendum eſt, ex lege Iulia poſt diuortium, ſi mulier fiat rea adulterii, ſeruos eius mulieris, & mariti, & parentum eorum manumitti non poſſe intra ſexaginta dies vtiles, vt ſcilicet ſeruentur quæſtioni, cui ſubducerentur manumiſſione, & interim forte data eis libertas, vt ſuſpendatur, quemadmodum ait hæc lex *vlt. & l. cum filius §. ſeruus, ff. de legat. 2.* hoc eſt, vt interim ſint ſtatuliberi, vt ait *l. quod ſi intra, ff. qui & a quibus manum.* Quid vero fiet, ſi interim, id eſt, intra ſexaginta dies maritus, aut pater moriatur, quorum ſeruorum libertas eſt in ſuſpenſo, an ſerui mariti, vel patris mortui teſtamento manumiſſi ad libertatem interim peruenire poſſunt? minime, quia nondum eſt finita accuſatio & exſtinctum crimen, quia non exſtinguitur morte mariti D accuſatoris, cum pater ſupereſt, qui eam poteſt reſumere, *l. ſed ſi maritus, eod.* Nec item morte patris, quia ſupereſt maritus qui accuſationem inſtituit. Quid vero, ſi vxor moriatur intra ſexaginta dies a diuortio facto, an ſerui eius manumitti poſſunt, an manumiſſi teſtamento vxoris libertatem obtinere poſſunt? Quod videtur, quia morte mulieris omnimodo crimen exſtinguitur, morte accuſatoris, non omnimodo: quia alius accuſare poteſt. At morte reæ mulieris omnimodo crimina occidunt cum perſonis, vt ait *l. 1. C. Theod. de liber. cauſa.* Sed quia exſtincto crimine ſupereſt quæſtio ciuilis de dotis repetitione, vtrum dos ob adulterium vxoris, lucro mariti cedere debeat, an reſtitui heredibus mulieris: quæ quæſtio non poteſt definiri, niſi per quæ- E ſtionem ſeruorum excuſſa veritate criminis, ideo placet, eorum ſeruorū libertatem ſuſpendi intra illos ſexaginta dies: Nam ſi adulterii fuerit conuicta, dotem amittit: olim portionem tantum certam dotis, vt patet ex *l. cum mulier, ff. ſol. matrim. & l. miles §. ſocer, ff. ad leg. Iul. de adulter.* Hodie mulier adulterii conuicta dotem totam amittit, & donationem propter nuptias, *l. conſenſu §. virum, ſup. de repud.* Quod & hæc lex vlt. confirmat, & *caput plerunque, de donat. inter vir. & vxor.*

AD TITVLVM X.

Si quis eam, cuius tutor fuerit, corruperit.

POſt titulum generalem *de adulteriis & ſtupro*, datur hic titulus, qui eſt ſpecialis, *de ſtupro*, quod tutor infert pupillæ ſuæ, quia id conſtitutio huius tituli grauius punit, quam quod quis alius infert aliis lex Iulia, quæ infligit tantum relegationem, vel publicationem bonorum partis dimidiæ, vt eſt *in Inſtit. de publ. iud.* Hæc autem conſtitutio infligit deportationem bonor. omniū, quæ ſemper vel tacite ſequitur deportationem, & publicationem, *l. vlt. §. vlt. ff. de* B *ſent. paſſ.* Et hanc quoque pœnam conſtitutio ait citeriorem eſſe quam flagitium. Debuiſſet enim in tam nefandi ſtupri raptorem infligi pœna legis Iuliæ de vi, quæ in raptorem eſt vltimum ſupplicium, quia inſidiæ, quæ fiunt huic ætati, perſuaſiones & blanditiæ vi comparantur, imo ſecundum legem Solonis, maiorem pœnam meretur vis, quæ fit verbis & illecebris, quam quæ fit manu & viribus, quod hæc corpus tantum, illa etiam animum corrumpat, apud Plutarchum in Quæſt. & in Solone, & Lyſiam de Eratoſthenis cæde. Debuiſſet igitur tutori infligi raptoris pœna, ſed Imperator eſt contentus pœna deportationis, id eſt, mediocri pœna, quæ neque eſt pœna legis Iuliæ de ſtupro, neque pœna legis Iuliæ de raptu, aut vi publica. Turpius eſt ſtuprum in C tutore, cuius fidei ſunt commiſſi mores pupilli. Nec ineleganter Quintilianus *Declamatio.* 284. duci proditori comparat tutorem violatorem pupillæ. Nam & hic, quid aliud eſt, quam proditor pupillæ? Turpius, inquam, eſt ſtuprum in tutore, maxime ſi non per matrimonium qualecunque contractum ſit: Nam ſi tutor pupillam vxorem duxerit, puta paulo poſt, quam adoleuerit: nam & ſic intelligimus [*corruperit*] ſufficit pœna legis Iuliæ de ſtupro, *l. 7. ff. ad leg. Iul. de adult. l. libertum, de rit. nupt.* Sed ſi eam corruperit citra matrimonium, huic conſtitutioni locus eſt, quæ proprie huic ſceleri infligit deportationem, & ademptionem omnium bonorum. Dico iam ademptionem omnium bonorum, non publicationem, reſpiciens ad Nouell. Leonis Philoſophi 34. quæ bona tutoris addicit pupillæ, quam vitiauit, non fiſco.

AD TITVLVM XI.

De mulieribus quæ ſe ſeruis propriis iunxerunt.

SPecialiter etiam in hoc titulo agitur de alio ſtupro, quod mulier libera committit cum ſeruo proprio, quod longe turpius, & grauius eſſe, quam ſuperius, genus pœnæ, quod hæc conſtitutio infligit, ſatis demonſtrat, nimirum capitis amputatio in muliere, & concrematio in ſeruo, quem vocat verberonem, vt veteres etiam triuerberonem, & flagrionem. Superius ſtuprum non vindicatur in vtroque, ſed tantum in tutore, & deportatione, non morte: Hoc vero ſtuprum vindicatur morte in vtroque. Et præterea illud ſerui deferentes non audiuntur ſecundum ius commune, quo ſerui non ſunt iuſti delatores, aut accuſatores: hoc autem ſerui deferentes ex hac conſtitutione audiuntur, & pro præmio delationis, ſi reos peregerint, conuicerint, condemnauerint, libertatem conſequuntur: Vtrumque tamen ſtuprum, & id, de quo hoc titulo agitur, & de quo ſuperiore, eſt crimen publicum. Nam *l. 30. ſup. ad l. Iul. de adult.* adulterium tantum eximit numero publicorum iudiciorum permittendo accuſationem adulterii quinque tantum perſonis, nec loquitur de ſtupro. Ergo etiam hodie omne ſtuprum eſt

crimen publicum, & excepti adulterii, quod longe tamen est grauius, ratio est in *d.l.* 30. ne temere deformentur aliena matrimonia. Itemque tam hoc, quam illud stuprum mitius punitur, si per matrimonium contractum sit, puta in hac specie seruo manumisso, ac dein optato in matrimonium, quod quidem coercetur, sed non pœna huius legis, sed mitiore, quia contractum est sub honore, sub specie honesta matrimonii, *l. 3. sup. de nupt.* & in Nouella Leonis & Anthemij, *de mulieribus, quæ se seruis propriis iunxerunt*, & apud Paulum 2. *Sentent. tit. de nupt.* Quod autem ait hæc constitutio *(filij etiam, quos ex hac coniunctione habuerit, &c.)* hoc minus vulgo intelligitur, & omnino eius partis interpretatio sumenda est ex *C. Theod.* in quo hæc constitutio extat plenior, alioquin secum ipsa pugnare videbitur: Nam prima parte & mulierem & seruum vltimo supplicio afficit: secunda parte bona mulieris & serui addicit legitimis heredibus mulieris. Hæc sunt contraria: Nam nunquam accidit, vt qui morte damnatur, non etiam publicetur, imo morte damnatum tacite sequitur publicatio, siue confiscatio omnium bonorum, sicut deportatione damnatum. Verum ex illo Codice patet, hanc partem tantum esse sumendam de ea, quæ (vt ita dicam) nupsit illicite seruo proprio ante hanc constitutionem, quæ capite non punit, sed distracto eo contubernio interdicitur ei patria & prouincia, seruus autem relegatur in insulam, & filii ex eo contubernio procreati, liberi quidem sunt, quia matris conditionem sequuntur: qui ex seruo & libera nascitur, liber nascitur, vt Institutiones docent *tit. de ingen.* Sed sunt infames & incapaces hereditatis maternæ ex hac constitutione, quoniam non ad eos intestatæ matris pertinet hereditas, sed ad filios legitimos, si quos haberet, vel proximos cognatos simul cum bonis serui, tanquam mulieri quæsitis, & cum bonis etiam eorum filiorum, qui nati sunt ex eodem contubernio. Et ex eodem Codice etiam legendum est in fine huius legis, [*id autem, quod ille, qui quondam amatus est*] non, *condemnatus est.* Nam in constitutione integra ter fit mentio amati, & intelligitur is, cuius domina amore exarsit. Verum post hanc constitutionem, si mulier libera iunxerit se seruo proprio, vterque vltimo supplicio afficitur, nec alium heredem habent, quam fiscum. Hoc enim consequens est capitali pœnæ.

AD TITVLVM XII.

Ad legem Iuliam, de vi publica seu priuata.

SVperiores tituli sunt de stupro contracto sine vi, quod vindicatur lege Iulia de adulteriis & stupro. Stuprum autem quod vi contrahitur, non pertinet ad eam legem, sed ad *legem Iuliam de vi*, *l. vim. in princ. ff. ad leg. Iul. de adult.* de qua lege Iulia de vi, dicere instituit, vt exposita eius potestate & pœnis, deinde in titulo sequenti dicat de stupro vi commisso. Alia autem est lex Iulia de vi priuata, cuius pœna est publicatio tertiæ partis bonorum, & relegatio, *l. 2. & 6. h. tit.* videlicet, si vis sine cæde fuerit illata: Nam si cædes interuenerit, etiamsi eam cædem non fecerit, qui vim suscepit contra aliquem, vt puta, qui vi tentauit occupare possessionem alienam, tamen vltimo supplicio afficitur tanquam homicida, quia mortis causam præbuit, nec auditur appellans, si vim fecisse conuictus fuerit, quæ est sententia admodum singularis *l. 6. hoc tit.* Et notandum etiam ex hac lege Iulia de vi priuata etiam seruos puniri, vt in *l. 4. & l. seruos, hoc tit.* si vim priuatam fecerint, quod nullo modo pugnat cum *l. hos accusare §. omnibus, ff. de accusat.* Quæ tamen negat, seruos teneri de lege Iulia de vi priuata, hac ratione, quod in eos non cadat pœna eius legis, quæ est publicatio tertiæ partis bonorum, & serui non habent bona. Sed dicimus, non teneri quidem seruos proprie ipsa lege Iulia de vi priuata ob eam rationem, sed exemplo eius legis, ex constitutionibus seruos, qui vim priuatam admiserunt puniri supplicio vltimo extra ordinem præfinitum lege Iulia. Alia est lex Iulia de vi publica, cuius pœna est deportatio, vel mors. deportatio plerunque: mors duobus aut tribus casibus, si quis homo occisus sit, vt *l. 6. hoc tit.* vel si seruus vim publicam fecerit, *vt l. seruos hoc tit.* & accusetur criminaliter ex constitutionibus factis ad legem Iuliam de vi publica, quo casu dominus eum tantum debet exhibere. Defendere potest, non autem pro eo conueniri, vt in *l. 4. sup. de noxal. act. l. 2. sup. de accusat.* Et tertius casus est, si liber homo raptus sit: Nam & hoc casu pœna legis Iuliæ de vi publica est mors, *l. 5. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Quæ autem sit vis publica, & quæ priuata, non facile est definire: Nam harum appellationum significatio sępius est mutata. Olim vis publica erat vis immoderata & iniqua publicarum personarum, vt in specie *l. 1. h. tit.* recte dices, apparitorem magistratus *(quæ est persona publica)* qui ob debitum mariti ex causa iudicati capit pignori res vxoris, vel qui ob munus ciuile delatum marito (quod qui detrectat, pignoribus captis coercetur *l. si quis magistratus ff. de muner. & honor. l. nominatori, sup. de pign.*) Qui igitur ob munus ciuile, quod detrectat maritus, pignori capit res vxoris, vim contrahere videtur, videlicet publicam, quod & Græci addunt ad *l. 1.* sane vis publica ea est, quam infert publica persona contra ius, fasque pium, & priuata, quam priuatus infert. Et hanc fuisse veterem definitionem vis priuatæ & publicæ demonstrat Paul. 5. *Sentent. eod. tit.* & Isidorus 5. *Etymolog.* At longe aliam postea nobis iuris auctores minusque firmam aut perpetuam definitionem tradiderunt vis priuatæ & vis publicæ, in Institutionibus nimirum, vbi vis priuata definitur, quæ fit sine armis: Publica, quæ cum armis, quæ definitiones periculosæ sunt, quia non sunt semper veræ, sed plerunque tantum, quia vis armata plerunque est vis publica, propterea quod omni armorum motu offenditur & perturbatur publica securitas: & vis priuata fere nunquam est armata vis, sed inermis, nisi quis malit leuiore iudicio confligere, & vim publicam persequi atque vlcisci, vt priuatam mitiore iudicio electa lege Iulia de vi priuata, missa lege Iulia de vi publica. Non esse perpetuas has definitiones apparet, quod vis publica nonnunquam fit etiam sine armis, vt *l. mariti §. vlt. ff. ad leg. Iul. de adult.* si quis per vim stuprum intulerit, vim publicam committit, etiamsi hoc fecerit sine armis, nec enim arma exigit. Itemque, vt in *l. 3. h. tit.* quam & Græci recte accipiunt de vi publica, si quis rapuerit aut incluserit liberum hominem, etiam sine armis, vis est publica, quia scilicet libertatis tutela est publica, quæ læditur vi allata libero corpori. Eademque ratio est, si quis conuocatis hominibus non armatis vim fecerit, quo liber homo verberaretur, vis est publica, *l. qui dolo §. pen. ff. ad l. Iul. de vi publ.* Vis publica dici hoc casu potest, quia minuit libertatem ciuium, cuius publica est tutela. Idem etiam euenit in specie *l. vlt. ff. eod.* si quis noua vectigalia exigat sine auctoritate publica, quia vectigalium ratio pertinet ad Rempublicam, & qui sine auctoritate publica ea exigit, vim Reipublicæ inferre videtur, cuius res est. Item in specie *l. 5. eod.* si quis per vim aliquem sibi obligauerit. Quam obligationem lex Iulia de vi publica ipso iure rescindit, nec addit, si arma adhibuerit: sed si per vim qualemcunque aliquem sibi obligauit, vim esse publicam, quia obligatio est iuris vinculum, quod non vi, sed iure publico contrahitur, & nil est magis contrarium iuri, quam vis. Et ita rectius statues, & tutius, vim publicam esse eam, quæ contraria est rei iurique publico principaliter, vel per consequentias: qua ratione & vim priuatam quamcunque potes arguere, vt publicam, quod per consequentias sit contraria iuri publico: sicut etiam tibi licet vim publicam, si velis mitiore iudicio agere, argue-re

re tantum vt priuatam, spectans tuum priuatum damnum, non publicam vtilitatem, vt in specie *l. qui dolo* §. *pen. ff. ad leg. Iul. de vi publ. iuncta l. 2. ff. de vi priuata.* Inuenio etiam in *l. 3. ff. ad leg. Iul. de vi publ.* vim publicam esse, si quis ex incendio aliquid rapuerit præter materiam inquit: Nam materiam, quæ scilicet est parata ad ædificandum, vel fulciendum, ex incendio rapimus impune, quia auferimus materiam incendii, modo id fiat non lucri faciendi animo. Et ita ex incendio quilibet rapit impune materiam, sed si quid aliud rapiat, est vis publica, nec dicitur, si rapiat cum telo, cum armis, sed simpliciter si rapiat. Cur est vis publica? quia maxime interest Reipublicæ, vt in illa trepidatione incendii, quæ publica est, fides seruetur inter ciues. Et si quid quis ex incendio rapuerit, vt publicæ vtilitatis causa id vindicetur, denique vt vindicetur ita respub. vt ait *l. 1. §. merito ff. depos.* Concludamus igitur, vim publicam esse, quæ contraria est rei iuriue publico, priuatam, quæ est contraria rei, iuriue priuato.

Ad Leg. VII.

L. 7. Si quis ad se fundum, vel quodcunque aliud asserit pertinere, ac restitutionem sibi competere possessionis putat: aut ciuiliter super possidendo agat, aut impleta solemnitate iuris, crimen violentiæ imponat: non ignarus eam se sententiam subiturum, si crimen obiectum non potuerit comprobare, quam reus debet excipere. Quod si omissa interpellatione vim possidenti intulerit, ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri quis, ad quem peruenerit possidentem: vt ei quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur: eademque protinus restituta, si criminalis quæstio agitetur, violentus pœnæ non immerito destinatus in totius litis terminum differatur: vt agitato negotio principali, si contra eum fuerit indicatum, in insulam deportetur, bonis omnibus abrogatis.

Certum est, eum, qui possessionem fundi vel ędium, quam alius possidet, ad se pertinere putat, de ea recuperanda, aut ciuiliter experiri generali interdicto restitutorio momentariæ possessionis, vel interdicto vnde vi, aut criminaliter agere ex l. Iul. de vi priuata vel publica, vel ex constitutionibus subscribendo in crimen, ac proinde adeundo periculum calumniæ. Et hoc vel illo modo illi agere licet, qui possessionem ad se pertinere putat, quam alius tenet, etiamsi creditor sit, qui eam possessioné per vim occupauerit sui crediti seruandi causa, *l. 5. h. tit. l. vlt. ff. ad leg. Iul. de vi priu.* Loquor de creditore chirographario *(qui n'a nul gages.)* Nam pigneratitius creditor, qui ex lege conuentionis sine iudicis auctoritate ingreditur per vim possessionem fundi sibi pignerati, vim facere non videtur, id est, non tenetur l. Iulia, *l. 3. sup. de pign.* Et ita Paul. 5. *Sent.* ait, creditorem chirographarium, si sine iussu iudicis per vim debitoris res occupauerit in legem Iuliam de vi priuata committere: Pigneratitium autem creditorem etiam sine iudicis auctoritate pignora persequi & vindicare posse. Nec huic sententiæ obstat *l. 3. inf. vi bon. rapt.* quæ ait, crimen creditorem committere, id est, vim, qui res sibi obligatas occupat, quique eas rapit sine iudice, quoniam respondeo, eam legem non loqui de pignoribus, sed de rebus obligatis, id est, de hypothecis. Pignora traditione constituuntur, & semel tradita, si forte creditor amittat, & sine iudicis auctoritate vi auferat debitori, ad quem peruenere, vim non facit, quia hoc facit ex lege conuentionis, quæ talis est, vt ea pignora teneat. Hypothecæ autem constituuntur nuda obligatione, nuda pactione sine traditione. Has si creditor debitori per vim auferat, vim facit, quia non id conuenit inter eum & creditorem, vt eas haberet & teneret, sed vt ei tantum iure hypothecæ nexæ & obligatæ essent, quas nec posset persequi, nec vindicare, nisi per iudicem actione hypothecaria. Et hæc obiter de creditore dicta sint. Redeamus modo ad id, quod initio proposuimus, eum, qui possessionem, quam alius tenet, ad se pertinere putat, de ea agere, vel ciuiliter, vel criminaliter posse & debere. Quæro quid fiat, si neque de ea agat ciuiliter, neque criminaliter, sed sibi ipse ius dicat vi expellendo possessorem, & vt aperte ostendit *hac l. 7.* Primo ante omnia, inquit, expulso est restituenda possessio sine mora, momenti beneficio. Spoliatus ante omnia, vt dicitur, est restituendus, dein quærendum est, vter sit dominus eius rei, & si probetur non fuisse dominus, qui vim intulit possidenti, tum criminaliter cum eo agi potest, vt ex hac constitutione subiiciatur pœnæ legis Iuliæ de vi publica, id est, deportationi. Vnde apparet de vi criminaliter non agi, antequam actum sit ciuiliter de possessione, & proprietate, quod congruit cum decreto Seueri, *l. 1. sup. de appellat.* quæ aperte ait, prius esse quærendum de possessione, quam de crimine. Congruit etiam idem cum alia constitutione Constantini, vt integra relata est apud Iulium Frontinum *de limitibus agrorum*, & partes eius legis sunt *l. 3. sup. fin. regund. & l. 5. sup. vnde vi.* Ergo ex illo decreto Seueri, & ex duabus constitutionibus Constantini, id est, *h. l. 7.* & illa, quæ est apud Frontinum, prius agitur ciuiliter de possessione & proprietate rei, quam de crimine vis, aut vi ereptæ possessionis. Sed tamen hoc pugnat cum decreto quodam seu rescripto Adriani siue D. Pij, quod refertur, non etiam (vt opinio mea fert) probatur in *l. qui cœtu §. si de vi, ff. ad leg. Iul. de vi publ. & l. si de vi, ff. de iudic.* vbi aperte ait, prius esse quærendum de vi. Quod quid aliud est quam prius agi de crimine, quam de possessione vel proprietate? Nam vulgo stulte interpretantur de vi ciuiliter; quasi alia sit quæstio de vi ciuilis, alia de possessione, quæ vna eademque est. Ergo vt & plenius docet quinta Obseruat. *cap. 15.* illis locis proponitur ex decreto Adriani, qui & Pius dictus est, esse prius de crimine quærendum, quam de possessione, vel proprietate. Et hoc etiam congruit cum regula veteris iuris, vt prius de re maiori quæratur, prius de criminali, quam de ciuili quæstione *l. adulterij, sup. ad leg. Iul. de adult. l. vlt. sup. de ord. iudic.* Sed illa lex vlt. (*quod notandum*) ait, ita sæpe fieri, vt criminalis causa præferatur ciuili. Regulæ iuris constituuntur ex iis, quæ sæpe fiunt: Nec enim vllæ sunt regulæ perpetuæ, quæ nunquam nos fallant. Ergo caute ait lex illa vltima, ita sæpe fieri, non semper: Nam in causa vi ereptæ possessionis, quamuis ex illo decreto Adriani ita fiat, hodie tamen non ita fit ex posterioribus constitutionibus, puta ex decreto Seueri, & Constantini legibus *ex hac l. 7.* quæ aperte vult, differri criminis causam, antequam actum sit de possessione & dominio. Et harum constitutionum posteriorum recte Græci hoc loco notant, hanc esse rationem, quod forte is, qui prius egit ciuiliter de possessione interdicto vnde vi, satis habebit possessionem sibi restitui, nec ea restituta sibi volet inscribere in crimen de vi, & subire aleam iudicii, periculumque talionis: & sic fieri potest, vt causa ciuili perducta ad finem, restituta possessione, omittatur causa criminalis. At contra, si prius ageretur criminaliter, finis huius iudicii criminalis non adferret finem ciuili, quia qui vim passus est, nondum rem suam recepit, etiamsi reum peregerit criminaliter. Fit autem huius legis 7. simul ac 6. huius tituli, vel *l. 1. 2. & 3. Theod. eod. tit.* mentio in *l. 14. C. Theod. quorum appellat. non recip.* quæ plane declarat, has leges sic esse interpretandas, vt nos sumus interpretati, maxime, dum nominatim ait, hanc legem Constantini velle vigorem vindictæ differri post totius negotii exitum, id est, criminale iudicium postponi ciuili, totum negotium est de possessione & proprietate, & principale negotium de proprietate, sic vocatur in hac lege 7. vt principalis quæstio, id est, de proprietate, *l. nulla. sup. de iud.* Totum ergo negotium ciuile prius finiri debet, quam veniatur

ad iudicium criminale de vi, vt inquit, si procacem væsaniam, id est, audaciam eius, qui vim intulit, principalis negotii discussio publicasset, conuictum affligat, aut medietatis amissio, aut sors deportationis. Et quod ait [*medietatis amissio*] respicit ad id, quod in Codice Theodos. additur in extremo huius *l. 7.* videlicet *l. 3. C. Theod. eod. tit.* Quid vero additur? vt si in iudicio proprietatis, in iudicio principali probetur fuisse dominus is, qui vim intulit possidenti, deinde in iudicio criminali, quod sequi debet, mitius puniatur, id est, vt non plectatur deportatione, sicut cum probatur, eum non esse dominum, sed vt plectatur tantum publicatione dimidiæ partis rei suæ, quam per vim abstulit, altera autem dimidia pars vt in suo dominio permaneat. Sed cur noluit addere Tribonianus ad hanc legem, quod est amplius in *C. Theod.* vnde hanc legem sumpsit? Optima ratione, quia post Constantinum aliis Imperat. placuit, hoc etiam casu, cum dominus rem suam vi abstulit possidenti, publicari totam eam rem, non dimidiam partem, sed assem, *l. si quis in tantam sup. vnde vi.* Illo loco, *dominium eius rei amittat.* Non dicit, cui cedat dominium, aut in quem ab illo transeat, sed proculdubio intelligere debes, cedere & transferri in fiscum dominium totius rei, vt sicut olim dimidia pars publicabatur, & ita hodie totum publicetur. Et ita hæc sunt explicanda.

AD TITVLVM XIII.

De raptu virginum vel viduarum, vel sanctimonialium.

STuprum vel adulterium vi commissum vindicatur lege Iulia de vi publica, *l. mariti §. vlt. l. vim, ff. ad leg. Iul. de adult.* Item vindicatur constitutionibus, & seuerius multo. Leges Iuliæ mitiores sunt constitutionibus. Nam & qua alia vi allata lex *seruos tit. prox.* ostendit maiorem esse pœnam constitutionum, quam legis Iuliæ, cum dominos, qui per seruos suos vim fecerunt, si sint honestiores, subiiciat pœnæ legis Iuliæ, si viles & infames, pœnæ constitutionum, tanquam maiori vt in *l. capitalium §. vlt. ff. de pœn. Maiores in omni supplicio semper seuerius puniuisse infames, quam integræ famæ homines.* Est autem proprie hic titulus de stupro commisso in virginem, aut viduam, aut sanctimonialem, quæ & deuota virgo dicitur iis, qui purius loquuti sunt, Ausonio & Ambrosio, & vt dicatur etiam Nonna vetustissimum est, & legitur non tantum apud Hieronymum, *de custodia virginitatis, castæ vocantur & Nonnæ*, sed quod mirum est etiam apud Dionem, vel Xiphilinum in Domitiano: Νόννας καὶ γυναῖκας συνέβαλε. Vbi [*Nonnas*] accipit pro virginibus. Constitutio etiam huius tituli est de stupro commisso in Diaconissam, quæ seruit ecclesiæ, quod patet ex *l. raptores, sup. de episcop. & cleric.* Venit etiam in hunc titulum adulterium vi commissum, quo casu ius est marito occidendi quemlibet depræhensum in ipso facinore sine vlla exceptione, cum tamen ex lege Iulia, si sit adulterium sine vi quemlibet depræhensum in ipso actu, in ipsa turpitudine marito non liceret occidere. Sed hoc casu dicendum est, quoniam duplex est crimen, adulterium & vis, depræhensum a marito quemlibet impune necari sine distinctione, sicut etiam raptorem virginis, aut viduæ depræhensum vult hæc constitutio impune necari a parentibus, vel fratribus, vel tutoribus, curatoribus, patronis, dominis. Item siue adulterium, siue stuprum sit vi commissum, est publicum crimen. Et *l. 30. sup. ad leg. Iul. de adult.* quæ adulterium non vult esse publicum crimen, est accipienda de simplici adulterio, non de eo, quod vi iunctum est. Hoc enim est publicum, & eius pœna est vltimum supplicium, & ademptio omnium bonorum, vt cedant raptis mulieribus, si ingenuæ fuerint, vel vt cedant monasterio, si deuotæ virgines fue-

A rint, vel vt cedant ecclesiæ, si diaconissæ fuerint, quales habuit multas prima Ecclesia, & vero in iis definiuit Apostolus ętatem sexaginta annorum. Sed quia iuniores diaconissę quandoque admittebantur, vt Hermias ostendit in historia Ecclesiastica, dum reddit causam ferendæ leg. *nulla, sup. de episc. & cleric.* quæ reducto præcepto Apostoli iubet non admitti in ecclesia, nisi sexagenariam Diaconissam. Admittebantur igitur errore quodam etiam iuniores, quibus poterat vis inferri. Bona ergo auferuntur raptori ingenuarum, vel Deo dicatarum virginum, aut viduarum. at raptori ancillarum, vel libertinarum irrogatur quidem ex hac constitutione vltimum supplicium, sed bona ei non auferuntur, quod est maxime dissentaneum vltimo supplicio. Ac similiter consciis & ministris huius criminis vltimum supplicium irroga-
B tur, bona non auferuntur ex hac constitutione. Et ita Tribonianus voluisse videtur interpolata constitutione de mulieribus, quæ se seruis propriis iunxerunt, vt heri ostendi, vt stuprum commissum cum seruo proprio puniretur quidem morte vtriusque, sed bona legitimæ successioni reseruentur, atque ita vt capitale supplicium non sequatur publicatio bonorum, quod etiam vult hæc constitutio raptis ancillis, aut libertinis omnimodo, & raptis ingenuis, vel Deo dicatis, vt etiam capitale supplicium publicatio bonorum non sequatur, sed cadant bona in dominium raptæ, vel ecclesiæ, vel monasterii. Item ex hac causa rei postulati non audiuntur opponentes præscriptionem fori. quilibet iudex de raptu est competens iudex, vt statuere possit. Item non audiuntur appellantes, quod ait Iustinianus in hac constitutio-
C ne se retinere ex lege Constantini, & intelligit *l. 1. C. Theod. eod. tit.* cuius pars est in *l. pen. sup. quib. ex caus. serui pro præmio libert.* Postremo interdicitur hac constitutione stricte nuptiis raptoris, *vt Nouel. 143. & 150.* & mirum in modum damnatur matrimonium raptus scelere contractum, dum ait, nullo modo, nulloque tempore licere consentire, vel principi, vel parentibus, ei, qui hostili more matrimonium studet sibi coniungere, & oportere, vt quicunque vult ducere vxorem, eam petat a parentibus, vel aliis quos decet. Vnde sumitur hodie, quod est in vsu, vt qui clam parentibus aut cognatis duxit puellam pro raptore habeatur, etiamsi volentem duxerit, quia nec velle videtur puella, quæ (vt est in *d. l. 1. C. Theod. eod.*) etiam propter vitium leuitatis, & sexus mobilitatem & consilii, prohibetur a postulationibus, & testimoniis, omnibusque rebus iudiciariis. Atque et-
D iam illæ insidiæ, seu blanditiæ & illecebræ vt heri dicebam, *pictæ tectoria linguæ*, hamati sermones pro vi habentur, & quæ circumuenta, seducta, sollicitata est, noluisse videtur, *l. 3. §. si quis volentem, ff. de lib. hom. exhib.* Merito igitur, qui seductam duxit, clam iis, a quibus vt decebat petenda erat, pro raptore habetur, & tenetur pœna huius constitutionis.

AD TITVLVM XIV.

De emendatione seruorum.

E VIm & raptum sæpe comitantur homicidia, vt etiam *l. 6. tit. 12.* notauit, & constitutio tituli superioris. Ideoque post legem Iuliam, & constitutiones de vi & raptu, consequenter dicturus de homicidiis, quæ lege Cornelia vindicantur, & constitutionibus factis ad eam legem, prius vult dato hoc tit. ab eius legis tractatione semouere homicidia seruorum, commissa a dominis, quæ lege Cornelia non vindicantur, imo per eam dominis in seruos ius est vitæ necisque. At ex constitutione huius tituli, dominus reus est homicidii, qui seruum occidit dolo malo, & animo occidendi, non etiam si seruus forte a domino fustibus, aut flagellis castigatus, aut vinctus mox, aut paulo post interierit:

interierit: hic enim casus domino non imputatur, nec, vt ait constitutio, in eo distinctio dierum obseruatur, quibus scilicet seruus superuixerit post emendationem aut vincula, quod recte Azo animaduertit respicere ad legem Dei pro tempore datam Iudæis *Exod.* 21 quæ facit dierum distinctionem. His autem verbis constitutionis, *(ictu fustis)* neque flagellorum castigatio, nec fustium admonitio significatur (ex qua etiam præsumit, dominũ habuisse animum emendandi potius quam occidendi, docet constitutio initio, dum ait, *loris, aut virgis*, id est, *flagellis aut fustibus*) sed significatur pondus clauæ, vel alterius ligni crassioris. Et ita his verbis [*ictu lapidis*] pondus saxi: Nec enim quilibet iactus lapidis est idoneum argumentum animi comparati ad cædem.

AD TITVLVM XV.

De emendatione propinquorum.

VT tituli superioris constitutio dominis in seruorum emendatione, permittit moderatam tantum castigationem, non immoderatam, non extremam pœnam: ita hæc constitutio permittit tantum senioribus propinquis moderatam castigationem in iuniores, si mediocre sit delictum, quod admiserint, quod possit intra priuatos parietes de communi sententia propinquorum etiam mediocriter coerceri: Nam si res grauiorem animaduersionem desideret, offerendi sunt iudicibus, vt *l. 4. sup. de patr. potest.* Vt serui quoque a dominis, si grauius sit delictum *l. circumcidere, ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Quo exemplo, id est, collata castigatione data dominis in seruos cum ea, quæ datur senioribus propinquis in iuniores, dicam etiam hodie more maiorum non licere propinquis mulierem adulteram, cui publicus accusator deest, coercere, quem morem retulit Suetonius *in Tiberio.* Et hoc dicam hodie ita esse post rescriptum Diui Marci, quo etiam domino non licet statuere in seruum suum non depræhensum, quem dicit cum vxore sua adulterium commisisse, *l. seruos, ff. de accusat.* Idemque etiam hoc argumento probatur: Propinquis senioribus hæc constitutio hoc tantum dat, vt stultos iuuenes, quos, vt ait, ad vitæ decora domesticæ laudis exempla non prouocant, patrio iure corrigant. Atqui pater in filium forte infamem in nouercam adulterii, nil statuere potest, sed eum debet offerre iudicibus puniendum *l. 2. ff. ad leg. Cornel. de sic.* quam ita esse accipiendã, inscriptio arguit, quæ est de adulteriis. non potest etiam statuere in filiam adulteram, nisi simul cum adultero depræhensam in flagranti crimine ex lege Iulia, vt loquitur constitutio tituli 13. & Demosthenes παρ' αὐλὰ τῶ ἀκδιήματῶ. Ergo ex hac causa etiam propinquis senioribus in minores natu nil statuere licet.

AD TITVLVM XVI.

Ad legem Corn. de sicariis.

HÆc lex homicidia capitali pœna coercet, & ait generaliter, qui hominem occiderit, & ideo cuiuslibet conditionis hominem comprehendit. Non dicit, vt lex Numæ, *qui hominem liberum dolo malo sciens morti duit*, sed qui hominem occiderit: proinde cuiuscunque conditionis hominem, comprehendit etiam seruum & peregrinum, qui fuerit occisus, *l. 1 §. & qui hominem, ff. eod. tit. l. inde Neratius §. si dolo, ff. ad leg. Aquil.* Imo & cuiuscunque ætatis infantem, seu imperfectum hominem, *l. pen. h. tit.* & generaliter quoque quemcunque hominem qui occiderit, modo fuerit pubes, aut impubes doli capax, *l. 6. h. tit. l. 7. in fin. de pœn.* vt alio cap. eiusdem legis, *qui venenum malum fecerit*, M. Tullius pro Cluentio ait, *Omnes*

A *viros, mulieres, liberos, seruos in iudicium vocari.* Et non eum tantum lex Cornelia coercet, qui occiderit, sed etiam eum, qui in publico cum telo ambulauerit occidendi hominis causa, *l. 7. h. tit.* Lege Iulia de vi publica tenetur (quod notandum) qui cum telo in publico ambulauit sine distinctione, quoquo animo id fecerit, *l. 3. §. 1. ad leg. Iul. de vi publ.* Iuxta legem veterem, μη ξιφοφορεῖν. Lege autem Cornelia tenetur, qui cum telo in publico ambulauit, cum hac adiectione, hominis occidendi causa. Hæ duæ leges, vere sunt fundamenta omnium rerum publicarum. His legibus stat omnis Respublica, omne corpus, omne collegium: his stetit hæc schola diu. In lege Cornel. additur adhuc, qui hominem occiderit dolo malo: Nam si dolus & animus absit occidendi, fortuito casu, vel improuiso, non dolo malo, homicidium
B factum intelligitur, *l. 1. & 5. h. tit.* Dolum autem abesse qui dicit, id est, qui se non animo occidendi occidisse dicit, probare vtique debet, se non occidisse animo occidendi, vt ait *l. 1. h. tit.* Sicut qui dicit, se non iniuriæ faciendæ causa aliquid fecisse, id etiam debet probare *l. 5. ∫. de iniur.* Fecisse eum constat, occidisse constat. eius est, quem constat occidisse, purgare suam innocentiam, & probare dolum malum abesse, id est, non occidisse animo occidendi. Dices, ergo negantis est probatio: ergo negatio probari potest, quod omnes notant in *leg. 1.* Pessima est collectio, quia hæc negatio non est simplex negatio, sed tacita adseueratio, se fecisse casu, vt ait *l. 5. h. t.* Simplex negatio, veluti, non occidi, probari nullo modo potest, hoc non fert rerum natura, vt probetur negatio simplex, *l. actor, sup. de probat.* At negatio, quæ in se con-
C tinet affirmationem, puta non occidi animo occidendi, quod est vi ipsa, occidi casu, non animo, probari potest puta, ex genere ictus, vt in specie *l. 5.* si ictus calcis forte præbuerit mortis occasionem. ex genere etiam ferri, quo percussit, vt in *l. 1. §. pen. D. eod. tit.* si claui tantum percussit, vel, vt ait, si cucuma percussit, quod latinum nomen retinemus in nostro idiotismo, *(vn coquemar)* quod vel etiam probari potest ex aliis circumstantiis: vel si probet se mortuo semper summo necessitudinis & amicitiæ vinculo fuisse iunctum, nec vllam fuisse causam inimicitiarum. Non coercetur etiã lege Cornelia homicidium, quod quis fecit, ne ipse occideretur vt *l. 2. 3. & 4. h. tit.* Quo tamen casu etiam occisori, & hoc iure vtimur, opus est venia principis, quæ habeat adnotationẽ ipsius principis, id est, subscriptionem ipsius principis, vt cauetur in *Nouel. Valentiniani de homicidio casu facto.* Venia igi-
D tur indiget, alioqui punitur & qui casu non voluntate necauit, & qui necauit vitæ suæ tuendæ causa. Et quod in illa Nouella cauetur, vt homicidii pœna non remittatur ei, qui casu hominem necauit, vel sui defendendi causa sine venia principis, sine adnotatione, sine indulgentia: dico, sine adnotatione, quia non sufficit simplex indulgentia, quæ non habet adnotationẽ principis, sed indulgentias oportet principem manu sua subscribere, alioquin est inefficax indulgentia. Hoc idem quod cauetur ea Nouella, aperte demonstratur, *l. 5. h. tit.* etiam olim obtinuisse, dum ait, *eum, qui calcis ictu mortis occasionem præbuit, si hoc ita esse liquido probauerit, absolui debere secundum id quod adnotatione nostra comprehensum*
E *est.* Vbi miror Accursium non intelligere, quid sit adnotatio. Adnotatio est indulgentia admissi criminis subscripta manu principis. Et obseruandum ex inscriptione huius legis, quæ in Fragmentis Cod. Gregoriani talis est, & taliter etiam restituenda, *Habe*, id est, *Salue:* Nam & dicebant tenuiter, & aspirate. & est frequentissimum in C. Theod. *Habe Agatho carissime nobis*, qua salutatione princeps non vtitur, nisi cum scribit ad præsides prouinciarum. Et ideo ex inscriptione apparet, hanc legem fuisse scriptam ad Agathonẽ præsidem Prouinciæ, quoniam hanc salutationem præmittit, *Habe Ag. car. nob.* quo de genere inscriptionis est legenda Obseruatio 1. c. 15 Nam & sic in *l. dominus sup. de appell. Habe Eraclida carissime*

nobis, & in *l. si quis sup. de accusat. Habe Crispine carissime nobis*, & apud Eusebium in Historia sacra, χαῖρε Ἀννιανὲ τιμιώτατέ μοι. Porro Imperatores in hac *l. 5.* Agathoni præsidi prouinciæ præcipiunt, si ei probauerit is, qui hominem occiderit, se ictu calcis mortis occasionem præbuisse, id est, casu, non voluntate, vt eum absoluat; secundum quod, inquit, adnotatione nostra comprehensum est, id est, indulgentia, quam ei concessimus, sine qua, vt & Nouella illa Valentiniani definit, homicidium casu factum non relinquitur impunitum. Homicidiū autem factum dolo malo, ex ead. Nou. nec adnotatione principis remitti potest. Plures vero in hoc libro sunt ad eundem Agathonem leges eorundem Imperatorum, quarum inscriptiones eodem modo sunt restituendæ, quantum vestigia exstant manuscriptorum. Ex his est *l. 15. j. de pœn. l. 22. sup. de probat. l. 31. sup. de evict. l. 3. sup. si ignor. rem minor.* B Verum ad hæc posset quis dicere; lex 5. ait, ictum calcis mortis præbuisse occasionem, at is, qui mortis causam præbet, perinde ac homicida punitur, *l. nil interest, ff. eod. l. 6. sup. ad leg. Iul. de vi public.* Ergo & hic puniendus videtur, non absoluendus. Dico differentiam esse inter occasionem, & causam vt Philosophi docent. Occasio est accessio causæ. Et, vt hæc commonstrem exemplis ex iure nostro petitis, causa adquirendi legati est voluntas testatoris, quæ pro lege habetur *l. 12. tab.* occasio, mors eius, *l. 31. D. de mort. causa don.* Causa dominii adquirendi per vsucapionem est lex 12. tabularum, vt ait Cicero *pro Cæcinna*, occasio, contractus seu conuentio bona fide facta, ex qua res aliena mihi tradita est, *l. 33. eod.* sic in homicidio voluntario causa est fraus occisoris & malitia mala, occasio, ictus gladij. In non voluntario, causa C est fatum, occasio est ictus calcis, vel clauis, vel percussio leuis, vel quis alius casus.

AD TITVLVM XVII.

De his qui parentes vel liberos occiderunt.

IN quibusdam libris additur, ad legem Pompeiam, *vt in Digestis*, nec male: Nam etsi alia fuerit lex Cornelia de parricidiis, *l. 2. §. capta, ff. de orig. iur. l. vlt. C. Th. ad leg. Cornel. de falsis*, tamen lex Pompeia magis fuit recepta tanquā nouissima, quæ pro parricidio etiam habet cædem cognatorum ex transuerso, & affinium, & patronorum, & coniugis vxoris seu mariti. Proprie enim D parricidium tantum committitur inter parentes & liberos, inter ascendentes & descendentes, de quo solo etiam agit constitutio huius tituli, quæ id quoque vult, puniri more maiorum, primitus virgis sanguineis cæso parricida, vt ait *l. pen. ff. eod.* quales esse virgas lictorum apud Plinium legi, ex fruticibus scilicet sanguineis, qui arboribus infelicibus adnumerantur a Macrobio *3. cap. vlt.* vt quemadmodum alii criminosi more maiorum arbori infelici suspenduntur, ita parricidæ cædantur fustibus ex arbore infelici decerptis: deinde (vt hæc constitutio declarat) insuantur culeo. *Iuuenal.* Corio bouis. Cedrinus, δέρματι βοείῳ νεοδάρτῳ, *qui soit freschement escorché*, cum impiis animalibus impii homines, vt legimus in sententiis Adriani Imperatoris, quæ habentur inter glossas veteres, & referunt etiam (quod nusquam alibi memini me E legere) parricidam insutum culeo cum illis impiis animalibus plaustro iuncto nigris bobus, more maiorum deportari in mare, & abiici in profundum. Noua hæc pœna esse dicitur in Instit. quę tamē est vetustissima, quia scilicet non erat in vsu ante hanc constitutionem, non erat solemnis pœna: hodie igitur est noua. At valde est notandum, quod Sueton. scribit in *Augusto cap. 33.* hoc acerbissimo supplicio more maiorum nec conuictum & manifesti parricidii reum puniri, nisi vltro confiteretur, nec confessionem extorqueri tormentis. Ideoque vt det argumentum lenitatis Augusti, refert eum manifesti parricidii reum, quod eum culeo insuere non liceret, nisi confiteretur, interrogasse hoc modo, quasi suggerens, ne confiteretur: *Quid*, inquit, *patrem tuum non occidisti?* hoc est valde singulare, vt hæc pœna grauissima non exerceatur in conuictum, sed in confessum tantum sua sponte.

AD TITVLVM XVIII.

De maleficis, & Mathematicis & cæteris similibus.

LEx Cornelia fuit coniunctim de sicariis & veneficis. Vnde solet quæri quia scriptum est in *l. 2. §. capta, D. de Orig. iur.* Cornelium Syllam quæstiones publicas constituisse, id est, accusationes publicas, veluti de falso, de parricidio, de sicariis, & prætores quatuor adiecisse, qui scilicet de iis criminibus quærerent ex suis legibus omissa quæstione quarta, quoniam tantum tres quæstiones recensentur de falso parricidio, & de sicariis: quænam sit illa quarta quæstio, quæ est omissa, & proculdubio non est de veneficiis, quæ sub nomine de sicariis satis intelligitur, cum in lege Cornelia iungantur sicarii, & venefici, quia non in solo ferro est homicidium, sed in veneno, vel etiam in vi carminis, vt Lucanus ait:

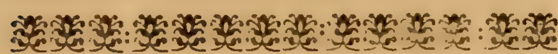
Mens hausti nulla sanie polluta veneni
Incantata perit.---

Et verius est, omissam quæstionem illo loco esse de iniuriis, quoniam lege Cornelia etiam de iniuriis publicum iudicium fuit constitutum, *l. hos accusare, §. vlt. ff. de accus.* sed forte est omissa publica quæstio de iniuriis, quia abierat in desuetudinem. Et iam, vt ait *l. 7. inf. de iniur.* iniuriarum quæstio non publici, sed priuati erat iudicii. De sicariis autem satis dictum est supra. Hic titul. est de veneficis. Nam maleficorum appellatione etiam venefici aut venenarii continentur, qui veneficiis, votis, diris, deuotionibus defigunt alios, qui fingunt cereas imagines hominis necandi causa aut cruciandi, quod glossa notauit in *l. 6.* huius tituli. Et ita Ouid. in Epistola Hypsipiles:

Deuouet absentes, simulacraque cerea fingit.

Et Horatius, *Atque mouere cereas imagines vt ipse nosti curiosus*, vbi curiosus, pro malefico seu mago accipitur. Denique hic titulus est de venefic. vnde statim, in *l. 1. huius tit.* admonemur, plus esse veneno neci dare, quam gladio occidere. Nec igitur esse mirum, si venenarius eadem qua sicarius aut maiore pœna plectatur. Maleficorum nomen latissime patet. Nam complectitur etiam Mathematicos: non qui Geometriam, Arithmeticam, Musicam, Astronomiam exercent, quæ artes sunt liberalissimæ, sed Chaldæi, vt vocabantur, & Genethliaci impostores quidam Mathematicorum nomine adumbrantes suas ineptias, qui profitentur se fata cuiusque nosse & Natalitias syderum obseruationes; qui omnes, & his similes, arioli, vaticinatores, Magi plerisque Senatusconsultis subiiciuntur pœnis legis Corneliæ *de sicariis, & venef. l. ex Senatusconsul. D. ad leg. Corn. de sicar.* Et apud Vlpianum in Fragment. librorum de officio Proconf. & apud Cornel. Tacitum multis in locis fit eorum Senatusconsultorum mentio, & coercentur tam discipuli, quam magistri, *l. pen. huius tit.* Tertullianus *lib. de idololat.* De his impostoribus scribens, *eadem pœna est*, inquit, *discipulis & magistris, & libri eorum comburuntur, l. cætera, §. 1. famil. ercisc.* Vbi vocantur hi libri improbatæ lectionis, iuxta elegans illud præceptum Phocylidis: φάρμακα μὴ τεύχειν, μαγικῶν βιβλίων ἀπέχεσθαι. Quod autem permittitur in *l. 4. h. tit.* vt iis malis artibus vti liceret salutis ferendæ causa, frugum a calamitate seruandarum causa, quod plerique faciunt, quos Seneca vocat χαλαζοφύλακας, *quasi obseruatores grandinum*, hoc recepit Paganismus, vt liceat improbatis artibus salutis ferendæ

ferendæ causa vti, & merito etiam huius legis pars est abrogata *Nouella Leonis Philosophi 65*.



AD TITVLVM XIX.

De sepulchro violato.

SVperioribus proximi sunt sepulchrorum violatores, quia & magicis artibus dediti plerunque acciendis manibus consueuerunt adire sepulchra, ossa legere, quod semel mihi videre contigit, mulierem scilicet legentem ossa, attrectantem reliquias, ac deinde præhensam & a iudice interrogatam cuius rei causa sepulchra violaret & defunctos inquietaret, respondisse, se maleficii causa hoc fecisse. vt plane dicam, recte maleficis esse proximos, aut maleficos resipere eos, qui sepulchra violant, qui lædunt religionem, qui sunt rei læsarum religionum, *l. 1.* vt Tacitus, *communi crimine læsarum religionum*, hoc est, violatorum sepulchrorum, in quos pœnæ statuuntur hoc titulo, & sunt constitutæ grauissimæ in clericos, *Nouel. Theod. de sepulchr.* quia clerici potissimum (*vt ait Nouella*) erant infames huius criminis, & ideo grauius puniuntur. Ratio additur in ea Nouella, quod vehementius sit puniendus, quem peccasse mireris. Notabo tantum quæ sunt præcipua in constitutionibus huius tituli. Noto primum ex *l. 1.* relegationis fuisse pœnam conuenientem seruis, quoniam in ea seruus, qui insciente domino sepulchrum violauit, in metallum datur: qui sciente domino aut iubente tantum relegatur. Ergo cadit in seruum relegatio, quod etiam ostendit lex *2. ff. qui & a quibus manum.* Et *l. 1. C. Theod. de mulierib. quæ se propriis seruis iunx.* Vnde apparet, quemadmodum sit fine cunctatione vlla accipiendum quod ait *l. hos accusare §. omnibus, ff. de accusat.* pœnam capitis aut pecuniariam non cadere in seruum, sicut relegationem. Quid hoc est, sicut relegationem? Vtrum sicut relegatio etiam non cadit, an sicut relegatio cadit? Et hoc est verius: Nam & ita loqui solent nostri auctores, *l. & non tantum §. vlt. ff. de pet. her. l. 3. ff. pro solu.* Noto præterea in *l. 3. huius tit.* vt apparet non tantum ex *C. Theod.* sed ex libris manuscriptis, deesse verbum vnum scilicet, *nota*, quo loco ait [*iudicem, qui non vindicat hoc crimen, non minus quam viginti librarum auri pœna*] quoniam legendum, *non minus nota*, id est, infamia, quam viginti librarum auri pœna puniri, perinde ac violatorem ipsum sepulchrorum, qui eadem pœna pecuniaria punitur. Vnde apparet etiam in *l. 3.* pœnam sepulchri violati, verti in pecuniariam pœnam, inferendam fisco scilicet, aut largitionibus, vt ait *l. 3.* puta priuatis. Nam Comiti largitionum priuatarum, Cassiodorus in formula eius Comitiuæ scribit fuisse commissam quietem defunctorum. Ea vero pœna pecuniaria, vt dixi, est 20. librarum auri: Nam & in *l. 4.* huius tituli, Basilica habent viginti pondo, non decem pondo, alioquin confligeret *l. 4.* cum tertia. Itemque eadem *l. 4.* de sepulchro violato iudicium publicum facit, dum ait, siue quis propria sepulchra defenderit, siue quis alius accusauerit, hoc est, siue is, ad quem res pertinet, siue extraneus accusauerit. & sequitur, *vel officium nuntiauerit*. Nam & sic habent Basilica, & Codex Theodos. non *officio*, vt in *l. 1. tit. 11.* sit omnibus facultas arguendi, sit officio copia nuntiandi. Recte ibi, *officio*. Sed in hac *l. 1.* vt sit idem sensus legendum est, *siue quicunque alius accusauerit, vel officium nuntiauerit*. Nam quæ in aliis est accusatio cum inscriptione: in officiis, id est, officialibus est nuntiatio sine inscriptione, *l. ea quæ, sup. de accus.* & crimen publicum dicitur id, cuius accusatio solemnis patet omnibus, & nuntiatio officio sine solemnibus accusationis. Et præterea, *l. 4.* ait, se hanc pœnam accedere velle publici iudicii & publicæ vindictæ de sepulchro violato, antiquo

Cod.

A supplicio, priscæ seueritati, vt scilicet demonstret, se non tollere actionem popularem de sepulchro violato, quæ prisco iure competit cuilibet, cessante eo, ad quem res pertinet ex edicto prætoris, quod proponitur in *ff. eod.* De lege *vlt. huius tit.* satis diximus in *Nouella 60*.



AD TITVLVM XX.

Ad Legem Fabiam de Plagiariis.

ALia fuit lex Cornelia de plagiariis, quod aperte indicat hic locus Apuleii libro 8. *Crimen*, inquit, *legis Corneliæ incurram, si ciuem Romanum pro seruo vendidero*: Nam vendi-
B tio ciuis Romani plagium est *l. 12. sup. de ingen. manum. l. 2. vbi de crimine agi oport.* sed in legis Corneliæ locum successit lex Fabia, sicut in eiusdem legis de parricidio successit lex Pompeia. Et vt lex Pompeia magis placuit, ita lex Fabia, qua plagiarii, qui & lauernæ & fraganæ dicuntur in veteribus glossis, publico iudicio lenius coercentur, nimirum pecuniaria pœna fisco inferenda, vt ait *l. 6.* Sed hodie ex constitutionibus adficiuntur longe grauiori, *l. vlt. ff. eod. tit. l. vlt. huius tit.* Quæ lex & dominum Alciatum & omnes plurimum torsit, quoniam in statuenda pœna plagii secum pugnare videbatur, cum in ea legebatur in prima parte [*teneantur.*] Sed rem expediuit Codex Theod. in quo legitur [*tenebantur*] quo verbo significatur id, quod est proditum in *l. vlt. ff. eod.* quod plagiarii damnabantur in metallum. Sed secunda
C pars huius legis vltimæ, infligit pœnam grauiorem metallo. Alciatus perfide multa scripsit, id est, multos auctores adducit falso, & scripsit in Codice Theod. legi in hac *l. vlt. ante cognitionem teneantur*, imo, ante cognitis suppliciis tenebantur, id est metalli pœna. Plagiarii autem sunt, qui sine vi dolo malo scientes abducunt liberos homines, atque supprimunt aut distrahunt. Item, qui seruos alienos, sine vi & furto abducunt, vel qui fugam eis persuadent. Et est in hoc tractatu nobilis quæstio, quæ sit ratio, ob quam non liceat fugitiuum seruum vendere aut donare, vt in *l. 6. h. tit.* Sed hæc ratio nuper fuit profligata in *Obseruat. 17*.

D



AD TITVLVM XXI.

Ad legem Visselliam.

TVetur lex Fabia ingenuos homines, quos plagiarii celant, & distrahunt. Lex Visellia etiam tuetur dignitatem & priuilegia ingenuorum, dum punit libertinos, qui honores solis ingenuis deferendos, veluti decurionatum, vsurpant & administrant, vel si qui se gerunt pro ingenuis, cum sint libertini. Hanc iniuriam lex Visellia vlciscitur, *l. 1. sup. quando ciuil. actio crim.* ni scilicet, vt ait constitutio huius tituli, ius aureorum annulorum libertini impetratint, quoniam hoc iure imagine quadam ingenui-
E tatis vtuntur, & adnumerantur in ordinem equestrem, cuius erat insigne aureus annulus. Ideoque etiã ita addi potest & formari hæc exceptio, nisi libertini ab equite Romano adoptati fuerint, vt apud Suetonium in Claudio cap. 24. quoniam & adoptati ab equite Romano, perinde atque donati iure aurei annuli pro equitibus Romanis habentur, & pro ingenuis, & ingenuis debitos honores possunt gerere. Itemque multo magis est, si libertini natalibus fuerint restituti, quoniam ii non imaginem tantum ingenuitatis habent, sed sunt vere ingenui. Et ita proditum est in *l. 1. inf. si seruus vel libert. ad decur. &c. lib. 10.* Fuit aliud caput legis Viselliæ de quo Vlpianus *lib. regul. tit. de Latinis*, vt libertus Latinus fiat ciuis Romanus, si sex annis inter vigiles militauerit.

RRr ij

AD TITVLVM XXII.

Ad legem Corneliam de falsis.

HAbuimus legem Corneliam de sicariis & de veneficis, qua etiam hodie vtimur; habuimus etiam legem Corneliam de parricid. sed versam in legem Pompeiam: & legem Corneliam de plagiar. sed versam in legem Fabiam. Sequitur lex Cornelia de falsis, quam nulla alia lex commutauit, vel in se conuertit, sicut nec legem Corneliam de sicariis & veneficis. Hæc lex Cornelia de falsis dicta est testamentaria, quia fuit de falsis testamentis, & per consequentiam de falsis codicillis, vt in plerisque legibus huius tituli. Et fuit etiam de veris testamentis, quæ quis suppressit vel subripuit dolo malo, qui perinde tenetur ac is, qui falsa testamenta scribit, *l. 14. huius tit.* Tam est falsarius, qui falsum testamentum scribit, quam qui verum vt non appareat, celat, supprimit, vel amouet, subripit. Fuit etiam lex Cornelia de testamentis confirmandis, quæ vera quidem sunt, sed irrita facta testatore capto ab hostibus si ibi decesserit, quia fingit lex eum decessisse in ciuitate, coniuncto tempore captiuitatis, ac si mortuus fuisset in ipso articulo quo captus est ab hostibus. Et de hoc capite legis Corneliæ est frequens mentio in tractatu de testamentis, & in titulo de captiuis. In hoc autem tractatu publicorum iudiciorum de illo tantum capite legis Corneliæ agitur, quo publicum iudicium leges constituunt in eum, qui sciens dolo malo testamentum supprimit, vel subripit, vt verum non appareat, vt veritas occultetur, vel qui interleuit verum testamentum, aut resignauit viui testamentum, vel qui falsum testamentum scripsit, signauit, signariue curauit, aut recitauit, *l. 2. ff. eod.* Item in eum, qui signum adulterinum fecit, sculpsit, quo obsignatione adulterini annuli vitiaretur verum testamentum, *l. 30. ff. eod.* quoniam tota ea lex fuit de testamentis, & constituit publicum iudicium, publicam accusationem, & vt opinor constituit pœnam capitalem, id est, mortis pœnam. Nam ita est propositum & proditum apertissime in *l. 1. & 5. h. tit.* crimen falsi esse capitale: quod cum dicimus, significamus id puniri vltima pœna. Et sane etiam falsum crimen dicitur esse ex grauioribus, *l. 3. §. 1 ff. de decurion.* Sed post legem Corneliam pœna falsi posterioribus constitutionibus facta est non capitalis, cum hac exceptione, nisi capitalem infligi aliquando forte magnitudo commissi exegerit: alioquin pœna falsi non est mors, sed deportatio. Et ita est proditum in *l. 20. h. tit.* Vt non male in *l. transigere, sup. de transact.* falsi crimen ponatur inter ea crimina, quæ non irrogant pœnam sanguinis, id est, quæ non sunt capitalia. At lege Cornelia dico fuisse pœnam capitalem: Nam quod est in *Institutionibus* leg. Corneliæ testamentariæ pœnam esse deportationem, id tam est falsum, quam quod est in eisdem Instit. *de publ. iudic.* lege Iulia adulteros puniri gladio. Falsum est vtrumque, si ad ipsas leges solas publicorum iudiciorum, si ad nudas leges (vt sunt initio conditæ) respicias, non etiam ad Senatusconsulta & constitutiones factas ad eas leges, quibus quæ pœna cauta est & subrogata, eam ipsis legibus publicis Iustinianus accommodat & tribuit. Nam & illud etiam quod est in Institutionibus, *l. Cornelia testamentaria eum puniri, qui aliud quodcunque instrumentum falsum conscripsit*, non est ex ipsa lege Cornelia, quæ tantum fuit de testament. sed ex Senatusconsulto. Varia facta sunt Senatusconsulta, quæ ampliarunt potestatem legis Corneliæ testamentariæ. Primum Senatusc. factum est Statilio Tauro & Libone consulibus, vt Vlpianus scribit *l. 4. §. 1. de offic. proconf.* quod Senatusc. in nostris libris dicitur Senatusconsultum Libonianum, quod sit factum Libone Consule, & Statilio Tauro. Eo Senatusconsulto redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ is, qui alienum testamentum scripsit, id est, qui est

A adhibitus scribendo alieno testamento, qui & testamentarius & Ennomius dicitur, & in eo sibi adscripsit partem hereditatis vel legati aliquam, qua de re in titulo sequenti. Sed eodem Senatusconsulto etiam pœna legis Corneliæ testamentariæ irrogatur ei, qui aliud quam falsum testamentum sciens dolo malo scripsit, signauit, non addo subripuit, sed qui aliud instrumentum, quam testamentum scripsit, signauit. Vnde in Instit. dum ait, *aliudue instrumentum*, notandum, hoc esse ex Senatusconsulto Liboniano. non igitur id tantum est, *de iis qui sibi adscribunt* de quib. tit. seq. sed etiam de eo qui aliud quodcunque instrumentum falsum scripsit, signauit, vt perinde puniatur ac si damnatus esset lege Cornelia testamentaria. Dein aliud est factum Senatusconsultum Licinio & Tauro consulibus, vt idem Vlpianus ait eo-
B dem loco, quo legis Corneliæ pœna irrogatur ei, qui ob falsas testationes faciendas, testimoniaue falsa inuicem dicenda, id est, mutua testimonia, sicut Græci dicebant, *da mihi mutuum testimonium, aut ad testimonia falsa consignanda.* (testimonium vel dicitur, vel in tabella scribitur & obsignatur) qui, inquam, hæc dolo malo curauit, de quibus nil erat cautum l. Cornelia testamentaria, nil de falsis testimoniis, sed de falsis testamentis. Tertium item Senatusconsultum, & omnia hæc Senatusconsulta sub Tiberio, vt Consules monstrant, factum fuit Cotta & Messala Coss. vt idem Vlpianus scribit, quo eadem pœna irrogatur ei, qui pecuniam acceperit ob instruendam aduocationem, testimoniaue, id est, vt lis instrueretur aduocatis & testibus, *l. 20. D. eod. tit.* qui,
C inquam, ob instruendam aduocationem & testimonia pecuniam acceperit, pactusue fuerit, societatem coierit, aut aliquam obligationem interposuerit, sic legendum apud Vlpianum *ex d. l. 20.* Quartum & vltimum Senatusconsultum factum fuit sub eodem Tiberio duobus Geminis Coss. vt idem Vlpianus scribit, quibus Consulibus Dominus noster Iesus Christus cruci est affixus. Et eo Senatusconsul. facto duobus Geminis consulibus redigitur ad pœnam legis Corneliæ testamentariæ, qui coierit ad accusationem innocentium dolo malo: ego erro. Nam hoc etiam quod dixi est tribuendum Senatusconsulto tertio si quis coierit ad accusationem innocentium dolo malo: nam Senatusconsultum, quod fuit factum duobus Geminis Coss. pœna legis Corneliæ affi-
D cit, auctore eodem Vlpiano, eum, qui ob denuntiandum vel non denuntiandum remittendumue testimoniũ pecuniam accepit. Vlpiano debemus cognitionem temporum, quibus ea Senatusconsulta facta sunt, quibus Consulibus, quo imperante. Cæterum iam erat proditum *in Digestis*, superiora omnia etiam comprehendi Senatusconsultis lege Cornelia testamentaria ad ea porrecta, *l. 1. ff. eod. l. 2. de concuss. & in d. l. 1.* vt *l. 20.* ostendit. Et quod ante retuli ex Vlpiano, est legendum, ob instruendam aduocationem testimoniaue pecuniam accepit, obligationem, pactionemue fecerit, societatem coierit ad accusationem innocentium, vt *l. 2. ff. de concuss.* Et ex his omnibus causis etiam Senatusconsultis constitutum est publ. iud. & publ. crimen, *d. l. 2. de concuss.* Ego recte dicã
E de quolibet instrumento falso esse publicum crimen, quod ita est cautum Senatusc. vt & publico crimine tanquam ex l. Cornelia test. teneatur, qui aliud instrumentum falsum scripsit vel obsignauit: at non etiam dicam, quod sicut de testamento subrepto est publicũ iudicium ex lege Cornelia: Ita dicam esse iudicium publicum de instrumento subrepto, vt verum non appareret, quoniã id non fuit expressum Senatusconsulto. Sed Senatusconsultum Libonianum loquitur tantum de eo, qui falsum testamentum scripsit vel signauit, non de eo, qui verum amouit vel celauit, qui potest accusari ea de re non a quolibet, sed ab iis tantum, ad quos ea res pertinet *l. 16. ff. eod.* Denique de subrepto vel suppresso vero testamento est publicum crimen ex l. Cornelia: de suppresso vel subrepto alio instrumẽto non est publicum crimen.

Etiam

Etiam notandum est, crimen suppositi partus non esse publicum crimen, licet ad hunc quoque casum constitutiones porrexerint pœnam legis Corneliæ testamentariæ, quod & falsum committit, quæ supponit partum. Et eleganter Græci *ad l. 1. h. tit.* δοκεῖ γὰρ τὴν φύσιν παραγράφειν, id est, *videtur naturam ipsam fallere, quæ subiicit partum.* Et ideo ex constitutionibus tenetur pœna legis Corneliæ, ac si falsum testamentum scripsisset, sed non est publica accusatio, quoniam constitutiones, quæ hunc casum subiecerunt legi Corneliæ, hanc tantum accusationem permiserunt iis, quorum interest, *l. 30. §. 1. D. eod.* Verum, vt de falso testamento accusatio, vel de quolibet falso instrumento aut testimonio aut corruptela ex Senatusconsultis est perpetua, id est, durat vsque ad 20. ann. Crimen omne finitur vicennio, id est, nisi quis instituat accusationem intra viginti annos, post id tempus non admittitur. Et hoc iure vtimur. Ita etiam accusatio suppositi partus est perpetua nullis clausa præscriptionibus temporariis, *l. 12. h. tit. l. 19. ff. eod. d. l. 2. C. Theod. eod.* Illo loco, *accusatio nullis clausa præscriptionibus temporariis*, scilicet, *breuioris temporis*, vt accusatio adulterii clauditur præscriptione 5. annorum, vt etiam peculatus. iis præscriptionibus breuioris temporis, nec clauditur accusatio suppositi partus, nec vlla accusatio falsi, sed longo tantum spatio, id est, viginti annorum. Et in *d. l. 19. ff. eod.* notatur accusationis adulterii, quod cum adulterio solet conferri suppositio partus. Sed est differentia hæc inter ea crimina, quod adulterii accusatio est temporaria 5. annorum, suppositi partus perpetua, id est, 20. annorum. Commune tamen hoc inter se habent, adulterium & suppositio, quod ob pupillarem ætatem, ob infantiam filii, accusatio adulterii non differtur, *l. miles §. defuncto, ad leg. Iul. de adult. l. Titia, ff. de Carbon. edicto.* Quod tamen posset tentari, differendam esse accusationem adulterii in mulierem ob filium infantem, quem ex matrimonio procreauit, ne fiat præiudicium infanti. Sed hoc non est verum, quia potest mulier esse adultera, & infans reuera procreatus ex eo matrimonio. Ergo, quod dicitur mater adultera non præiudicat infanti, hoc est statui infantis, quia potest defunctum patrem habuisse infans, & mater eius fuisse adultera. Dico defunctum patrem matrimonio soluto morte patris, quia quæstio status pueri viuo patre non differtur in pubertatem, sed tantum mortuo patre, si moueatur post mortem patris ex edicto Carboniano. Ita vero ob infantiam filii non differtur accusatio partus suppositi post mortem patris aduersus matrem ex hac causa instituta accusatione. Et hæc est sententia *l. 2. huius tit.* Cur non differatur accusatio suppositi partus ob pueritiam filii, non eadem est ratio, quæ reddita est de accusatione adulterii non differenda, quod non faciat præiudicium puero: Nam hæc accusatio suppositi partus, sane facit præiudicium puero, quia si appareret mulierem supposuisse, si conuicta & damnata fuerit suppositi partus, plane pro supposito haberetur, nec admitteretur ad bona patris, contra quam hic Accursius tentare conetur, *l. 1. §. vlt. ff. de Carbon. edicto.* Sed alia est ratio quædam propria cur etiam differatur accusatio suppositi partus in tempus pubertatis filij infantis. Et ratio huius rei proponitur in hac *l. 1. h. tit.* quia est verisimile, matrem accusatam suppositi partus ex fide causam suam acturam, quia capitis pœnam subit & vitæ periculum adit: quæ ratio non potuit reddi de adulterio similiter, quia non fuit capitale crimen. Et congruit cum hac ratione legis primæ huius tituli, *d. l. 1. §. vlt.* quia vtique, inquit, mater integra fide & maiore constantia causam est defensura recenti partus tempore. Et ideo non est necesse differri accusationem in gratiam pueri, quia nullus subest metus, quin strenue se defendat mater. At si forte damnata fuerit, ea sane res præiudicium afferet partui, & eum excludet bonis paternis. In *hac l. 1.* ratio dubitandi erat, quia cum quæritur post mortem patris de statu pupilli & bonis paternis, vel de statu tantum pupilli, quæstio differtur in tempus pubertatis, vt puta, si dicatur suppositus. quia metus potest esse, ne pupillus minus idonee defendatur. Sed hæc ita procedunt, si principaliter agatur de statu pupilli: sed si principaliter matri obiiciatur crimen adulterii vel suppositi partus, non est differenda accusatio in tempus pubertatis, sed repræsentanda. Nec obstat lex *si ventris, ff. de ventre in possess. mitt.* quæ ait, *differendam esse accusationem adultery, ne*, inquit, *ventri fiat præiudicium, si mulier ventris nomine in possessionem sit missa, & ipsa accusetur. scilicet concepisse ex adulterio.* accusatio plane tangit ventrem, atque adeo ei facit præiudicium, cum, quæ missa est ventris nomine in possessionem bonorum paternorum, arguitur vterum gestare ex adulterio, non ex matrimonio. Sed apparet in specie *legis, si ventris*, esse quæstionem principaliter de bonis paternis, in quæ missa fuit mulier ventris nomine, quo genere palam fit præiudicium vtero, & ideo differtur accusatio adulterii. Sed si de adulterio quæratur tantum publico iudicio, nulla mota pupillo, aut ventri quæstione bonorum paternorum, non differtur accusatio adulterii. Quæstio est de supposito partu in hac *l. 1. h. tit.* recte dicitur venire in iudicium pœnamque legis Corneliæ, quia & suppositio partus, falsitas est, & fraus facta naturæ, & cadit in generalem definitionẽ falsi. Quid est falsum? Paul. 5. Sent. *Quidquid in veritate non est, sed pro vero adseueratur.* Et August. in Soliloq. *Quidquid ad similitudinem alicuius est accommodatum, nec id tamen est, cuius simile apparet.* In has definitiones cadit suppositio partus, & omne genus falsi. Nam quæ proponitur definitio falsi in *l. quid sit falsum, ff. eod.* ὡς ἐν τύπῳ proponitur, neque comprehendit hoc genus falsi, dum ait lex, *falsum esse imitari alienum chirographum, vel libellum, aut rationes alienas intercidere aut describere.* Quod Iuriscõsultus proponit, non quasi ea tantum veniant in crimen falsi, sed vt excludat a crimine falsi, sicuti subiicit mendacium, quod quis inserit scripturæ propriæ, ac si diceret falsum est imitari alienam scripturam, non in propria scriptura mentiri, vt puta si quis in computatione, vel in ratione mentiatur dolo malo, si pro 10. ponat 12. Non omne mendacium falsum est: aliquod mendacium est falsum, vt falsum testimoniũ, quia adserit pro vero quod non est verum. Verũ exponere pergamus de partu supposito, quæ resident adhuc. L. 1. ait, mortuo patre relicto filio impubere, propter ætatem filii impuberis, ne scilicet ei præiudicium fiat, accusationem suppositi partus, quæ in matrem intenditur, non differri in tempus pubertatis pueri, hac ratione, quia non est, quod metuamus, inquit, ne puero fiat præiudicium, si interim agitetur crimen suppositi partus, quia est verisimile matrem hanc causam defensuram ex omni fide, cum subeat periculum capitis. Quam rationem etiam expressit, sed aliis verbis Vlpianus in *l. 1. §. vlt. ff. de Carb. edic.* Sed verba Vlpiani sunt valde vitiata ab interpunctionibus, & possunt, vt fit sæpe vel solæ interpunctiones malæ lectorem perducere in errorem. Itaque ea verba Vlpiani ita distinguenda sunt: Cum vero mater rea postulatur, vtique integra fide & maiore constantia causam defensura, deinde lege vno spiritu, recenti tempore dubium non est cognitionẽ fieri oportere. Et ita perspicua ratio & sententia Vlpiani erit, & nimirum sensus est: cum mater suppositi partus rea postulatur, quia certe est causam suam defensura integra & maiore constantia, quam pupillus, si de statu cum eo principalis esset quæstio, non cum matre de partu supposito. Quia igitur certe mater causam suam ex fide defensura est, & totis viribus, cum agatur de eius capite (est enim capitale crimen suppositi partus) ideo absque vllo metu præiudicii futuri in perniciem pupilli recenti tempore, id est, præsenti tempore, vt ait *l. 2. eiusdem tit. de Carb. edic.* in recenti, vt ait *l. si diuturno, ff. de pœnis, l. si creditores, ff. de reb. auctor. iud. poss.* Denique recenti tempore, id est, in præsenti, id est, re non dilata in tempus

pubertatis de crimine suppositi partus cognoscendum esse. Ergo recenti tempore dubium non est cognitionem fieri oportere, id est, cognitionem suppositi partus statim repræsentari oportere. Quod autem subiicit in eo §. post euentum cognitionis, si suppositum partum apparuerit, si damnata mater fuerit, pupillum excludi bonis defuncti, quem mulier asserebat esse patrem pueri falso, quia est conuicta & condemnata. Hoc, inquam, quod ait ille §. pugnat cum regula iuris, vt res inter alios iudicata aliis non noceat. Nam rem iudicatam contra matrem ait nocere filio, cum quo lis non fuit, vt nec admittatur ad bona defuncti, tanquam filius. Et illa regula efficit, vt contenderit Accurs. in hac *l.1.* damnationem matris non nocere filio, contra sententiam manifestam *d.l.1.§.vlt.* Sed mouere illum non debuit illa regula iuris, nec enim semper locum habet, sed distinctiones quasdam admittit, vt ait *l.sæpe, ff. de re iudic.* Certe hoc casu fallit hac ratione, quia & si lis iudiciumque cum matre fuerit, non cum filio, tamen palam est iudicatum, defunctum patrem eius non fuisse, suppositittium illum fuisse, quod non potest non præiudicium afferre postea volenti agere de bonis defuncti, tanquam patris, quia manifestum est præiudicium: quæ sunt manifesta, non possumus effugere, quæ in nos pronuntiata diserte & euidenter sunt. Et hæc de supposito partu. Nunc ad *l. pen. & vlt. huius tit.*

Ad Leg. pen. & vlt.

Sciendum est, de falso agi posse, non tantum criminaliter publico iudicio, sed etiam ciuiliter priuato iudicio, & altero iudicio alterum non consumi, vtroque licere experiri, vt definit *l.1. inf. quando ciuil. act. præiud. crim.* Et statuit idem etiam esse in omnibus criminibus, vt de eis & ciuiliter & criminaliter agi possit, vt ciuiliter, hoc postulat vtilitas priuatorum, vt criminaliter, hoc postulat vigor publicæ disciplinæ *l. locatio §. quod illicite, D. de public. & vectig. & comm.* Et ita de vi agitur criminaliter ex lege Iulia, & ciuiliter interdicto vnde vi, vel actione vi bonor. rapt. De homicidio etiam est actio ciuilis internecini, sic appellata *l. 14. C. Theod. de accusat.* & criminalis ex lege Cornelia. Item, de sepulchro violato est actio ciuilis ex edicto prætoris, & criminalis publici iudicii, *l. 4. sup. de sepul. viol.* De adulterio quoque est criminale iudicium ex lege Iulia, & ciuile, quo agitur de repetenda dote, aut lucrifacienda, *l. vlt. sup. ad leg. Iul de adult.* Fuit etiam olim de adulterio, ante Iustinianum, qui eam sustulit, actio ciuilis de moribus, de qua in *l. 5. D. de pact. dotal.* Sed in ea hoc erat singulare, quod maritus, qui elegerat actionem ciuilem de moribus, postea non poterat accusare mulierem adulterii lege Iulia, *l. 1. C. Theod. Victum ciuiliter, criminaliter agere posse;* vbi excipit actionem de moribus. Et videtur etiam hodie nos debere excipere actionem furti ciuilem in duplum vel quadruplum, vt qui eam elegerit, & duplum vel quadruplum fuerit consequutus, non possit postea furti criminaliter agere. Nam e contrario si elegerit criminalem persecutionem in furem, & simplum consequutus fuerit, id est rem subreptam, sane postea non potest agere ciuiliter in duplum vel quadruplum, *l. interdum §. qui furem, D. de furt.* Cur hodie non vtimur actione furti ciuili? quia eligimus criminalem & extraordinariam criminis persequutionem. Alias vero ciuilis actio non consumit criminalem, & vice versa criminalis si electa sit, non consumit ciuilem. Nam vt & aliis exemplis commonstremus hoc: est de plagio actio ciuilis serui corrupti vel furti, si quid seruus, cui fugam suasi, subripuerit, quod ego receperim, *l. 2. & 12. sup. ad leg. Fab. de plag.* Est etiam interdictum de libero homine exhib. ciuile iudicium, *l. 3. ff. de lib. hom. exhib.* Et præterea criminale ex lege Fab. *de plag.* Item quod libertinus se egerit pro ingenuo, est ciuilis actio, de debitis operis patrono ex stipulatu, vel iureiurando, & criminalis accusatio ex lege Visellia, *l. 1. sup. tit* quæ fuit lata tempore Tiberii, Cornelio Cethego, & Visellio Varrone Consulib. Et similiter, de suppresso testamento est interdictum, *de tab. exhib.* ciuile iudicium, & criminale ex lege Cornelia testamentaria, *l. 3. § si quis dolo, ff. de tabul. exhib.* nec altero alterum consumitur, sed vtroque iudicio experiri licet. Item de alio quolibet falso & ciuiliter & criminaliter potest agi, vt initio dixi, & probant multæ leges huius tit. & maxime *l. pen. & vlt.* Exstincto vel finito ciuili (exstinguitur indulgentia principis *par grace, par pardon,* finitur sententia iudicis) exstincto, inquam, aut finito criminali iudicio falsi, superest ciuile, *l. 9. h. tit.* Itemque cessante iudicio criminali superest ciuile, vt in *l. 5.* filius matrem non potest accusare falsi aut patrem criminaliter, filius non potest accusare matrem suppositi partus criminaliter: ceterum ciuiliter. de ea re potest cum ea agere leuiore iudicio, quale est omne ciuile iudicium, *d. l. 5. l. si tamen §. 1. ff. de accus.* contra finito iudicio ciuili falsi, superest criminale, *l. 16. & l. pen. huius tit.* Denique altero alterum non tollitur, & siue agatur de falso ciuiliter, siue criminaliter, *l. vlt. h. tit.* ostendit, probationes exigi tam ab actore, quam ab reo, probationes exigi ab eo, qui profert instrumentum, vt doceat esse verum, & ab eo, qui id arguit esse falsum. Et sumpta est illa lex vltima, ex *l. 2. C. Theod. de testament.* & congruit cum ea *l. 4. C. Theod. de fide & testibus, & l. vlt. sup. de fide instrum.* Nec hoc est nouum, vt iudex probationes exigat ab vtraque parte, cum etsi sit controuersia de genere, de gente, probationes exigantur ab vtraque parte, *Nouel. 35.* Hactenus ostendi de eodem crimine agi posse ciuiliter & criminaliter, nec vno iudicio tolli aliud. Nunc quæramus, quid sit dicendum, si actioni ciuili de alia re institutæ, quam de fide instrumenti, vel falsitate, puta de credita pecunia, vel de legato, vel de proprietate rei, incidat quæstio falsi criminalis, vt puta, si agenti ex testamento ciuiliter, vel ex chirographo, vel rem vindicanti & proferenti instrumentum auctoritatis, instrumentum emptionis, obiiciatur falsum esse testamentum, falsum instrumentum, & falsum chirographum: quæro qua de re sit prius disceptandum, de crimine falsi, an de ciuili causa. Et hac in re seruatur regula iur. vt prius agatur de maiori re, de crimine, quam de causa ciuili, *l. adulterij, sup. ad leg. Iuliam de adult. l. vlt. sup. de ordine iudic. l. 5. §. si de vi, ff. ad leg. Iul. de vi publ.* Ideoque si iudex datus cœperit cognoscere de causa ciuili, si iudex pedaneus, qui iudicat pedes, non ex suggestu, vel tribunali, sit datus specialiter, vt fit in causa ciuili creditæ pecuniæ, agente creditore ex chirographo, ei obiiciatur crimen falsi chirographi, hæc obiectio criminis moratur cognitionem iudicis pedanei *(il ne peut passer outre.)* Quod ex contrario demonstrat lex *20. h. tit.* dum ait, *iudicem datum posse cognoscere de causa ciuili, cui iudex est addictus.* Etiamsi obiiciatur exemplum precum seu libelli supplicis, quo vtitur aduersarius in ea causa, non per omnia congruere cum originali: denique aliqua ex parte esse falsum: Hæc obiectio non impedit cognitionem iudicis pedanei, si modo constet id contigisse per errorem scriptoris, vt alius esset tenor exẽpli, quam authentici, quia quod fit per errorẽ, cum vacet dolo, non deputatur crimini falsi, vt *l. D. Pius, ff. eod. t.* refert D. Marcum pro sua humanitate remisisse pœnam falsi ei, qui per errorem in iudicio protulerat instrumentũ falsum. Et similiter Suetonius in Augusto, vt arguat lenitatem Augusti, ait, eum ignouisse iis, quos constiterat errore inductos ad falsum testamentum signandum. Ex contrario igitur, si falsi crimen commissi dolo malo incidat in iudiciũ ciuile, quod est cœptum apud pedaneum iudicem, iudex temperare debet eo casu a cognitione ciuili, vt criminale iudicium præferat ciuili, & de criminali prius statuat iudex competens, iudex maior (Nam iudex pedaneus de criminali causa cognoscere non potest.) Et tamen si cœpta actione

ciuili apud pedaneum iudicem, puta de pecunia credita, A incidat quæstio falsi, quæ intendatur ciuiliter, non debet temperare a cognitione, sed exequi eam debet. Et ita respondisse Paul. ait l. 11. h. t. & hic locus est singularis. Denique sic dicamus: Iudex datus in causa ciuili, puta pecuniæ creditæ, etiã cognoscere potest de falso, quod ciuiliter obiicitur, non si obiiciatur criminaliter, sed abstinere debet a cognitione, & transferre causam criminalem ad magistratum. Et hoc olim ita obtinuisse, vt criminalis accusatio falsi anteponeretur ciuili actioni institutæ alia de re, quam de falso, hoc, inquam, obtinuisse secundum regulam iuris testatur *l. 2. C. Theod. eod. tit.* Sed addenda est vna tantum exceptio, nisi constet iudici debitorem conuentum ex chirographo, morandæ tantum solutionis causa per calumniam obiicere crimen falsi chirographi, quæ est sententia *l. 2. h. tit.* At *d. l. 2.* B *C. Theod.* Contra ius vetus & regulam illam iuris in proposita specie vult, prius peragi ciuilem causam, quam accusationem falsi, quæ incurrit & incidit. Sed hoc Iustinianus non probauit & perstitit in veteri regula iuris. Et hoc non probasse Iustinianum argumentum præstat, quod ex *d. l. 2. C. Theod. eod.* Iustinianus id tantum retinuit, quod est in *l. vbi, h. tit.* in qua hoc non proponitur, vt ciuilis præferatur criminali, sed hoc tantum, vt cum de falso agitur criminaliter, in eam rem diligenter inquiratur argumentis, inquit, testibus, & collatione scripturarum, siue de fide instrumenti quæratur, & aliis vestigiis veritatis, & vt probationes requirantur ex vtraque parte a iudice, vt in *l. vlt.* & iudex inter vtramque partem sedeat medius & taciturnus, nec interfando suos sensus aperiat, qua de re Gellius scripsit *lib. 14.* C *cap. 2.* vtrum iudex aliquid interloqui debeat, quod promat sensus animi sui, an tacere semper. Sed lex vult, vt nihil interloquatur, quod possit animi sui sensus aperire, sed vt iudicet ad imitationem relationis, quæ solum audiendi mandat officium, id est, cum causæ cognoscuntur per relationem, puta delegato iudice, vt sæpe fit rescriptis vt causam audiat, dein referat ad principem. Iudex igitur sic iudicet de crimine falsi, ac si tantum audiendi facultatem habeat, non pronuntiandi, qui tamen & pronuntiandi habet. Sed his verbis indicit silentium lex *vbi.* Et postremo ostendit litem criminalem falsi esse finiendam a tempore litis contestatæ intra annum, vt erat in *Cod. Theod.* Quoniam ante Iustinianum causa criminalis erat finienda intra annum *l. reus, ff. de muner. & honoribus, & in Cod. Theodos. vt intra annum criminalis, &c.* Sed Iustinianus annum mutauit in biennium, vt infra demonstrabitur. Et postea *l. vbi* addit pœnam falsi, nempe deportationem, nisi magnitudo commissi exigat pœnam mortis, quæ verba sunt obscura. Et ideo ea est interpretatus Leo *Nouel.* 77. vt crimen falsi non sit capitale, nisi cum quis falsum instrumentum fecit, quo aduersarius periret & plecteretur morte. Qui hoc egit falsarius sustinebit mortem, alioquin tantum deportationem. Ergo concludamus ex mente Iustiniani, si in actionem ciuilem incidat falsi criminalis, subsistere debere actionem ciuilem, quoad criminalis sit finita secundum regulam iuris, a qua tamen discedebat illa *l. 2. Cod. Theod. eod.* Sicut & ea regula in plerisque aliis causis fallit, vt cum agitur de possessione vi erepta. E *l. si quis, inf. ad leg. Iul. de vi, & l. 1. de appellat. sup.* quod ibi exposui. Vel cum in crimen plagii incidit quæstio proprietatis, prius est de proprietate, quã de plagio iudicandum, *l. 8. sup. ad leg. Fab. de plagiar.* Et cum in criminalem causam incidit quæstio status, *l. quoniam, sup. ad leg. Iul. de adult.* Vno verbo ab ea regula excipiuntur causæ ciuiles quæ præiudiciales sunt, sine quibus criminales non possunt expediri.

AD TITVLVM XXIII.

De iis, qui sibi adscribunt in testamento.

Ex Senatusconsultis, quæ facta sunt ad legem Corneliam testamentariam, vnum est, quod dicitur Libonianum, de quo in hoc titulo agitur. Factum id est Statilio Tauro & Libone Coss. auctore Tiberio, vt Vlpianus indicat, *sup. de offic. proconsf.* Et sententia eius Senatusconsulti hæc est, vt pœna legis Cornel. testament. afficiatur is, qui, cum adhibitus esset & aduocatus ad scribendum alienum testamentum, in eo sibi adscripsit hereditatem, vel legatum, vel fideicommissum, vel libertatem, vel aliud quodcumq; emolumentum dictante & iubente testatore, vt in *l. 1. §. 6. huius tit.* Quid ergo? delinquitne testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti, qui sibi adscribit aliquid volente ipso testatore? ita est, quia debuit alium poscere scriptorem, qui hoc adscriberet, non ipse sibi adscribere: Nã ex hac causa valebit testamentum, etiamsi alia atque alia manu scriptum sit: vna pars manu Titii, altera pars manu Sempronii, qua quid relinquitur scriptori prioris partis, *l. D. Claudius §. vlt. ff. eod.* Ergo ex Senatusconsulto Liboniano in pœnam legis Corneliæ incidit testamentarius, qui dictante, nuncupante, volente, iubente testatore, sibi aliquid adscribit: nam si hoc faceret inuito, vel ignorante testatore, plane & directo locus esset legi Corneliæ testamentariæ, non Senatusconsulto Liboniano, *l. impuberem adimendo, ff. eod.* Aliud est falsum, aliud quasi falsum, vt in *l. 1. §. vlt. ff. eod. Pœna,* inquit, *falsi, vel quasi falsi.* falsi ex lege Cornelia testament. quasi falsi, ex Senatusconsulto Liboniano. Nam falsum committit testamentarius, qui inuito vel ignorante testatore sibi adscribit legatum: nihil est certius, quã eum sibi falso adscribere legatum, quod adscribit inuito vel ignorante testatore: at qui id sibi adscribit volente testatore, sane falsum non committit, sed quasi falsum, quia hoc facientem & audentem Senatusconsultum Libonianum redigit ad pœnam falsi: proinde non tantum falsum punitur, sed etiam quasi falsum ex hoc Senatusconsulto, tametsi id quod sibi adscripsit, pro non scripto habeatur, *l. 1. de iis, quæ pro non script. hab.* Delicta puniuntur, etiamsi delinquenti nullum commodum afferant. Ergo verum est, pro non scripto haberi id, quod sibi testamentarius dictante & volente testatore adscribit, & legatum quidem, quod sibi adscribit, remanere apud heredem, vel fideicommissum: Hereditatem autem, quam sibi adscribit volente testatore, pertinere ad substitutum, vel ad coheredem, vel iis deficientibus, ad legitimum heredem, quoniam Senatuscons. Liboniano fiscus non vocatur. Ergo licet cadat relicto testamentarius, non ideo tamen minus punitur. At notandum est huius pœnæ gratiam facere aliquando Senatum, vel Principem deprecantibus testamentariis variis ex causis, vt puta, si dicant, se ius ignorasse, id est, Senatusconsultum Libonianum, vel si vltro dicãt, se paratos esse discedere ab eo, quod sibi adscripserunt. Raro quidem eis veniam dari ait, *l. 3. h. tit.* ob supradictas causas, Sic enim vulgo est scriptum, *raro veniam dederunt,* & similiter in Basilicis σπανίως. Et ideo *raro,* quia regulariter iuris ignorantia non excusat, & quia vltro abstinere relicto, parum releuat scriptorem, cum neque id, si velit, capere possit, excusat tamen iuris ignorantia hac in re minorem 25. annis. *l. 5. ff. eod.* & mulierem, *l. D. Claudius §. pen. eod.* & militem etiam iuris error excusat, *l. 5. h. tit.* Quæ lex est exemplum veniæ, seu indulgentiæ principis, siquidem in ea legatur, vt in Basilicis, hoc modo, *sequutus tenorem indulgentiæ meæ, pœnam legis Cornel. tibi remitto,* vt etiam legit Haloander, ἀκολουθήσας τῇ δυνάμει τῆς ἐμῆς φιλανθρωπίας, τὴν τι-

μαρτυρίαν τοῦ νόμου Κορνελίου συγχωρεῖ. Et vt ait in hac *l.* 5. malitia tantum punitur Senatusconsulto, non error, in *l.* 20. *tit. prox. sup. & l. D. Pius, ff. eod.* Posset & interdictum excusare quemlibet apud principem illa spontanea professio & abstentio relicti. Poterit etiam dari venia, si petatur, marito, qui sibi adscripsit vxore dictante, vt ei obsequeretur, vt in *l.* 4. *h. tit.* Datur etiam plane venia filiofam. qui sibi aliquid adscripsit in testamento patris, nuncupante & dictante patre & imperante, quia ei necesse fuit parere patri, *l.* 5. *ff. eod.* Ac ita dabitur venia seruo, qui sibi adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem domino imperante, vt in *l. vlt. huius tit. l. Diuus Claudius* §. *& quatenus, ff. eod.* Nam leue est hoc delictum, & in leuioribus delictis excusantur omnino qui obtemperant imperio patris vel domini. In grauioribus autem delictis, non omnino excusantur, quia debent potius sufferre mortem, quam obtemperare patri vel domino facinora atrociora imperanti. Ceterum si imperauerint, mitius puniuntur, *l. seruos sup. ad leg. Iul. de vi. l.* 2. *de sepulc. viol.* Datur etiam venia extraneo, qui sibi adscripsit in testamento, si codicillis testator generaliter scripserit se dictasse testamentum, vti est scriptum. Ob eam rem testamentarius facile veniam impetrabit a principe, sed non capiet legatum, *l. 2. h. tit. d. l. D. Claudius* §. *plane.* Denique plerisque casib. vel causis testamentario potest remitti beneficio principis aut senatus pœna legis Corneliæ, at nullo casu id, quod sibi adscripsit, capere permittitur. Proinde, quibus casibus testamentario venia opus est, iis omnibus, etiamsi eam impetret, relicto excluditur. Exposui quibus ex causis detur venia testamentario ne afficiatur pœna leg. Cornel. Exponam nunc casus vel causas, ex quib. etiamsi quis sibi adscripserit in alieno testamento, cessat Senatusconsultum Libonianum, & ipso iure securus est, qui sibi adscripsit, vt puta, si id quod sibi quis adscripsit, testator sua manu in codicillis nominatim scripserit, *se ei reliquisse*, non generaliter, se dictasse testamentum, sed se L. Titio dictasse & reliquisse, quod ille sibi adscripsit, *l.* 2. *h. tit.* vel etiamsi ita specialiter subscribat testamento. *Quod L. Titio dictaui, legi & recognoui.* hoc casu cessat Senatusconsultum Libonianum, scilicet, si L. Titius extraneus fuerit: in extraneo testamentario est necessaria, vt cesset Senatusconsultum, specialis subscriptio, *quod L. Titio dictaui & recognoui.* At si testamentarius fuerit in potestate testatoris, sufficit generalis subscriptio, L. Titius hoc testamentum dictauit, non expresso cui dictauit. Et ita est explicanda *l.* 1. §. *inter ff. eod.* Est etiam alius casus in *l.* 1. *h. tit.* quo omnimodo cessat Senatusc. Libonianum, & testamentarius, qui sibi adscripsit, iure relictum capit, nec incidit in pœnam legis Corneliæ. Casus hic est, si filius emancipatus, & ita extraneus, dictante patre sibi totam hereditatem patris adscripserit, id est, si se ex asse heredem scripserit, scilicet, cum erat solus, qui patri poterat succedere ab intestato, quia hoc casu frustra haberemus hanc institutionem pro non scripta, cum etsi habeatur pro non scripta, ad eum filium emancipatum mox tota hereditas sit reditura ab intestato, tanquam honorarium successorem patris ex cap. *vnde liberi.* Et hæc est sententia *l.* 1. cui nil aduersatur, quod eadem lex ait, fuisse interpretatos, iurisperitos, nimirum in *l. filius, initio, & §. maritus, ff. eod. tit.* Nam ea interpretatio iurisperitorum non pertinet ad hunc casum, quo filius, qui solus erat venturus ad bona patris ab intestato, se in testamento patris, volente patre, ex asse heredem scripsit. Sed illi interpretationi tunc est locus, cum filius emancipatus adiecto coherede adscripsit sibi portionem hereditatis. Hoc enim casu, quia cessat causa intestati, propterea quod coheres sustinet testamentum, locus est Senatusconsulto Liboniano, & pars filii adscrescit coheredi: & præterea filius punitur pœna legis Corneliæ testam. nisi veniam impetrauerit a principe. Sed priore casu, cũ

A erat solus ex asse heres futurus patri, hoc vel illo iure, si non ex hoc testamento, statim ab intestato lex ait perinde esse, ac si sua manu pater eum heredem scripsisset. *Functus*, inquit, *dulci officio*, id est, *mortuus*, vt in Glossis Isidori, *functus officio*, inquit, *qui officium vitæ impleuit.* Igitur dulce officium, dulceue munus vita dicitur. Seneca in Hippolyto: *Cur dulce munus reddita lucis fugis?* Ergo ait, *est perinde, ac si pater, qui iam est mortuus, & functus vita, eum sua manu heredem scripsisset.* Postremo notandum ad hunc titulum hac de re, qua de primum factum est Senatusconsultum Libonianum auctore Tiberio, etiam postea fuisse factum aliud Senatusconsultum ex edicto D. Claudii, vt ait *l.* 3. *huius tit. & d. l. D. Claudius*, quod dicitur Senatusconsf. Claudianum. Sunt igitur duo Senatusconsulta hac de re, Libo- B nianum & Claudianum, & quod probat inscriptio libri singularis Pauli ad Senatusconsultum Libonianum seu Claudianum in indice præposito ff. Et quod etiam *l.* 10. *ff. eod.* Senatusconsultis hoc cautum fuisse ait, quod ante exposui, non Senatusconsulto. Et ita, quod sub Tiberio legimus apud Cornel. Tacitum *lib. 2. Annalium*, factum fuisse Senatusconsultum de Mathematicis & Magis Italia pellendis. Idem apud eundem auctorem legimus sub D. Claudio alio Senatusconsulto repetitum vel reductum fuisse. Quod autem ait hæc *l.* edicto D. Claudii, ex eo plane constat, errasse Suetonium, qui hanc iuris constitutionem tribuit Claudio Neroni, qui nunquam Diuus factus est aut nuncupatus. Neque hoc genus erroris est Suetonio insolens: Nam & idem Senatusconsultum Macedon. de pecuniis creditis filiofamilias, & Senatusconsultum Claudianum de liberis mulieribus, quæ se seruis alienis commiscent, tribuit Vespasiano, C quæ rectius Tacitus D. Claudio. Nec illud est omittendum, male Accursium passim Senatusconsultis factis ad legem Corneliam testamentariam adiungere Senatusconsultum Volusianum de quo in *l. ex Senatusconsulto, ff. ad leg. Iul. de vi. priu.* quoniã vt ea ipsa lex demonstrat, pertinet Volusianum ad legem Iuliam de vi, non ad legem Corneliam testamentariam, in eos scilicet, qui facta veluti conspiratione coeunt in alienam litem, ea lege & conditione suppetias laturi litiganti aduersus alterum, & omnem suam opem, vt finita lite secundum eum, cui ferunt suppetias, id quod in rem eius fuerit redactum, inter eos communicet. Hoc accedit ad vim, non ad falsum: ergo deleantur hæ glossæ.

D

AD TITVLVM XXIV.

De falsa moneta.

Alia est lex Cornelia testamentaria, de qua ante dictum est, alia lex Cornelia Nummaria, de qua in hoc titulo agitur. Marcus Tullius in prætura vrbana: *Cornelia Testamentaria, nummaria*, inquit, *ceteræ complures, in quibus ius aliquod nouum populo non constituitur, sed quod semper malum facinus seruatur, vt eius quæstio ad prætorem pertineat.* Hæc lex est de falsa moneta, id est, de falsis nummis & adulterinis. Monetæ nomen est ἀμφίβολον, & mul- E tiplex: Nam vel eo nummi significantur, vel locus, in quo formantur, *vt l. 2. h. tit.* Et apud Macrob. 1. in Som. Scip. *Semen locari intra formandi hominis monetam.* Vel etiam monetæ nomine significatur quod dicitur εἰκόνιον, vt in historia Antonini Florentini, imo apud Sueton. in Caligula, *aureum iconium*, (quo formantur nummi) vnde proculdubio nos traximus, quod in Idiotismo dicimus, *Le coin*, id est, *Iconium*, quo formantur nummi. Et recte Harmenopulus 6. Epitomarum, *Monetam esse ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βουλλωτήριον.* Nam & iconium vocabant bullam aut bullulam. Ideo ait iconium esse ἀρχέτυπον σφραγιστήριον, ἢ βουλλωτήριον. Hac lege

lege Cornelia nummaria tenetur, qui argento publice priuatimue æs admiscuit, quæ pecunia dicitur ærosa, *l. creditor ff. de solut.* vt Cyprus insula ærosa apud Festum, quod in ea plurimum æris nascitur. Nam ære tantum est nobilis, & in glossis, πολύχαλκος, ærosus. Item tenetur eadem lege, qui similiter auro miscuit argentum, vel æri plumbum, quo peius id fiat, quo vitietur & corrumpatur quod Tacito Imperatori fuit capitale, cum bonorum proscriptione, vt Vopiscus ait in Tacito. Et qui hoc admittit in publico metallo, id est, qui id vitiat immixto deteriore metallo, etiam tenetur lege Iulia peculatus, *l. 1. ff. ad l. Iul. pecul.* quia vitiat pecuniam publicam. Nec nouum est, vt ob idem crimen quis pluribus legibus teneatur publicis, licet non omnibus, cum eo possit agi, *l. senatus, ff. de accusat.* Ergo & qui vitiauit B metallum publicum, conueniri potest l. Cornelia nummaria, & lege Iulia peculatus, id est, alterutra. Vtraque lege tenetur, sed non vtraque etiam conuenitur. Tenetur etiam lege Cornelia nummaria, vt est in *l. 8. ff. eod.* qui aureos nummos partim raserit, partim tinxerit, quod satis intelligitur, sed sequitur, vel qui finxerit, quod sane est figurauerit adulterina imitatione, vt *l. 1. C. Theod. de collat. æris. & l. 1. C. Theod. si quis solidi circulum exteriorem circumciderit.* Item, vt ostenditur in *l. 9. & 19. ff. eod. tit.* qui nummos stagneos (nam stagnum dicebant, non stannum) vel plumbeos in merce habuerit dolo malo, & generaliter, quicunque falsam monetam flauerit, percusserit. Item, qui cum hæc posset prohibere ne fierent, non prohibuit, qui domum vel agrum præbuit conflandæ falsæ monetæ *d. l. 9. & l. 1. h. tit.* Item, qui monetam publicam quoquo modo C deminuit, vel etiam excindit penitus, cum & reprobos nummos forte creditor sibi solutos reddere debeat debitori, non excindere, quod maxime notandum. *l. eleganter §. qui reprobos, ff. de pignerat. act.* quia domino ad aliquid possunt esse vtiles, & in merce haberi, emi, vendi palam tanquam reprobi, suo qualicunque pretio. Igitur domino sunt reddendi, non excindendi. In cautionibus solet plerunque addi, vt probi nummi soluantur, qui non subærati, & in quibus nulla sit lacuna, nulla deminutio iusti ponderis, vt *l. lecta, ff. de reb. cred.* probam pecuniam reddi, *l. Titius Seio, ff. de constit. pec.* Et in formula fœderis Antiochi Regis apud Liuium 38. *Argenti probi Attica talenta 12. millia dato.* Et sæpe apud Demosthenem in syngraphis, ἀποδοῦναι τὸ ἀργύριον δόκιμον. Seneca 19. Epistol. *Nec voles quod spero nisi in aspero & probo nummo accipere.* Aspero, id est, recenter cuso. D Plus addebatur in manumissione sacrorum causa, auctore Festo, *Puri, probi, profani, sui, vt scilicet, penderetur pecunia pura, proba, profana, sua, quia nec solutio impura vel reproba, vel sacra, vel aliena liberat debitorem.* Inuenio etiam in *C. Theod. sup. di. tit, si quis solidi circulum exter. circuncid.* cuius auctoritate fuit, non ab hinc multos annos Lutetiæ, vsus summus præses. cum hac de re recitaret hoc Senatusconsultum de falsa moneta. Nam in libris nostris, de hac re nulla est lex specialis, sed tantum in Cod. Theodos. vt crimine falsi, siue legis Corneliæ de falsis teneatur, qui circuncidit publicam monetam, quod proprio vocabulo istius artis E siue cupiditatis, est arrodere nummos, *vt ait l. 2. Cod. Theod. de ponderat:* & hoc proprium esse verbum huius cupiditatis, *rogner*, quo etiam vtitur in supradicto titulo, *si quis solidi circulum, &c. l. fi. 1. quis arroserit*, inquit. Et hos, qui hoc faciunt, recte dicas ψαλίδα, vt Alexandrum quendam λογιστὴν, quod perquamscite nosset nummos aureos in orbem attondere & arrodere, & leuiores facere, quantum habuisset, Procopius 3. de Bello Gothico scribit, Byzantios notæ causa eum appellasse, Alexandrum ψαλίδιον, id est forcieulam. *Alexandre des cizeaux.* Eodem etiam crimine tenetur, qui monetam vultu principis signatam, præter adulterinam, reprobauerit, vel in solutum accipere noluerit, forte causatus formæ paruitatem, & quod vultus principis in A nummo sit formatus minore habitu, quamobrem nummus probus iusti ponderis non est reprobandus, vt ait *d. l. 1. C. Th. si quis solidi circulum, &c.* Et Paulus etiam noster 5. *Sentent. tit ad leg. Cornel. test.* in quo nummariam confundit cum testamentaria. Et loquitur *illa l. 1.* de aurea moneta, vt etiam *l. 1. & 3. inf. de veteris numis. potest. libr. 11.* quoniam loquitur de solidis, & solidi vel aurei, solidus & aureus idem est. Vnde quæ fuit religio Persarum legibus, & aliorum Barbarorum, ne vultus suos auro imprimerent, sed tantum argento, vti Procopius scribit *eodem libro*, apparet eandem non fuisse religionem apud Romanos, & Romanos principes in auro vultus suos impressisse. nec fuit etiam illa religio in Francorum regibus nec Gotthorum, qui Italiam tenuerunt. Theodoricus Rex apud Cassiodorum 7. variar. *Monetæ debet integritas quæri, vbi & noster vultus imprimitur. Quidnam erit tutum, si in nostra peccatur effigie: sit mundum quod ad formam nostram inseritur, claritas regia nil admittit infectum.* Nam si vultus cuiuslibet sincero colore depingitur, multo magis metallorum puritate princeps depingendus est. Etiam valde est notandum ex *l. 3. huius tit.* puniri eum quoque, qui in priuatis ædibus vel castellis aut prætoriis, etiamsi nitatur rescripto vel adnotatione principis, probam & iusti ponderis monetam percusserit. Nam ea sane est sententia legis 3. *huius tit.* quam & Asconius Pedianus in prætura vrbana tribuit ipsi legi Corneliæ nummariæ his verbis, *lex Cornelia nummaria, quæ de moneta, ne quis priuatus pecuniã faceret.* Nam vt in publicis fabricis tantum arma fabricare licet fabricensib. quæ sunt publicæ personæ selectæ & sepositæ & probatæ armorum fabricandorum gratia, in *Nouella de armis, & tit. de fabricens. lib. 11.* ita monetam tantum monetariis, (quæ etiam publicæ erant personæ certi numeri) publicis & fiscalibus cudere licet. Et de priuatis hominibus, qui hoc audent, velim accipi quod Paulus scribit dicto superiori loco, eum teneri lege Cornelia, qui aureos, argenteos adulterauerit, & qui flauerit (sic lego) non qui lauerit, quia nec priuatis licet flare & ferire probos: sed tum monetariis, quæ sunt publicæ personæ probatæ, cui rei olim præerant triumuiri Monetales, æri, auro, argento, flando, feriendo, in *l. 2. ff. de orig. iur.* Et addit Paulus qui conflauerit. *Qui flauerit*, inquit, *& conflauerit publicam monetam.* Flare est cudere, conflare, recudere, & dissoluere, *fondre, l. si duo, D. depos. l. 1. C. Theod. qui bon. cedere poss.* Lampridius in Seuero, *quartenarios nummos conflari iussit, & tremisses tantum solidosque formari, vt princeps nuper quosdam conflari iussit, & certos quosdam tantum formari.* Notandum etiam est, quod est in *l. 1. huius tit.* pro præmio delatori seu accusatori, qui reum falsæ monetæ in iudicium detulit, dari libertatem, si seruus fuerit: Nam & hoc crimen deferentes serui audiuntur, qui alias non audiuntur, & pro præmio, si reum conuicerint, ferunt libertatem, fisco pretium eorum reddente dominis, vt in *l. 2. sup. quibus ex causis serui pro præmio*, quæ est pars legis 1. *huius tit.* Ingenuo autem accusatori dari immunitatem, quod quid sit hæsitat Accursius. Sed quid est euidentius, ingenuo dari immunitatem, id est, vacationem onerum patrimonialium & publicorum, quæ censui nostro seu patrimonio indicuntur, vt *l. 1. j. de desertoribus, lib. 12.* Ei qui prodiderit desertorem, si sit ingenuus pro præmio datur immunitas. Fateor tamen addi posse, vel ei dari si conscius facti fuerit, impunitatem, vt apud Sallustium in coniurat. *Catilinæ.* Seruis datur libertas & sestertia centum, ingenuis rei impunitas & sestertia ducenta. Addi item potest, vel etiam damnatis ex hac causa dari restitutionem in integrum, sicut lege Iul. de amb. cautum est, eum, qui est damnatus ambitus, si alium fecerit reum ambitus, & conuicerit, restitui famæ, quoniam rei ambitus plectuntur pœna pecuniaria

cum infamia. At si post eiusdem criminis reum conuicerint, restituuntur quidem famæ, sed mulctam pecuniariam non recipiunt. Ægre reddit fiscus, quod semel recepit, *l. 1. D. ad leg. Iul. de ambitu*, & apud Ciceronem hoc etiam caput legis Iuliæ notatur in Cluentiana, & Dionem *libro* 40.

AD TITVLVM XXV.

De mutatione nominis.

AD pœnam legis Corneliæ de falsis etiam rediguntur, qui sibi mutant nomen, qui nouum sibi nomen imponunt dolo malo, quo quid alienum intercipiant, vel possideant, B vt ait Paulus *5. Sentent. tit. ad legem Cornel.* Et ita, *l. falsi, ff. eod.* falsi nominis adseuerationem susceptam scil. dolo malo falsi pœna coerceri, si quis dolo malo nomen, prænomen, vel cognomen mutauerit. Nam, vt docet constitutio huius tituli, si fraus absit, vnicuique est liberum, sibi quodcunque nomen imponere libero homini, non seruo, nam seruorum nomina sunt in potestate dominorum. Qua de causa liberis hominibus redactis in seruitutem domini mutant nomina, vt Danieli Prophetæ contigit. nomina non sunt in potestate seruorum, sed sunt in potestate liberorum hominum, modo fraus omnis absit. Nam ex eo solo, quod quis sibi nouuum nomen imposuerit, non tenetur, sed quod nouo sibi imposito nomine alii fraudem fecerit, vt argumento est *l. vlt. ff. quod falso tut. auct.* ex eo quod C quis interrogatus an tutor esset, falso respondit se tutorem esse, ex eo solo simpliciter nulla actione & nullo crimine tenetur, sed si falso responso suo adolescentem in fraudem induxerit, tenetur vtili actione tutelæ in id quod interest.

AD TITVLVM XXVI.

Ad legem Iuliam de ambitu.

EXpositis legibus Corneliis, redit ad legem Iuliam publicorum iudiciorum, & proponit hoc D titulo legem Iuliam de ambitu, quæ olim obtinuit in vrbe tantum, cum populi suffragiis deferebantur honores & magistratus, non vt hodie nutu principis, *l. 1. ff. eod. l. quidam, ff. de re iudic.* Nam petitores honorum, id est, candidati sæpe clanculum ingentem pecuniam in populum erogabant, corrumpendorum suffragiorum causa, quæ corruptela & effusio nimia candidatorum dicitur ambitus, & hac lege iudicio publico coercetur, non abs re. Nam sæpe huius rei gratia nil candidati habebant in rebus soli, sed omne suum patrimonium diuendebant, vt ex eo pecunias redigerent, quibus corumperent suffragia, vt non viderentur vrbem habere pro patria, sed pro hospitio aut stabulo quasi peregrinantes. Nam certe non sunt ciues proprie, nisi qui sunt possessores quarundam rerum immobilium. Quare apud Plinium 6. Epistol. legimus E Traianum Imperatorem, eos candidatorum sumptus fœdos & infames ambitus lege restrinxisse, & eosdé candidatos tertiam partem patrimonii iussisse conferre in ea, quæ solo continentur, vt similiter Senatusconsulto fœneratores iubentur, qui plerunque omnia habent in numerato, duas partes patrimonii in solo collocare: & confiscantur, qui partem dimidiam rei familiaris habent in pecunia apud Sueton. in August. *cap. 48. & 49.* quo Senatusc. nil aliud agebatur, quam vt cohiberetur auaritia fœneratorum. Verum quod ad legem Iuliam de ambitu attinet ea (vt dixi) hodie cessat, quia in vrbe regia princeps solus non populus magistratus creat, A nec vlla fit effusio in principem, qui nec posse corrumpi præsumitur. Verum ad instar legis Iuliæ de ambitu ex Senatusconsulto ambitus coercetur in municipiis vel aliis ciuitatibus, vbi magistratus municipales, id est, duumuiri creantur suffragio populi vel decurionum, itemque sacerdotes prouinciarum, profani, vt ait lex 1. *D. eod.* Diu etiam pertinuit ad populi Christiani fauorem creatio Episcoporum & Presbyterorum, vt ait *l. 49. C. Th. de decurion.* Et D. Hieronymus 1. aduersus Iouinianum: *Nonnunquam*, inquit, *errare plebis vulgique iudicium, & in sacerdotibus creandis vnumquemque suos sequi mores, & euenire aliquoties, vt mariti, quæ pars maior in populo est, maritis quasi sibi applaudant.* sed hic etiam ambitus valde coercetur, *l. si quenquam sup. de Episcop. & cler.* & punitur non tantum is, qui dederit pecuniam, sed etiam, qui accepit sacerdotii obtinendi gratia, vt, inquam, quos par crimen coinquinat, eos etiam teneat pœna similis, quo modo etiam D. Cyprianus primo Epistolarum *qui iunguntur in culpa, non separantur in pœna*, Ex constitutione huius legis ad instar legis Iuliæ crimine falsi tenetur, qui ante redditas rationec, sic est intelligenda hæc lex, siue administrationes repetit, id est, continuat officium principis inter apparitores proconsulum. Nam scripta est constitutio hæc ad proconsulem Africæ: qui, inquam, ante redditas rationes repetit & continuat inter apparitoris officium principis, id est, primatis apparitiones, qui erat summus gradus in officio, vel qui continuat officium commentariensis, aut numerarii, vel quodcunque aliud officium, quod sit pro gradu quodam militiæ & beneficio: Nam quos promotos vocat in hac constitutione & lege *1. sup. de falsa monet.* ii dicuntur beneficiarii, qui pro beneficio obtinuerunt præfecturas, municipatus, præturas, centurionatus: & opponuntur iis, qui dicuntur munifices, *(qui portent toute la charge,)* vt in *l. 18. ff. de verb. signific. l. 2. C. Theod. de cursu publico.* Ergo iidem sunt in gradu promoti & beneficiarii, & iis aduersi sunt munifices. Et ita Ascon. Pedianus in 3. Verr. *Accensum esse nomen ordinis & promotionis in militia, vt nunc principem vel commentariensem vel cornicularium.* Hæc enim nomina sunt de legionaria militia sumpta, & sunt translata in ciuilem militiam. pœna autem huius constitutionis est deportatio, si princeps officii, vel alius beneficiarius, qui ex hac administratione fisco remansit obligatus, repetierit & continuarit idem officium ante redditas rationes, quam interpretationem confirmant verba legis, ad solutionem debiti prius vrgeatur, quam continuet officium, *& l. si aliquid, inf. de susceptor. & arcar. libro* 11. quæ est cum illa coniungenda, & vetat, ne quis iterum gerat officium, in quo ante decoxit. Et in hac sola specie pœna ambitus est deportatio. Alias est tantum mulcta pecuniaria centum aureorum cum infamia, *l. 1. eod.* sicut legis Viselliæ pœna erat damnum, id est mulcta pecuniaria cum infamia, vt *l. 1. sup. ad leg. Viselliam*, quæ quodammodo ambitum coercet eadem pœna qua lex Iulia de ambitu dum coercet & punit libertinos, qui se venditant pro ingenuis, atque ita in honores irrepunt debitos solis ingenuis.

AD TITVLVM XXVII.

Ad legem Iuliam repetundarum.

POst legem Iuliam de ambitu, datur lex Iulia repetundarum, certissimum argumentum summæ auaritiæ Romanorum, vt ait D. Hieronymus *in Esaiam capite* 13. Superior lex coercet ambitionem, quæ in eis etiam fuit incredibilis, hæc vero lex coercet auaritiam, vtraque publ. iudic. quod ex hac lege constituitur in eos, qui dum in magistratu, potestate, curatione, legatione, vel quo alio officio publico

captis, coactis, conciliatis, auersis pecuniis, quo iudicio A & suum & suorũ factum præstant, apparitorum, puta & ministrorum & militum a manipulario, id est, gregario milite, qui infimus vsque ad domesticum protectorem, siue satellitem & corporis custodem, qui summus est militiæ gradus, vt in *l.* 1. *huius tit.* & accusantur publice, vt Verres & alii plerique nomine totius prouinciæ, vel ciuitatis per actorem, quem ipsa prouincia vel ciuitas delegerit, vt Cicero ait *in Diuinat.* Quo loco etiam ostendit hanc legem tantum fuisse nationum exterarum, sociorum prouincialium: in vrbe autem captarum pecuniarum a magistratibus ciuilem fere fuisse actionem, inquit, & priuatum iudicium seu recuperatorium. Vnde hic exsistit differentia inter legem Iuliam de ambitu & legem Iuliam de repet. quod illa primum in vrbe tantum locum habuit, contra hæc in prouinciis tantum. B Existit etiam altera differentia, quod ambitus crimen exerceri potest non tantum post depositum honorem & administrationem honoris suscepti, sed etiam ante susceptam administrationem, vt apud M. Tullium legimus, sæpe plerosque accusatos ambitus in toga candida, cum adhuc petebant honores, aut cum tantum erant designati. Repetundarum autem crimen exercetur post depositam tantum administrationem excepto casu legis 4. *huius tit.* quo potest exerceri etiam in ipsa administratione, dum magistratum habet vel Imperium. Et casus hic est singularis, si præsides prouinciarum in iudiciis & litibus improbe vel sordide se gerant, velut litium mercatores, vt ait *l.* 3. *vt mercatores prouinciarum, Marc. Tullius in Orat.* post reditum quam habuit ad Quirites, & in ea etiam, quam habuit ad Senatum & in C Consilio illo incerti auctoris, dato Imperatori etiam incerto, quod est in fine notitiæ Imperii Romani *de iudicum prauitate*: *Despecta*, inquit, *reuerentia dignitatis, velut mercatores in prouincias esse missos, existimant.* Illo quoque casu *d. l.* 3. ostendit, etiam iudices pedaneos, qui nundinantur in litibus exercendis aut diiudicandis, teneri iisdem legibus & pœnis. damnatos autem lege Iulia repetundarum interdum sequebatur exilium, vt constat ex historiis, frequentius sequebatur mulcta pecuniaria in quadruplum, nimirum ablatis pecuniis repetitis in quadruplum. Vnde nomen iudicio repetundarum quod tribui solet etiam cuilibet repetitioni ciuili, vt repetitioni dotis & condictioni indebiti, vel ob rem dati, sunt actiones repetundarum ciuiles. Et eadem forma etiam dixit D. Hieronymus in *princip. quæst. in Genes.* Ciceronem a Græcis accusari repetundarum, D quod multa sumpserit a Græcis & sua fecerit. Hoc igitur iudicio infligitur mulcta in quadruplum, vt *l.* 1. *& vlt. huius tit.* cum infamia, vt *l. iudices, inf. de dignitat.* vt plane possis dicere vnam fuisse pœnam legis Visselliæ & leg. Iuliarum de ambitu & de repetundis, nempe damnum rei familiaris, seu mulctam cum infamia. Et *l. vlt. huius tit.* est communis vtrique legi, *de ambitu & repet.* nam & quadrupli pœnam irrogat præsidi, si quid dederit honoris ambitu, vel si quid sordide acceperit in ipso gerendo honore præter salaria publica & annonas. Vtrumque autem iudicium, ambitus scilicet & repetundarum non finitur, nisi spatio viginti annorum, vt cætera fere omnia crimina excepto adulterio & peculatu, *l. querela, sup. ad leg. Cornel. de fals.* Vno tamen casu, E crimen repetundarum finitur anno, quo etiam simpli tantum est repetitio, non quadrupli, qui casus est in *l. pen. huius tit.* & proprie pertinet ad specialem quendam Comitem domorum principis, quæ erant in Cappadocia. Altero etiam casu iudicium repetundarum ex hac lege finitur, anno scilicet in heredem rei, quo etiam est quadrupli repetitio, etiamsi reus sit defunctus ante litem contestatam & condemnationem sequutam. Est speciale in hoc crimine, vt eius pœna, quæ est pecuniaria sequatur intra annum tantum heredem, non post annum, quia qui ab herede repetit quadruplum non auditur post annum, *l.* 2. *h. tit. l.* 2. *ff. eod. l vlt. ff. ad leg. Iul. pecul. l. ex iudiciorum, ff. de accusat.* Plinius 3. Epistol. *Bætica prouincia*, inquit, *in defuncti rei repetundarum accusatione perstabat: prouisum hoc legibus,* (vt scilicet non extinguatur morte,) *intermissum tamen & post longam intercapedinem tunc reductum, & placuit senatui bona defuncti, quæ habuisset ante prouinciam, a reliquis separari: illa filiæ, hæc spoliatis relinqui. Et additum quoque, vt pecuniæ, quæ erant soluta creditoribus, reuocarentur.* quod congruit cum *d. l. ex iudiciorum*, quæ in hac re comparat crimen maiestatis cum crimine repetundarum.



AD TITVLVM XXVIII.

De crimine peculatus.

Restant 4. tituli de publicis iudiciis explicandi. Crimen autem repetundarum & peculatus est crimen captarum pecuniarum. Sed repetundarum, quod captæ sint pecuniæ priuatorum: peculatus, quod captæ sunt pecuniæ publicæ, nec delatæ in ærarium. vtrumque crimen est ex legibus Iuliis iudiciorum publicorum. Et hoc etiam crimen peculatus in magistratus prouinciales post depositam administrationem, & in magistratibus quidem longe grauius, quam in ceteris: Nam ex constitutione huius tituli magistratus, qui sunt depeculati pecuniam reipubl. & fisci, afficiuntur pœna capitis & vitæ, vt *l.* 5. *C. Theod. ad leg. Iul. repetund.* quæ pœna extenditur etiam ad socios & ministros, & eos, qui summotas, subtractas ab eis pecunias publicas receperunt, quia (vt est in *l. pen. sup. ad leg. Iul. de vi*) non est dissimile crimen, rapere, & ea, quæ quis rapuerit, seruare. quæ lex est ducta ex *l.* 2. *C. Theod. de crimine pecul.* ante constitutionem huius tituli etiam in iudices siue magistratus prouinciales non erat pœna capitis, sed tantum pœna legis Iuliæ peculatus, quæ initio fuit eadem, quæ legis Iuliæ de ambitu, & de repetundis & legis Visselliæ, id est, mulcta cum infamia, *l.* 1. *C. Theod. eod.* Et reducitur etiam hæc mitior pœna in *Nouella Leonis* 105.



AD TITVLVM XXIX.

De crimine sacrilegij.

Eadem lege Iulia coercetur furtum pecuniæ publicæ, quod dicitur peculatus, & furtum pecuniæ sacræ, quod sacrilegium dicitur, & sacrilegium certe grauius quam peculatus. Huic crimini sacrilegii constitutiones huius tituli adiungunt, quæ sunt proxima crimina & affinia, principale crimen prætermittunt. Non adiungunt quidem maiestatis crimen omne vel maximum crimen maiestatis, quod de eo sit ante dictum, quod proximum dicitur sacrilegio, *l.* 1. *ff. ad leg. Iul. maiestat.* imo & sacrilegium, *l.* 1. *C. Theod. si quis pecun. constituerit, &c.* & in Basil. in *l.* 1. *sup. de priuat. carcerib. inhib.* pro maiestatis, est ἱεροσυλίας, id est, *sacrilegij* Sed adiungunt constitutiones huius tituli crimina, quæ ipso sacrilegio videbantur esse inferiora, puta contemnere & violare constitutiones sacras principum, *l. vlt. inf. de priuileg. eorum, qui in palat. milit. l.* 1. *inf. vt dignit. ordo seru. l.* 13. *inf. de erogat. milit. an l. pen. C. Th. de relat.* quod dicitur etiam maiestatis crimen, contemnere & violare sacras leges in *l.* 1. *sup. vt omnes iudices, &c. C. Th. de Iudæis.* Item adiungunt, quod est nefandissimum crimen, confundere, corrumpere, offendere legem Dei omnipotentis, de quo maiores nostri acceperunt legem 1. *huius tit.* vt pote cum eam posuerunt in *C. Theod. sub*

tit. de Episcop. & Cleric. Et in Basilicis quoque ita verba A eius legis, *quæ diuinæ legis sanctitatem aut nesciendo confundunt*, ita transtulerunt, ὅσοι τὴν τῆς θείας πίστεως ἁγιωσύνην ἢ ἐν τῷ ἀγνοεῖν συγχέουσιν, &c. Ex quo patet etiam Basilica legisse, vt est in *C. Theod. aut nesciendo confundunt*, συγχέουσι, non, *omittunt*: veteres etiam libri male, *committunt*. Additur in hoc titulo, etiam instar esse sacrilegii disputare, an is sit idoneus iudex, quem princeps elegit & creauit, vt *l. 5. sup. de diuers. rescript.* Itemque petere eius prouinciæ administrationem, ex qua originem ducimus, qua de re est titulus in *libro 1. nulli patriæ suæ administrationem, & cæt.* Sed hæc hodie ne in minimo quidem vitio ponuntur.

AD TITVLVM XXX.

De seditiosis, & de iis, qui contra rempublicam audent plebem colligere.

SAcrilegii criminis reos recte dixeris agi posse seditionis vel tumultus auctores, cum & superioribus legibus tenentur læsæ maiestatis, & de vi, & propria lege de sodalitiis, maxime ii, qui coacta multitudine magna vociferatione quid a populo petunt in foro, vel in spectaculis. Qua de re est lex 2. *huius tit.* quæ recte vocabitur lex de sodalitiis. Pacata seditione parcitur multitudini, & vnde est orta culpa, ibi pœna consistit, vt est apud Liuium *lib. 28.*

AD TITVLVM XXXI.

Quando ciuilis actio criminali præiudicet, an vtraque ab eodem exerceri possit.

HIc titulus concludit tractatum de publicis iudiciis, proposita regula communi omnibus, vt scilicet cum publicis & criminalibus iudiciis concurrant priuata & ciuilia iudicia ob idem factum, & vtrisque experiri liceat, nec alterum altero consumatur. Publica iudicia, vt differentia intelligatur, continent vigorem publicæ disciplinæ: priuata autem vtilitatem priuatorum & rem familiarem cuiusque, vt in hac constitutione, & in *l. 4. ff. de publ. iudic.* dicitur, in priuatis iudiciis & ciuilibus agi de re familiari, id est, de damno pecuniario. quod dicitur, vt excludatur actio iniuriarum, in qua non agitur de re familiari, quia nihil abest iniuriam passo, sed agitur tantum de læso honore vindicando. Ideoque regula huius constitutionis non habet locum in priuata actione iniuriarum, hæc non concurrit cum alia actione criminali ex eodem facto, *l. prætor, §. 1. ff. de iniur.* At si prius sit actum de re familiari priuato iudicio, præiudicium fit publico iudicio, vt ait *d. l. 4.* Quod ita est interpretandum, nam verba sunt ambigua, id est, prius est agendum de ciuili actione, quam de criminali. Priuatum iudicium præiudicium facit publico, id est, disceptatur prius, quam publicum si prius moueatur, & hoc *d. l. 4.* ostendit exemplis, si prius, inquit, actum sit lege Aquilia, quæ est ciuilis & priuata, & furti, & vi bonorum raptorum, interdicto vnde vi, & interdicto de tabul. testamenti. exhibend. Recte. Nam actio legis Aquiliæ præiudicium facit, si seruus occisus esse dicatur iudicio publico ex l. Corn. de sicariis. Ita est. Nec nos turbare debet quod ait *l. inde Nerat. §. si dolo, ad l. Aquil.* actionem l. Aquil. non facere præiudicium l. Corn. quia est ambigua oratio, & sententia, vtraque vera, si distinguantur significata eiusdem orationis. Vnde ita dicamus, actionem leg. Aquil. præiudicium facere legi Cornel. id est, si prius de ea agatur, prius de ea disceptandum. contra actionem l. Aquil. non præiudicare l. Corn. id est, etiamsi de homine occiso sit iudicatum iudicio l. Aquil. & forte absolutus reus: tamen retractari (vt ait constitutio h. t.) iudicium potest ex l. publ. de sic. Præterea actio vi bonorum raptorum, (vt ait *d. l. 4.*) quæ est priuata & ciuilis, præiudicat publico iudicio ex l. Iul. de vi, vt ait hæc constitutio, *& l. 2. §. 1. ff. de vi bon. rap.* Idem efficit interdictum vnde vi. Item interdictum de tabulis testamenti exhib. præiudicat iudicio publico ex l. Cornel. testament. quod exemplum proponitur etiam in hac constitutione. Actio etiam furti quæ est ciuilis in duplum vel quadruplum, præiudicat iudicio publico. Hic quæritur cui iudicio publico actio furti faciat præiudicium: Nam cum actione furti nullum concurrit iudicium publicum de furto, nisi de pe- B culatu, & sacrilegio, & de repetundis, non de omni furto: sed cum actione furti ciuili concurrit tantum extraordinarium & criminale iudicium non ordinarium & publicum *l. vlt. D. de furt.* At regula huius tit. pertinet tantum ad publica iudicia, nec obtinet in extraordinariis, vt patet ex *l. interdum §. qui furem, D. de furt.* Nam extraordinarium furti crimen non concurrit cum actione furti ciuili, sed aliud alio consumitur. Quare in hac constitutione non recte Accurs. separat actionem furti a l. Fabia illo loco, *furti actio, & l. Fabiæ constitutio.* Igitur dicendum erit, nos posse experiri ex l. Fabia criminaliter, & actione furti ciuiliter ob idem crimen plagii. Denique actionem furti cohærere crimini leg. Fabiæ sicut actio bonorum raptorum cohæret legi Iuliæ de vi. Iterum obiicies, imo non concurrit actio furti cum cri- C mine legis Fab. quia plagium fit sine furto, *l. 10. sup. de furt. l. pen. ff. ad leg. Fab. de plag.* & legi Fabiæ melius iungeretur actio serui corrupti, vt in *l. 2. ff. ad leg. Fab.* Furtum est, cum aufero seruum alienum lucri faciendi animo. Plagium est, cum eum abduco, vt se agat pro libero, cum seduco & sollicito eum, ne pareat domino suo, nec eum agnoscat, sed fugiat ab eo, & fugitiuum celo, hoc est corrumpere seruum, non furari. Denique plagium non est furtum: non ergo cum crimine plagii concurrit actio furti, vt ait hæc const. sed potius actio serui corrupti. Dicamus, rem esse ita expediendam, vt plagium plerumque concurrat etiam cum actione serui corrupti, & actio furti, vtraque ciuilis: quia vix vnquam serui aufugiunt a dominis, quin aliquid subri- D piant, quod plagiarius, id est, suppressor fugitiui recipiat & celet vt fugitiuum. Quarum rerum nomine est in eum actio furti, vt in *l. Nerat. §. quamuis, ff. de ser. corr. l. 12. ad l. Fab.* Et ita si filiusfam. sit subreptus dabitur etiam patri actio furti, non propter personam filii, sed ob res a filio interim acquisitas, quæ interim patri acquirantur, & ab eo possunt vindicari, *l. eum, qui §. si filiusfam. & l. mater, D. de furt.* Ac similter actio ciuilis de operis patrono debitis, *vt in hac l.* præiudicat crimini ex l. Visellia, & actio ciuilis de fide instrumenti præiudicat crimini ex l. Corn. vt diximus in *l. pen. & vlt. sup. ad l. Corn. de fals.* non tamen ita præiudicat, vt finito iudicio ciuili de fide instrumentorum, non possit eadem de re iudicio criminali tractari ex l. Corn. de fals. Cer- E tum erat criminalem actionem præferri ciuili, id est, prius esse definiendam. contra etiam, an ciuilis præiudicet criminali, id est, an prius esset dirimenda, si prius ageretur ciuiliter, dubitabatur, quod hæc constitutio definit, vt aliud alii non præiudicet, id est, vt prius definiri possit quodcunque libuerit actori, vel ciuile vel criminale. Et cum hac l. est coniungenda *l. pen. sup. de prob.* vt inscript. & subscript. demonstrant.



AD TITVLVM XXXII.

De crimine expilatæ hereditatis.

POst iudicia publica, incipit ab hoc titulo tractare de priuatis iudiciis, quæ ex maleficiis oriuntur, quorum alia ſunt ciuilia & forenſia, alia criminalia & pœnalia omnia. Priuata autem ſunt, quia nō patent omnibus, ſicut publica iudicia criminalia, de quibus ante dictum eſt, vel publica ciuilia, quæ popularia dicuntur, de quibus nil in hoc libro, ſed priuata dicuntur, quia patent iis tantum quorum intereſt. Verum inter ſe differunt plurimum. Primum quidem, quod ciuilia ſunt ordinaria: criminalia extraordinaria. Item quod ciuilia, certam legem & pœnam habent, vt furti nec manifeſti legem 12. tabularum habet, qua furti nec manifeſti conſtituitur pœna dupli: & furti manifeſti, & vi bonorum raptorum, quæ habet edictum prætoris: & iniuriarum, quæ partim habet legem Corneliam, partim edictum prætoris: & damni iniuria dati, quæ habet legem Aquiliam: quibus legibus vel edictis, his priuatis delictis imponitur pœna certa quam iudex diligenter obſeruet: perinde atque publicis criminibus imponuntur pœnæ certæ legibus Iuliis, & aliis legibus publicorum iudiciorum. Criminalia autem priuata iudicia pœnam non habent certam, ſed arbitrariam, id eſt, conſtitutionibus vel Senatuſconſultis relictam in arbitrio iudicantium, *l. 1. ff. de effract.* quam ob rem crimina, quæ iudicia illa priuata criminaliter perſequuntur, dicimus non eſſe crimina legitima, *l. 3. §. pen. ff. de crim. ſtellion.* nimirum, quia eis non eſt conſtituta certa & legitima pœna, quia non reguuntur veluti mente certa legis ſicut ciuilia, quæ ex maleficiis naſcuntur, aut publica iudicia: Item hoc inter ſe diſtant, quod ciuilibus iudiciis exercendis adhibetur ſpecialis, ſeu pedaneus iudex, datus a prætore vel præſide more iudiciorum ceterorum forenſium: criminalia autem extra ordinem exercentur apud præfectum vrbi, vel præſidem prouinciæ, non apud iudicem datum, *l. D. expilat. heredit.* Item quod in ciuilibus non eſt neceſſaria inſcriptio actoris: in criminalibus eſt neceſſaria, etiamſi extra ordinē intendantur, *l. vlt. D. de priuat delict.* Item quod leuiora ſint ciuilia, quam criminalia, *l. pen. in fine ſup. ad leg. Corneli. de falſ.* vel, *vt ait Iuſtinianus* in conſtitutione Græca, *de veteri iure enucleand.* Ciuilia μετριώτερα: criminalia σφοδρότερα. Et poſtremo, quod quo ex maleficio eſt actio ciuilis, deficiente publica non erat olim etiam priuata criminalis extra ordinem, vt ſubindicat lex *vlt. de furt.* dum ait, de furto, de quo conſtat eſſe actionem ciuilem pœnalem, nūc plerunque eſſe criminalem, extraordinariam & priuatam, tacite ſignificans, ante non fuiſſe niſi ſolam ciuilem in duplum vel quadruplum. Quo tamen ex maleficio eſt actio ciuilis, erat etiam, imo eſt etiam hodie ſæpenumero publica accuſatio: vt de vi, lege Iulia de iniuriis, de damno iniuria dato: de ſuppreſſo teſtamento, lege Cornelia: quia ſcilicet alia de re eſt publica accuſatio, alia de re ciuilis actio: hæc enim eſt de re aut vindicta priuata, illa de vindicta publica, ſeu de vltione diſciplinæ publicæ. At extraordinaria & ciuilis, quoniam vtraque eſt priuata, cauſam, & rem eandem ſpectant, nempe priuatam. Ideoque vtraque non licet experiri. At publica accuſatione & ciuili actione pœnali ex eodem delicto, ſi modo ea ciuilis actio pertineat ad rem familiarem, id eſt, ad damnum pecuniarium priuati hominis, non ad vltionem, ſicut actio iniuriarum, vel de moribus, vtraque experiri licet, quia non ſpectāt eandem rem, quod docuit ſupra proximus titulus. Contra vero, qua de re eſt

Cod.

A accuſatio extraordinaria, non ſemper eſt etiam actio ciuilis, quæ ſcilicet pœnam inferat reo, vt de expilata hereditate & de ſtellionatu, quæ crimina extra ordinem vindicantur, nulla eſt prodita actio ciuilis, quæ pœnam perſequatur, quæ omnia notanda ſunt. Quamuis autem tot ſint differentiæ inter iudicia ciuilia & extraordinaria, tamen, quia omnia ſunt priuata, conditori Codicis placuit ea collocare alternato potius quam diſtincto ordine, propoſito primum in hoc titulo crimine & iudicio extraordinario expilatæ hereditatis, dein ciuili actione bonorum raptorum, tum extraordinario crimine ſtellionatus, pôſt ciuili actione iniuriarum, & mox extraordinario crimine abigeatus: ſic miſcuit amaro dulce, omiſſis interim ciuilibus actionib. furti & legis Aquiliæ, quæ omnino cadebant in hunc tra-
B ctatum, quoniam de eis iam è re nata anteuerterat dicere, *libro 3. & 6.* Primum ergo proponit crimen expilatæ hereditatis, cui locus eſt, ſi poſt mortem teſtatoris vel inteſtati ante aditam hereditatem, vel etiam poſt aditam, ſed ante apprehenſam poſſeſſionem rerum hereditariarum, res quædam hereditariæ ſint ſubreptæ, quod proprie non eſt furtum. Nam furtum eſt interuerſio poſſeſſionis alienæ. Rerum igitur, quarum nulla eſt poſſeſſio, rerum quarum poſſeſſio vacat, id eſt, quæ à nemine poſſidentur, furtum non fit, *l. 1. §. Scæuola, ff. ſi quis teſt. liber eſſe iuſſ. fuerit.* Poſſeſſionis tantum furtum fit. Vbi igitur nullus eſt poſſeſſor rei, quæ aufertur, furtum non fit, & ideo vacante poſſeſſione rerum hereditariarum, ſi quid ex rebus hereditariis ſit ſubreptum heredibus, eo nomine non competit actio furti, *l. 2. ff. eod.* ſed competit extra ordinem
C accuſatio compilatæ hereditatis, quæ priuata eſt, non publica. Et hoc eſt ex ſenatuſconſulto & oratione D. Marci, *l. 1. ff. eod. l. 3. ff. de extraord. crim.* Loco deficientis actionis, id eſt, vt ait *l. vlt. huius tit.* loco pœnalis actionis, loco actionis furti, quæ deficit in propoſita ſpecie. Quare recte dicemus hodie, hoc crimen ceſſare expilatæ hereditatis, quoniam heredibus ſufficit ſemper actio furti, nunquam deficit, ſi quid ſit ſubreptum ex bonis hereditariis, quoniam eo iure vtimur, vt à defuncto poſſeſſio rerum ipſo iure tranſeat & continuetur in heredes, etiam ſine apprehenſione corporali. Et hoc eſt, quod dicitur [*le mort ſaiſit le vif*] vt plane non poſſit non ſemper interuerti poſſeſſio, ſubreptis ab alio rebus hereditariis. Proinde eſt verum hodie, rei hereditariæ furtum fieri, quod
D etiam quidam veteres Iuriſconſulti exiſtimant, nempe Brutus & Manilius & Sextus Ælius, vt ad Trebat. ſcribit Marcus Tullius 7. Epiſt. ad famil. ſed obtinuerat plurium ſententia, ſcilicet rei hereditariæ nondum poſſeſſæ furtum non fieri, etiamſi heredes hereditatem adierint, quia heres adeundo hereditatem, iura tantum adquirit, id eſt, ea quę ſunt iuris, non quæ ſunt facti, hæc non adquirit, niſi ſuo corpore. Denique poſſeſſionem rerum hereditariarum non acquiri adeundo, ni eas apprehenderit, *l. cum heredes, ff. de adquir. poſſeſ.* antequam apprehendat, poſſeſſio vacat, poſſeſſio nullius eſt. Ergo interim eius rei hereditariæ furtum non fit, ſed expilatur hereditas, quæ res coercetur extraordinario iudicio, quod perinde irrogat infamiam, atque actio furti, in cuius locum ſuccedit, *l. ſi te, ſup. ex quibus cauſis infam. non irrog.* Vt actio furti eſt famoſa, ita
E accuſatio expilatæ hereditatis, quæ eſt inſtar actionis furti, aut quæ in locum eius ſucceſſit, quod ea non poſſit apte ad hanc ſpeciem accommodari. Et datur hoc iudicium extraordinatium, etiam priuigno in vitricum vel nouercam, quibus honorem non debet, qui, quæve expilauit extranei hereditatem priuigno delatam, *l. 2. & 3. huius tit.* Nam & priuignus in eos recte agit furti actione, *l. 3. & 11. ſup. de furt.* & vi bonorum raptorum, *l. vlt. tit. ſeq.* At non datur actio expilatę hereditatis priuigno in nouercam, quæ expilauit hereditatem mariti ſui, id eſt, patris priuigni ſui, puto nec in vitricum, qui expilauit matris hereditatem, quia nec expilare videtur coniunx, quod viuo coniuge ſocietas vitæ & matrimonii fecerat in eius poteſtate:

SSſ

Nam, vt ait *l. 4. huius tit.* vxor socia rei humanæ & diuinæ domum suscipitur, sic est legendum, & post apprehensam possessionem non daretur etiam priuigno heredi defuncti actio furti in nouercam, cuius instar hæc accusatio obtinet. Eademque ratione non datur hæc accusatio heredi extraneo in maritum vel vxorem, qui quæve expilauit defuncti hereditatem, quia hoc suo iure quodam fecit, tenens post mortem coniugis, quod tenuit eo viuo societatis iure *l. 4. huius tit. l. pen. ff. eod. l. heres, ff. de negot. gest. l. quamuis, sup. de furt.* Eadem ratio societatis facit, vt hæc actio extraordinaria non detur coheredi in coheredem, quia re communi coheres vtitur vt sua, vt socius. Et hoc est certissimum, non dari coheredi in coheredem, ex *l. 3. sup. fam. ercisc. & l. 1. huius tit.* Et probatur etiam argumento *l. merito, ff. pro soc.* Ratio igitur cur coheres B coheredi hoc iudicio non teneatur, proficiscitur ex societate & communione rerum hereditariarum. Neque est ratio, quod satis sit consultum coheredi iudicio familiæ erciscundæ, si quid coheres sustulerit, quia huic crimini est locus, etiamsi suppetat alia actio, non quæ pœnam, sed quæ rem persequatur, vt ad exhibendum, vel petitio hereditatis, *l. 2. & 3. ff. eod.* Ergo etsi suppetat actio famil. ercisc. quæ rem, non pœnam persequitur, nec dum ait *l. 3. sup. fam. ercisc.* crimen expilatæ hereditatis frustra coheredi intendi: cum inquit, iudicio famil. erciscundæ indemnitati eius prospiciatur, non hoc significat ideo cessare crimen hoc, quod suppetat aut sufficiat actio famil. ercisc. sed quod ablatæ res communes fuerint, tanquam inter socios, in quarum diuisione, de qua agitur famil. ercisc. iudicio, damni ratio haberi possit, vt *l. 19. eod.* Et ita est ex- C plicanda *d. l. 3. l.* autem *1. h. tit.* cuius est difficilior species explicanda hoc modo. Finge: duo sunt coheredes, & in hereditate est arca communis, quam possidet quidam extraneus: in arca autem sunt quædam res mobiles, quarum inspiciendarum copiam possessor facit coheredibus, sed claues arcæ vni tantum ex coheredibus tradidit, id est, earum rerum in vnum tantum possessionem transtulit. Clauium traditio est translatio possessionis, *l. clauibus, ff. de contrah. empt. l. 2. sup. de periculo & commodo rei venditæ.* Hinc quæritur eo, cui claues arcæ sunt traditæ, arcam & res in ea positas retinente totas & sibi habente, an alter coheres, cui tradita non est possessio rei, possit intendere crimen expilatæ hereditatis, quod totas eas res sibi vindicet & adserat? Lex ait, non posse, quia scilicet socius so- D cio hoc crimen non intendit, *d. l. 3.* Verum, si eas res ab eo est vindicaturus pro sua portione iudicio familiæ erciscundæ, habet in coheredem actionem ad exhibendum, vt eas res palam exhibeat. Cui si coheres possessor earum rerum, obiiciat compensationem pretii, puta aliarum rerum hereditariarum, quas facile concedit coheredem, qui agit ad exhibendum, sibi ferre & habere in solidum, habita compensatione pretii earum rerum, vt fit in *l. Maunius §. arbiter, ff. famil. ercisc. l. 3. sup. comm. diuid.* Lex ait, oblata illa compensatione, non statim esse repellendum actorem, sed rebus exhibitis familiæ erciscundæ actionem exercendam esse, quam vocat directam actionem, id est, principalem. Actio ad exhibendum non est principalis actio, sed est preparatio actionis principalis, puta vindicationis, quæ vt hoc loco dicitur directa actio. sic E etiam in *l. 3. §. ibidem. & l. si quis hominem, ff. ad exhibend.* Et idem dicitur pene in *d. §. ibidem,* quod in hac lege 1. actioni ad exhibendum opposita exceptione obscuriori, vel quæ habeat altiorem quæstionem, eam esse differendam in directum iudicium, id est, in principale iudicium, in rem, quale est familiæ erciscundæ, re interim exhiberi iussa, secundum intentionem actoris, nec habita ratione oppositæ vel inductæ compensationis. Et ita est explicanda lex *1. huius tit.* Postremo illud tantum notandum est ex *lege pen. huius tit.* libertos quibus quid patronus testamento legauit, non repelli a petitione legatorum, prætextu compilatæ hereditatis, id est, quod dicantur compi-

A lasse hereditatem, maxime, inquit, suspensa cognitione, id est, suspenso hoc crimine. Bene, quia finita cognitione & damnatis legatariis repelluntur a petitione earum rerum, quas subtraxerunt seu compilauerunt, *l. 48. ff. ad Trebell. & l. 5. sup. de legat.* Et eodem modo dicitur in *l. penult. ff. de accusat.* criminis reum suspenso crimine, id est, suspensa cognitione, posse deferre causam fisci. Cur suspenso crimine? quia eo finito, si sit damnatus, certe non potest deferre causam fisci, *l. 18. ff. de iure fisci.* Idem fere etiam quod ait hæc lex *pen.* proponitur in *l. 23. initio, ff. de fideicommiss. libertat.* vt non differatur præstatio fideicommissariæ libertatis, prætextu compilatæ hereditatis: Id est, quod dicatur seruus compilasse hereditatem, quamdiu cognitio eius criminis in suspenso est.



AD TITVLVM XXXIII.

De vi bonorum raptorum.

IN hoc tit. proponitur actio ciuilis: Nam prætoria ciuilis dici potest, sicut ius prætorium ius ciuile. Actio igitur ciuilis vi bonorum raptorum, quæ ex edicto prætoris datur in eum, qui rem alienam rapuit, si res mobilis fuerit, vt ait lex 1. Nam de re immobili hæc actio non competit, puta de fundo, sed competit interdictum vnde vi, vel actio in duplum, ex constitutione legis, *si quis in tantam, sup. vnde vi.* Hæc autem actio, quæ est de re mobili, seu animali, quæ mouet seipsam, modo dicitur dari in triplum, vt in *l. locatio, §. quod illicite, ff. de publicn.* modo in quadruplum, vt in constitutionib. *h. tit.* & alibi passim: modo in triplum & quadruplum, vt *l. pen. C. Th. de paganis, sacrificiis & templis.* Et varietatis istius causa est, quia hæc actio mixta est, id est, quia cum pœna tripli persequitur etiam rem vi ereptam, quæ confusio rei raptæ cum triplo pretii efficit quadruplum. Et ita dicitur dari in triplum, si pœnam tantum spectes: in quadruplum si pœnam cum re confundas, scil. intra annum vtilem. Nam post annum vtilem hæc actio datur tantum in simplum, id est, ad rem, non ad pœnam. Et vnoquoque casu Tribonianus eam redegit ad duplum speciali casu, quo actio vi bonorum raptorum est in duplum, cui insit res, scilicet vi erepta, & alterum tantum, quanti ea res est. Et is casus specialis est in *l. 6. sup. de pagan. sacrific.* si quid Christianus mobile eripiat Iudæo, vel Pagano. Nec enim ex hac causa vult Christianum grauius coerceri, cum tamen C. Theodos. in *d. l. pen.* multo æquius etiam in Christiano statuerit quadrupli pœnam, si quid diripuerit per vim Iudæis aut paganis. Actio igitur vi bonorum raptorum est mixta, & annalis in quadruplum. Quæro, an ideo existimabimus mitius agi cum raptore, quam cum fure, quod in raptorem sit actio mixta & annalis, & in furem sit actio tota pœnalis non mixta, & perpetua, non annalis, quod est verissimum. Sed non ideo existimabimus, mitius agi cum raptore, qui vim fecit, quam cum fure, qui nullam vim fecit. Nam siue raptor sit manifestus, id est, qui inuito domino extorqueat rem mobilem, vi aperta, missa actione vi bonorum raptorum, conueniri potest actione furti manifesti in quadruplum, quæ tota est pœnalis & perpetua. Rem autem persequi condictione furtiua, vel ad exhibendum. Nam & hic raptor fur est manifestus, *l. si vendidero §. cum raptor, ff. de furt.* Siue raptor est non manifestus, vt si quid coactis hominib. rapuerit ex domo, in qua nemo erat, & nemo deprehenderit tollentē, raptor est nec manifestus *l. si quis vxori §. vlt. ff. eod. t.* Et sane hoc casu, aut in hūc casum proprie est comparata actio vi bonorū raptorum, quia

est hoc casu grauior intra annum vtilem, quam actio furti nec manifesti. Et in hunc casum esse proprie comparatam significat. §. 1. *Instit. eodem tit.* dum ait, huic actioni esse locum, etiamsi non comprehendatur in ipso delicto, quia scilicet hoc casu visum non est prætori sufficere actionem furti nec manifesti, quæ datur tantum in duplum: ideo dedit actionem in triplum, quæ dicitur vi bonorum raptorum, in raptorem nec manifestum proprie, qua actione, si non egerit is, cuius interest, intra annum vtilem, post annum non vetabitur agere furti nec manifesti in duplum, vel si prius egerit actione furti nec manifesti intra annum, nec dum annus vtilis exierit, adhuc potest agere vi bonorum raptorum in id, quod amplius in ea est *l. 1. ff. eod. tit. l. si quis egerit, ff. de furt.* Et obseruandum est maxime de illo concursu B actionis furti nec manifesti cum actione vi bonorum raptorum sæpe agi in iure nostro, quoniam in hunc proprie casum comparata est actio vi bonorum raptorum. Nusquam autem agi de concursu actionis furti manifesti, & vi bonorum raptorum, quia ad hunc casum proprie non pertinet, nec est necessaria actio vi bonorum raptorum. Et hoc adnotasse ad hunc titulum satis est.

AD TITVLVM XXXIV.

De crimine stellionatus.

SEquitur crimen extraordinarium stellionatus, C quo nomine significatur fallacia, impostura, & omnis dissimulatio, & quicquid turpiter fit in fraudem alterius, quod proprio nomine demonstrari aut designari non possit. Denique stellionatus nomine significatur omne crimen, quod nomen proprium non habet, omnis fraus, quæ nomine proprio vacat. Cum hoc autem crimine non quidem concurrit vlla actio ciuilis, quæ pœnam persequatur, sed quæ rem persequantur, variæ possunt concurrere. Et si quidem famosa sit actio ciuilis rei persequendæ causa, quæ concurrit, vt si sit actio de dolo, vel actio depositi, famosum etiam erit crimen stellionatus. Finge, debitorem in soluendo pro auro debito ex stipulatu, vel ex causa depositi, subiecisse æs Corinthium, quod auri colorem habet: vel finge, eundem in soluendo pro veris gem- D mis vitreas subiecisse. Ex hac causa est actio de dolo, cum fuit debitor ex stipulatu, vel actio depositi, quæ sunt famosæ actiones. Ergo ex his etiam causis crimen stellionatus erit famosum. Nam esset absurdum ex iisdem causis ciuilem actionem esse famosam, & criminalem non esse famosam. Et ad hunc casum pertinet *l. quid ergo* §. *vlt. ff. de iis, qui not. inf.* crimen stellionatus esse famosum, quamuis non sit publicum, inquit: Nam & crimen expilatæ hereditatis, vt heri ostendi, est famosum. Non solum igitur publica crimina, de quibus est comprehensum, & cautum legib. publicorum iudiciorum, sunt famosa, quæ famosa certe sunt omnia, sed etiam priuata quædam crimina, quæ extra ordinem vindicantur. Id vero genus stellionatus, quod notaui, puta, pro auro æs subiicere, proprie est id quod ait *l. 3. ff. eod.* E imposturam facere: laborat Budæus, illo loco quærens, quid sit imposturam facere, nec explicat nisi obscure, & magis obscure quam exigant illa verba. Rem explicat aperte Trebellius Pollio in Gallienis, *Cum quidam*, inquit, *vitreas gemmas pro veris vendidisset eius vxori, atque illa, re prodita, vindicari vellet, subripi quasi ad leonem venditorem iussit. deinde e cauea emittit caponem, non leonem, & mirantibus cunctis rem tam ridiculam, per curionem dici iussit, imposturam fecit, & passus est*, hoc est, subiecit vitream gemmam pro vera, & ego vicissim caponem pro leone. Ceterum si in pignore dãdo debitor, vel si venditor in vendendo subiecit æs pro auro, vel vi- A tream gemmam pro vero adamante, aut sardio, *rubis*, si in vendendo subiecit statuliberum pro seruo, dissimulata conuentione statutæ libertatis dolo malo, iis casibus stellionatus non est crimen famosum. Ad quod est referenda *l. 2. ff. eod. tit.* dum ait, *crimen stellionatus non esse famosum*, quia iis casibus nec actio pigneratitia contraria, vel ex empto, quæ cum eo crimine concurrit, est famosa, *l. si quis in pignore, ff. de pignerat. act. l. statuliberum*, §. 1. *ff. de statulib.* Idemque est, si quis sciens ignoranti creditori rem alienam, vel iam alii obligatam simulans rem esse suam, vel esse liberam, pignori obligauit, *l. 1. & 2. h. tit.* Quibus casibus concurrit etiam ciuilis actio pigneratitia contraria ad rem persequendam cum accusatione stellionatus extraordinaria, *l. tutor*, §. 1. *de pigner. act.* quæ actio cum non sit famosa, nec crimen etiam illud erit famosum. Idem erit, si debitor producat aliquem creditorem, quem simulet in causa pignoris esse priorem, cum sit posterior, prioris creditoris fraudandi gratia: Nam & hoc casu cum causa stellionatus concurrit actio pigneratitia contraria, vt in *l. 4. h. tit.* & neutrum iudicium est famosum. Et hoc ita debet intelligi, vt sit locus vtrique iudicio, ciuili & criminali, si id fecerit debitor, & adstruxerit nullo prolato scripto, quo persuaderet priori creditori, alterum esse longe priorem. Nam si hoc fecerit prolato falso chirographo, quod sit prælatus dies pignoris obligationis (id Græci προχρονισμοὶ vocant, *vne antidate*) tunc locus est crimini falsi, quia scripsit falsum, *l. 15. sup. ad leg. Cornel. de fals. l. si a debitore, ff. eod.* Ergo cessat tunc crimen stellionatus, quia ita demum huic crimini locus est, si aliud non sit crimen, quo deceptor possit argui, si deficiat aliud crimen. Translatum autem esse nomen stellionatus, nemo est, qui nesciat, ab animali ad hominem vafrum, & decipiendi peritum, vt apud Apuleium, Venus irata Cupidinem stellionem vocat, *quibus modis*, inquit, *stellionem illum cohibeam, vn trompeur* Glossis etiam antiquis stellionator dicitur ἐπιθέτης, id est, *impostor*. D. Cypriano implanator: vt Christianis nascente ecclesia, quod plerique pallio vterentur, qua veste hodie frequenter vtimur, aduersarii ambigua oratione obiiciebant, quod essent Græci ἐπιθέται, vestiti scilicet pallio Græcorum vestimento, quo se operiebant solutim vno circumiectu, *vn Reytre*, vt intelligi volebant, vt ipsi intelligebant Græci impostores & stelliones apud D. Hieronymum. Pœna huius criminis est arbitraria, vt omniũ criminum extraordinariorum. Sed tamen additur in *l. 3. §. pen. ff. eod.* in plebeis non debere pœnam huius criminis egredi metallum: in cæteris esse remittendam relegationem, aut ab ordine motionem. Et *remittendam*, id est, *mitigandam*, inquit glossa ignara lat. sermonis: nam hoc vult, esse remittendam, id est, permittendam, vt *l. 22. §. vlt. ad leg. Iul. de adult.* patri esse remissum omnem adulterum occidere, remittere, pro, permittere, & contra sæpe permittere pro remittere & condonare.

AD TITVLVM XXXV.

De Iniuriis.

EXtraordinariis executionibus criminum h. tit. interserit ciuilem actionem iniuriarum, quæ datur ex 12. tabul. vel ex edicto prætoris, vel etiam ex lege Cornelia, vt est in *l. constitutionibus D. eodem tit.* id est, ex causis comprehensis lege Cornelia de iniuriis, puta quod quis pulsatus sit, verberatusue, domusue eius vi introita, & generaliter de omni atroci iniuria, puta seruili & sæua & grauissima, *l. 7. §. posse D. eod. tit.* Cuius exemplum est in *l. 4. huius tit.* si quis sacerdoti procedenti cum infulis & ornatu pro-

prio iniuriam fecerit. Et de leuissima etiam iniuria, vt Hortensium oratorem legimus, cum incederet elaboratus ad speciē. cuius decoris & pulcritudinis fertur fuisse studiosissimus, collegæ de iniuriis diem dixisse, quod sibi in angustiis obuius occursu fortuito structuram togæ destruxisset, apud Macrob. 3. *capit. 13. Capitale,* inquit, *putauit, quod in suo humero ruga locum mutasset.* Huius autem actionis pœna olim ex duodecim tabulis, erat certa, hodie est posita in æstimatione iudicis, & est famosa, ac annalis actio, *l. 5. h. tit.* quæ scilicet ex omni causa indistincte, vt opinor, finitur anno continuo, i. breuiori tempore, quam actio vi bonorum raptorum, quia & hæc actio de iniuriis facillime a boletur, veluti dissimulatione, id est, si contestatus illico non sit is, qui iniuriam passus est, se eam recipere & reuocare ad animum, *l. 31. sup. de liber. causa* illo loco, *habita contestatione:* qui sic est explicandus. Aboletur etiā pacto nudo, quod regulariter non tollit actionem, sed tollit actionem iniuriarum. Aboletur iureiurando, si delato iureiurando iurauerit quis, se iniuriam non fecisse, aut se non fecisse iniuriæ gratia, *l. 5. §. 1. l. non solum §. 1. D. eod.* At de iniuriis ciuiliter agitur, seu directo nobis illatæ sint, siue per consequentias, vt si illatæ sint filiis aut seruis nostris, aut vxori, *l. 2. & 8. hoc tit.* Et non tantum ciuiliter agitur, sed etiam, si quis hoc maluerit, criminaliter. Sed aliud iudicium alio consumitur, nec licet experiri vtroque ciuili & criminali, *l. 6. D. eod. tit.* Quoniam vtrumque est eadem de re, id est, vtrunque respicit ad vindictam: nec enim actio iniuriarum pertinet ad rem pecuniariam, seu, familiarem, sed ad vindictam. Et vt ait Valentinianus Imperator, qui agit de iniuriis, agit causam doloris sui, & imminutæ suæ libertatis, non causam rei familiaris. Et ea ratione non licet vtroque iudicio experiri, sed hoc vel illo, ciuiliter scilicet, vel criminaliter. Criminaliter, quo nomine olim erat publica accusatio ex lege Cornelia *l. hos accusare §. vlt. D. de accusat.* Sicut vi bonis raptis, etiam est publica accusatio ex lege Iulia de vi. Et hodie etiam publica est iniuriarum accusatio vno casu, *l. si quis in hoc sup. de episc. & cler.* si facta sit iniuria sacerdoti, dum sacra facit, vel clerico, dum cultui diuino ministerium præbet. Videtur & de iniuriis factis viris illustribus esse publica accusatio, vt hic locus Saluiani indicat libro *8. de guber. Dei. Deum ergo O homo,* inquit, *incuriosum & negligentem vocas? si quemlibet ingenuorum hominum hac contumelia læderes, insolentium iniuriarum reus esses. Certe, si illustriorum quempiam aut sublimiorem, etiam censuram iuris publici sustineres.* Altero etiam casu publica est iniuriarum accusatio, de quo dicemus titulo sequenti. Ceteris casibus accusatio iniuriarum est hodie extraordinaria, pertinens ad priuatam tantum causam, *l. vlt. D. eod.* & cum inscriptionis vinculo, *l. vlt. h. tit.* Nam & crimina extraordinaria inscriptionem exigunt accusatoris *l. vlt. ff. de furt. l. 1. inf. de abig.* Et notandum, quod specialiter constituitur in *l. vlt. huius tit.* & firmatur *Nouella* 71. vt viri illustres siue sint honorarii seu legitimi: Nam vt est in *l. 2. Cod. Theod. ad leg. Iul. repetund.* (quæ ratio loquendi est elegans) alia est dignitas honoraria, quæ est sine re, & nil agit: alia legitima, quæ in actione consistit & administratione reipublicæ. Vt igitur viri illustres, seu sint honorarii, seu legitimi, & seu extra ordinem criminaliter agant, seu conueniantur de iniuriis, causam agere possunt per procuratorem, quod etiam datur episcopis & presbyteris Nouella Valentiniani *de episcop. iudic.* Regulariter causa criminaliter non potest agi per procuratorem, *l. pen. ff. de publ. iud. l. 2. sup. ad leg. Fab. l. 16. ad leg. Cornel. de falsi. l. vlt. sup. vbi senat. vel clariss. l. 1. ff. an per alium appell. &c.* Regulariter causa criminalis non potest agi per procuratorem, nisi (vt ostendi supra quodam loco) capitale crimen intendatur, quo absens damnari possit, qui sui defensionē omittit, vt est proditū in *l. 3. sup. de accus.* & in *l. seruum §. publice D. de procurat.* Quibus locis in capitalibus iudiciis nominatim procuratori permittitur defensio absentis. Quo nomine significatur plena defensio, id est, totius causæ criminalis, & purgatio non tantum absentiæ, sed innocentiæ, si absens damnari potest, qui nullam habeat rationem suæ salutis: Nam & pro condemnato vltimo supplicio, si nolit appellare, quilibet potest appellare, *l. non tantum, D. de accusat.* Ergo & eum defendere, quando absens potest damnari. Quod obtinet vno tantum casu, si cum eo præsente iam lis fueris contestata, & post litis contestationem defensionem omiserit, & iudicio recesserit, *l. inter, D. de public. iudic. l. 4. §. pen. ff. ad leg. Cornel. de sicar.* At vbi absens damnari non potest, vt quia litem non est contestatus: vel vbi non est capitale crimen, tunc superiori regulæ locus est, vt causa criminalis non possit agi per procuratorem, vt *l. miles §. ea qua, D. ad leg. Iul. de adult.* Verum adhæc est animaduertendum, in *l. vlt. h. tit.* viris illustrib. iis conditionibus permitti causam criminalem agere per procuratorē, vt per semet ipsi si accusent, subscribant in crimen, & vt in eorum persona nominatim condemnatio fiat, quæ tamen (vt Græci recte notant) argumento legis 2. *D. de obsequiis parent. præst.* nullam eis inuret infamiam, quia eorum persona neque iudicio adsuit, neque adest cum sententia fertur. Absens non erubescit, infamia suffundit sanguinem præsenti tantum. Hoc igitur casu, cum vir illustris agit causam iniuriarum per procuratorem criminaliter, procuratori vel in procuratorem, cuius persona abest iudicio, non est dicenda sententia, id est, non est concipienda in eius personam, sed in personam mandatoris viri illustris. Idemque puto esse quocunque casu procuratori voluntario vel mandatario permittitur exercitio capitalis iudicii, vt non alius damnetur, quam auctor criminis. Et hoc distant criminales causæ a ciuilibus. Nam in ciuilibus causis sententia dicitur procuratori, vel in procuratorem, si cum eo lis fuerit contestata, vt *l. 1. sup. de sent. & interloc.* nisi in causa matrimoniali, vt glossa ait in *l. nihil sup. de procurat.* Dico in causis ciuilibus, quæ aguntur per procuratorem, sententiam concipi in personam procuratoris, si cum eo lis fuerit contestata: Nam si cum domino litis lis fuerit contestata, proculdubio in personam domini litis, sententia est concipienda, licet post litem contestatā causa sit acta per procuratorē. Et quod ait *l. nihil sup. de procur.* nil interesse ab initio, an cœpta lite, negotium ad personam procuratoris transitum fecerit. Hoc tantum vult, etiam post litem contestatam dari posse procuratorem, qui peragat causam, non etiam post litem contestatam a domino, sententiam esse dicendam procuratori vel in procuratorem in causis ciuilibus, quod valde notandum est.

AD TITVLVM XXXVI.

De famosis libellis.

INiuria aut fit in corpus, aut extra corpus. In corpus, puta verberibus, aut ductu pugni: Extra corpus autem fit, vel conuitiis, vel famosis libellis. Conuitiis, vt puta si quem infamandi gratia vocaueris delatorem, id est, sycophantam, vt in *l. 3. tit. super.* vel si homicidam, vt in *l. 5. tit. super.* vel si liberum hominem per contumeliam vocaueris seruum aut vilissimum mancipium, vt *l. 9. & 10. tit. super.* Famosis autem libellis fit iniuria, si quid scripseris quod pertineat ad infamiam alterius, de qua iniuria est publica accusatio ex senatusc. *l. 6. D. de iniur.* & pœna capitalis, ex *l. 1. & 2.* (quarum prima est Græca, altera Latina) *h. tit.* non tantum in auctorem libelli famosi, sed in eum etiam, qui inuenit libellum famosum, nec combussit, sed euulgauit, quia ipse præsumitur esse auctor libelli, qui eum spargit in vulgus non prodito auctore.

AD

AD TITVLVM XXXVII.

De Abigeis.

SEquitur in hoc titulo crimen extraordinarium abigeatus in latrones pecorum, vt ait *l. 9. §. Imperator, ff. loc.* quod constitutio huius tituli ait, modo intendi cum inscriptione, vt si grex ouium abactus & abductus sit, si equus, si bos: modo sine inscriptione, vt si vna tantum ouis, vel capra, vel sus abacta sit, qua de re tantum ciuiliter agitur, tanquam in furem potius, quam abigeum: Nam ob rem modicam non agitur criminaliter, *l. causas Cod. Th. de iurisdict.* Ciuiliter agitur ob rem modicam, vt est in *Instit. vi bonorum rapt.* si vel minima, inquit, res sit rapta, & abacta, *§. Gallinarum, Instit. de rer. diuis.* At non agitur criminaliter.

AD TITVLVM XXXVIII.

De Nili aggeribus non rumpendis.

HVius tituli constitutio non intelligitur a nostris. Est etiam extraordinarium crimen in Ægypto, si quis ruperit moles vel aggeres obiectos Nilo, qui solent aquam Nili continere, coercere, dispensare, qua irrigatur Ægyptus, *l. pen. ff. de extraord. crim.* Nam & in sacris Bibliis Deuteronomii vndecimo legimus, humana opera perinde atque hortum totam terram Ægypti irrigari: qui aggeres in d. l. pen. vocantur Græce χώματα, & a quibusdam περιχώματα. Certe quæ Arriano scribenti de gestis Alexandri & de Nili miraculis sunt χώματα, Q. Curtio, qui multa sumpsit ex Arriano, sunt *moles*. Legendum autem est in constitutione huius tituli, [*valla fluenta.*] Nam constitutio de iis vallis, seu aggeribus nominatim non loquitur, de quibus tamen est titulus conscriptus, sed tantum tacite. Ideoque non est legendum, *valla fluenta,* sed, vt in *Cod. Theod. vlla fluenta*, hoc sensu, vt si quis ruptis, apertis, aut dissolutis aggeribus Nili, qui aquam Niloticam continent, intra duodecimum cubitum, id est, cum incrementum Nili nondum excessit duodecimum cubitum, vt Græci recte dicunt, πρὸ τῆς ἀναβάσεως τοῦ δωδεκαπήχεος. Ita igitur si quis ruptis aggeribus intra duodecimum cubitum, id est, antequam peruenerit ad duodecimum cubitum, *iusques à la donziesme condée*, quẽ cum non excedit, est certissima fames in Ægypto, vt Plutarchus scribit. Si vlla fluenta deriuauit ad se, & prædiũ suum, & vsurpauerit sibi, capite plectatur. Græci legunt, [*valla*] qui vertunt, τὸν τάφρον. Sed hanc lectionem, neque verbum [*vsurpauerit*] admittit, quia non apte diceret, si valla vsurpauerit, sed si ruperit. At dicit, si vlla fluenta vsurpauerit, id est, vllos riuulos apertis aggeribus ante tempus. Et subiecta quoque vox [*fluenta*] non admittit hanc scripturam.

AD TITVLVM XXXIX.

De iis qui latrones vel aliis criminibus reos occultauerint.

E

ESt etiam extraordinarium crimen in eos, qui latrones vel abigeos, vel aliorum criminum reos recipiunt & celant, qui sunt receptatores latronum, vt *l. 1. ff. de receptat.* Quintilian. *Declamat. 255. Proximos existimo eos esse transfugis, a quibus transfugæ recipiuntur. Hoc natura simile est, facere scelus & probare.* Latrones dicit, non fures. Nam qui furem recipit & celat, forte tantum ciuiliter tenetur, vt *l.*

Cod.

A *qui vas §. qui furem, ff. de furt.* nisi & res furtiuas receperit, vt *l. si quis vxori §. si fugitiuum. ff. eod. tit. l. 12. sup. ad leg. Fab.* Iuxta legem Platonis lib. 12. ἐάν τις κλεμμάδιον ὑποδέχεται γιγνώσκων, &c. *Si quis*, inquit, *sciens receperit qualemcunque rem furtiuam, vt pœnam furis sustineat.* Et Phocylides.

φωρῶν μὴ δέξῃ κλεπτίμην ἀνδρῶν παραθήκην.
ἀμφότεροι κλῶπες καὶ ὁ δεξάμενος καὶ ὁ κλέψας.

AD TITVLVM XL.

De requirendis reis.

B DE reis iam dixit ante, qui præsentes rei fiunt litis contestatione, post quam etiam absentes damnari possunt, vt ante dixi ad *titul. de iniur.* Nunc de reis absentibus dicit, qui fiunt requirendi, qui certe damnari non possunt. Qui fiunt requirendi, vt ait *l. 1. h. tit. si factus sit requirendus*, & Græci ad *l. adulteram, sup. ad leg. Iul. de adult.* Ii sunt, cum quibus lis non est contestata, qui semper iudicio abfuerunt. Fiunt autem requirendi cum annotantur inter reos, vt ait lex 3. *huius tit.* vt scilicet requirantur, non ad pœnam, quoniam damnari non possunt, sed ad purgandam innocentiam suam: & edictis euocantur, bonis eorum obsignatis, nondum publicatis: nec enim absentes damnari possunt, qui nunquam litem sunt contestati, nisi sint leuia crimina. Non possunt igitur damnari absentes, qui nunquam litem sunt contestati, videlicet, si grauia fuerint crimina, vt ait *l. 1. huius tit.* quæ
C verba interpretatur *l. 1. ff. eod.* in qua citatur etiam hæc constitutio, vt sint grauiora crimina, quæ inferunt mortem, vel capitis deminutionem maximam, hoc est, seruitutem, & addatur *l. absentem, D. de pœn.* Requirendis autem factis datur annus, intra quem venientes se purgare possint, & bona sua recipere, quæ sunt obsignata. Et si forte venerint intra annum, & mox decesserint in reatu, heredes eorum bona recipiunt, *l. 1. huius tit. l. 2. sup. si pend. appellat. mors interuen.* Post annum, qui non venerunt, bona eorum publicantur & in fiscum rediguntur, *l. 2. & l. 3. huius tit.* nec si venerint post annum, ea bona possunt recipere. Quod semel sumpsit fiscus, nunquam reddit, vt *l. 2. huius tit. l. 1. ff. ad l. Iul. de amb.* Post annum quidem audiuntur, si velint pur-
D gare innocentiam suam: Nam quocunque tempore licet se purgare & defendere, etiam post quintum annum, sed bona confiscata non recipiunt, nec famam. Nam post annum & bona publicantur, & infamis fit. Et ita est accipienda *l. 3.* vt fiat infamis ipso iure post annum, nec accipe legem 3. de infamia facti, vt glossa, sed de infamia iuris, vt post annum bona transferantur in fiscum, infamis fiat. Cæterum fama poterit restitui a principe: bona autem confiscata vix restituuntur.

AD TITVLVM XLI.

De quæstionibus.

EXposita ratione faciendorum reorum & exhibendorum & custodiendorum, & ad extremum etiam, vbi absunt, adnotandorum inter reos, expositisque variis indiciis, quibus varia crimina coercentur, tempus erat dicere proprio titulo de Quæstionibus, de quibus obiter ante, cum ea exponerentur facta mentio est: hæ sunt strictiores inquisitiones criminum vt ait lex 3. *ad leg. Iul. maiest.* quæ scilicet non sunt nudæ interrogationes, sed quæ fiunt per vim & tormenta cruciatusque corporis reorum vel testium, & quandoque etiam accusatorum, vt *d. l. 3.* efficacissi-

mæ ad requirendam veritatem, vt est in edicto Augusti, quod proponitur, in *l. edictum, D. eod. tit.* Duæ autem potissimum leges sunt in hoc titulo, quæ desiderant operam nostram, quæque ad se trahunt cæteras fere omnes, *l. 1. & l. pen.* Hodie tantum legem primam explicabo quæ pertinet ad veterem illam regulam iuris, siue vetus Senatusconſ. vt ait Cornel. Tac. *2. Annal.* ne de seruo quæstio habeatur in dominum, ne offerente quidem domino seruum quæstioni, vt *l. 7. h. t. l.* 18. §. *seruus nec si a domino, D. eod.* Et huius regulæ ratio hæc est, quia indignum est audiri seruum aduersus dominum, & dominis maxime periculosum, & dominorum morte ipsa tristius, quoniam (vt est in prouerbio) quot serui, tot hostes. Et quia, vt pro domino seruus non torquetur, *l. 6. & 14. h. tit. l. 7. sup. de test.* ita æquum est, ne audiatur etiam aduersus dominum, imo nec aduersus patrem, aut matrem, aut filium, aut tutorem domini sui, *l. 2. hoc tit. l. 10. §. 1. ff. eod. tit.* nec aduersus dominum pro parte, id est, aduersus vnum dominum ex pluribus, *l.* 13. *huius tit. l. 3. ff. eod.* Nec aduersus eum, qui quondam dominus fuit, in memoriam prioris dominii, vt in *l.* 11. & 17. §. *seruus in caput, ff. eod. tit.* Sed addenda est hæc exceptio, nisi dominio eius exierit, eo deportato vel dato in metallum, mancipiis & bonis omnibus suis publicatis: Nam domini damnati seruos constat in eum torqueri posse ex noua causa, *l. 1. §. item Mummio, ff. eod.* Et hanc addit rationem illo loco: quia desierunt esse ipsius. Et mirabilis ratio, & quæ, quod ante posuimus euertit, vt neque torqueri possit in eum, cuius desiit esse seruus, qui quondam dominus fuit. Sed tamen ita est scriptum Florentiæ, illo loco, *quia desierunt esse ipsius.* Et in Basil. ἐλλείψαντο γὰρ εἶναι αὐτοῦ, vt non sit dubitandum de castitate scripturæ. Et tamen certum est, eam rationem, si generaliter accipiamus, esse falsam & vitiosam. Nam si seruus sit damnatus in metallum, vel si ab emptore redhibitus sit venditori, vel si venditus sit & traditus, desinit esse eius, & tamen in eum torqueri non potest, *d. l.* 11. 17. & 18. §. *seruus in caput, eod. tit.* Nec probatur fraus Augusti & Tiberii, qui quem volebant torqueri in dominum, prius iubebant a domino distrahi fisco vel reipublicę, apud Dionem 53. & Cornel. Tacitum *2. Annal.* quoniā nec venditus seruus potest torqueri in vēditorem in memoriā prioris dominii, alioquin hoc genere semper eluderetur vetus illa constitutio iuris, domino coacto vendere a principe. Igitur ratio illa *l. 1. §. item Mummio,* est tantum accommodāda ad suū casum, non generaliter accipienda. Nec enim rationes Iurisconsultorum omnes sunt admodum necessariæ, pleręque sunt coloratę, & tantum probabiles. Hoc autem modo accommodabitur, vt serui eius, qui est damnatus, & damnatione capite minutus, scilicet amissis bonis omnibus, possint in eum torqueri, quia eius esse desierunt propter scelus & turpitudinem eius, vt plane egerit se indignum, cuius memoria coleretur a seruis, qui eius esse desiissent eo modo, argumento l. vlt. *sup qui & aduerſ. quos in integ. rest. postul.* Vbi patronis aut parentibus, si turpes sint personæ, nec honos nec memoria viuis, aut mortuis eadem pariter exhibetur, ac si honestæ essent personæ. Porro ab illa veteri regula iuris lex 1. huius tituli excipit tria crimina, in quibus serui torquentur & interrogantur in dominos. Primum est crimen fraudati census, quod per consequentias est etiam crimen fraudati tributi fiscalis. Nam fraudati census in *l.* 1. non est (quod glossa ait) fraudatæ annonæ, sed si quis in censum non deferat omnia quæ habet fisci fraudandi causa, cui pro modo eorum, quæ possidemus, debentur tributa, in quibus sunt nerui Reipublicæ, vt ait lex 1. §. *in causa, D. eod.* qui est de hoc crimine fraudati census, quia est de fraudatis tributis, in quibus, inquit, sunt nerui reipublicæ, & licet etiam seruo hoc crimen vltro deferre aduersus dominum, *l. vix, ff. de iudic.* & nisi detulerit, de salute sua periclitatur, quæ est ratio, quæ iuste compellit seruum & instruit ad professionem, id est, ad delationem, seu iudicium istius criminis. Et ita est explicandus *d. §. in causa,* qui prima facie videbitur obscurus. Alterum crimen est perduellionis, quod etiam vltro seruus potest & debet, si scierit, deferre aduersus dominum, ne veniat in vitæ suæ discrimen & periculum. Ergo in eo crimine potest etiam interrogari & torqueri in dominum. Tertium est crimen adulterii, in quo constat ex lege Iulia seruos vxoris torqueri in vxorem, seruos adulterii aduersus adulterum, id est, qui dicitur adulterium commisisse, *l. 3. & 32. & vlt. sup. ad leg. Iul. de adult.* hac tamen conditione, vt post quæstionem habitam de eis in reum adulterii, vel ream, in cuius sunt potestate, publicentur seu redigantur in fiscum, vt scilicet sine vllo metu verum dicant, nec obdurent in quæstione, dum timent ne redeant in potestatem reorum, in quos torti sunt, *l. si postulauerit, §. iubet, ff. ad leg. Iul. de adult.* Post quæstionem recte publicantur, ante quæstionem non recte publicantur venditione extorta a domino in fraudem illius veteris constitutionis. His tribus criminibus alia addi oportet, veluti crimen per insidias appetitæ vitæ mariti aut vxoris, quod coniungit adulterio, *l. vlt. sup. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ est coniungenda cum *d. l.* 32. Vnde exemplo adulterii posiis dicere, etiam in hoc crimine post quæstionem seruos esse publicandos eadem ratione. Et notandum, hæc duo crimina (adulterii, & insidiarum factarum vitæ vxoris aut mariti) seruum non posse deferre vltro aduersus dominum, sicut potest crimen perduellionis, & crimen fraudati census: sed tantum potest etiam in crimen adulterii & insidiarum factarum vitæ coniugis, torqueri in dominum vel dominam: Nam (quod notandum) etsi, vt opinor, quacunque ex causa vltro seruus dominum deferre potest, veluti fraudati census, vt dixi, vel læsæ maiestatis, & alia duo crimina addas, vel arctioris annonæ, quod dominus supprimat annonam, & arctet; vel falsæ monetæ, *d. l. vix,* ex eadem causa seruus etiam in eum torqueri & interrogari potest; quia si vltro potest deferre, certe etiam inuitus per tormenta cogetur declarare veritatem. At non ita e contrario quacunque ex causa seruus torqueri & interrogari potest in dominum, non potest etiam vltro eum deferre, vt in crimine adulterii & insidiarum. Constat etiam pro domino aduersus dominum seruum posse torqueri. Vt si duo sint domini, & alterum dicatur occidisse, *l.* 13. *huius tit. l. 17. pen. ff. de Senatusc. Syll.* Nam nec alia ratione dicitur seruus in crimine perduellionis posse interrogari in dominum, quā quod interrogetur in dominum, pro domino rerum, id est, principe, *l. 2. Cod. Theod. ne præter maiestatis crimen seruus dominum accuset.* Et ita licet seruus non soleat torqueri per tormenta in domini tutorem, interrogabitur tamen per tormenta pro domino, puta agente tutelæ in tutorem eius, *l. 2. huius tit.* Item pro domino occiso in heredem, qui dicitur eum occidisse vel mandasse occidi eum, *l. 6. §. 1. ff. de Senatusc. Syllan.* Item pro successione domini defuncti, si sit incerta & controuersa, vel eo maxime quod cum causa in incerto est successio, & incertus successor domini defuncti; & plures inter se de hereditate disceptant, nondum habet seruus vllum certum dominum. Et ideo, siue sit quæstio de fide generis, de statu ingenuitatis, de supposito partu, de falso testamento, serui hereditarii possunt interrogari, nempe pro successione domini defuncti, cuius interest habere heredem certum. Et hoc ostenditur in *l. 9. & 10. & 13. h. tit. l. 2. l. 17. §. 1. & l. 18. §. iudex, ff. eodem.* Imo vero si non sit controuersia de hereditate domini defuncti, sed tantum de certis corporibus & rebus hereditariis, ant sint ex hereditate, inter coheredes vel inter heredes & legatarios, aut creditores serui hereditarii, qui rerum habent notitiam, interrogandi sunt per tormenta, vt fit: Nam seruo non creditur sine tormentis, non sunt

interrogandi

interrogandi de heredibus, qui sunt heredes, quia de eo non quæratur, nam constat inter omnes, sed tantum de rebus hereditariis, de quibus ambigitur, *l. vlt. huius tit. l. vlt. §. licentia, sup. de iure deliber. & Nouella 1. & 48.* Sed exigit *l. vlt. huius tit.* vt qui ex hac causa seruum hereditarium postulat in quæstionem, prius iuret de calumnia, id est, purget se iureiurando, se hoc postulare bona fide, quod existimet per seruos hereditarios expediri posse, an res sint hereditariæ, de quibus ambigitur, vt in *l. 1. sup. de iureiur. propter calum.* quæ est coniungenda cum *l. vlt. huius tit.* & illius subscriptio emendanda est ex subscriptione legis vltimæ huius tituli, & de iis hactenus. Sequitur altera pars legis primæ, in qua parte proponitur differentia vna inter causas criminales & pecuniarias; cuius ratione videtur quodammodo nexi initium huius tituli cum fine tituli superioris: Nam in *l. vlt. tit. super.* ponitur alia differentia inter causas criminales & pecuniarias, quæ lex (quod pauci animaduertunt) ducta est ex *l. 29. Cod. Theod. de petitionib. & vltro datis.* Vt autem sit constituenda & enodanda differentia, quam dico proponi in secunda parte huius legis primæ, non est facile expedire ob duplicem scripturam legis primæ: Nam vulgo, ac etiam in Basilicis in ea legitur, *nec inopia probationum.* At Haloander legit, vt & plerique veteres Codices habent, *ex inopia probationis.* Secundum vulgatam scripturam differentia hæc erit, in causis criminalibus, si sit inopia probationum, seruum non audiri in dominum, præscriptione refelli seruum, qui in causa criminali quid dicit in dominum. Sed si sit copia aliarum probationum quibus constet fides veri, ea præscriptione vti, *de ce reproche,* nihil attinere, nihilque prodesse domino, quo magis releuetur, satis conuicto aliis probationibus, vt non sit necesse refelli dictum serui, quod pro non dicto possis habere. In pecuniariis vero causis etiamsi sit inopia aliarum probationum, seruos in dominum interrogari non posse, hic est sensus huius legis, si legis, *nec inopia probationum.* At hoc sensu nulla ponitur differentia inter causas criminales & pecuniarias, sed idem omnino in omnibus ius, vt scilicet per inopiam aliarum probationum non interrogetur seruus aduersus dominum. Et tamen lex ponere voluit differentiam inter has & illas causas, quia postquã dixit de criminalib. causis, subiicit, [*in pecuniariis vero*] quasi aliud statuens in pecuniariis, quam tamen differentiam destruit, qui legit, *nec inopia probationis,* & vinculum illud, vt fit sæpe, quod est initio huius tit. cum extremo superioris. Itaque non hanc vulgatam, sed aliam scripturam magis probo, vt scribamus, *ex inopia probationum,* vt Haloander. Nam manifesto inter causas criminales & pecuniarias hanc differentiam ponit, quod in criminalibus, nec si sit inopia probationum, audiantur serui in dominum: in pecuniariis si sit inopia aliarum probationum, audiantur. Et *ex inopia,* id est, propter inopiam, vt illo Salustii loco, *ex diuitiis, luxuria iuuentutem inuasit.* Et ratio differentiæ est euidens. Non, vt quidam ait, & alios etiam dixisse confingit falso, quia in pecuniariis causis serui interrogantur nuda interrogatione, non etiam torquentur: nec enim hac ratione vnquam vsus sum: & in hoc titulo [*interrogare*] est semper per tormenta, sed ratio differentiæ hæc est, quia in pecuniariis causis seruus, qui torquetur & interrogatur, non interrogatur in caput domini. ex SC. vetita est tãtum interrogatio in caput domini, vt non sit iniquum in pecuniariis causis, in quibus non de capite domini agitur, maxime deficientibus aliis probationibus, seruum audiri contra dominum. Et hoc etiam confirmat *l. 6. serui, ff. de testib.* dum ait, serui responso (generaliter cuiuscumque serui) in causis pecuniariis scilicet, tunc esse credendum, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est, id est, si sit inopia probationum. Confirmat etiam hoc *l. 12. h. tit.* cum ait, si de dominio serui quæratur, inter dominum scilicet & extraneum, in ea

A causa, quæ est pecuniaria, seruos ita demum cum tormentis interrogari posse, si aliis probationibus veritas illuminari non possit, id est, ex inopia probationum. Et postremo hoc etiam confirmat *l. Diuus, ff. eod. tit.* quæ de seruis generaliter loquitur tam propriis quam alienis, quod indicat ea lex, dum infert, licere igitur & de seruis alienis habere quæstionem, sicut de propriis, scilicet in pecuniariis causis, si aliter veritas inueniri non possit, id est, ex inopia probationum. Et addit, vt & D. Seuerus rescripsit in *h. l. 1. §. item Seuerus Antigono.* Nam & hæc l. 1. est inscripta Antigono vt alias admonui. Vnde quoties legimus in pecuniariis causis seruos non interrogari in dominum, vt in *l. 2. & 6.* & a contrario sensu in *l. 15.* hoc sic excipi debet, vt non possit interrogari
B in pecuniariis causis aduersus dominum, nisi vrgeat magna inopia aliarum probationum. Restat vt adnotemus ex hoc tit. de liberis hominibus, qui quæstioni subiici possunt vel non. Seruos iam ostendi heri subiici quæstionibus & tormentis, tam alienos, quam etiam quandoque proprios, qui facti sunt conscii vel auctores non tantum in criminalibus causis, sed etiam in pecuniariis, scilicet, si aliter veritas inueniri non possit, *l. Diuus, ff. eod.* Ergo siue accusentur serui, siue ad testimonium prouocentur, serui alieni aut proprii torqueri possunt. liberi autem homines vocati ad testimonium in pecuniariis causis, etiamsi res sit obscura, qua de agitur, quæ nullis sit subnixa probationibus, nullis probetur argumentis vel signis, torqueri non possunt: quia nec statuliberi possunt torqueri in pecuniariis causis, qui spem tantum habent obtinendæ libertatis, nondum sunt li-
C beri, nec deportati in insulam, qui liberi quidem sunt iure gentium, sed non iure Quiritum, quia desierunt esse Quirites, *d. l. Diuus §. pen. & vlt.* At vt in criminalibus causis statuliberi vocati ad testimonium in caput alterius torqueri possunt, *l. edict. §. vlt. ff. eod.* Ita etiam liberi, maxime pro vacillante testimonio, *vt ait l. ex libero, initio, ff. eod.* vel etiamsi infames sint: Nam & infames quandoque ad testimonium, imo & ad accusationem admittuntur, vt in causa læsæ maiestatis, *l. famosi, ff. ad l. Iul. maiest.* & in causa arctioris annonæ, *l. mulierem, ff. de accusationibus.* Vnde ait *l. hoc carmen §. si eius rei, ff. de testib.* si ita sit rei conditio, vt admittat arenarium testem, vel similem personam, id est, famosam personam seu infamem, vt puta si
D sit reus maiestatis vel fraudatæ annonæ. His personis famosis licet sint liberæ, non est credendum sine tormentis, quod congruit cum *§. 1. Nouella de testibus.* Et hoc si liberi homines ad testimonium vocentur in causis alienis. At quid si ipsi accusentur, quid si ipsi liberi homines rei postulentur? Et hoc quoque casu plebeios constat torqueri, vt in *l. 3. h. tit.* libera mulier, quæ veneno maritum necauit (sic enim ad eam legem ponunt speciem tum Latini tum Græci.) Ea, inquam, mulier veneficii postulata torquetur: sed primum interrogantur serui alieni, qui facti conscii sunt, vel esse præsumuntur, nedum proprii serui, quod ad eam *l. 3. Basil. addunt ex l. vlt. sup. ad Corn. de sicar.* Denique torquetur mulier postulata de veneno porrecto marito, quo maritum extinxit, videlicet, vt ait lex, si opprimatur argumentis qui-
E busdam: Nam quæstio non habetur de quoquam nisi extrinsecus impleatur accusatio quibusdam argumentis. Itaque *l. 3.* recte ait, dixisse Imperatorem Antoninum *cognitionaliter,* id est, vtraque parte præsente, vel συςάδην, cui opponitur μονομερῶς; dixisse, inquam, mulierem in ea specie non torqueri, nisi opprimatur quibusdam argumentis verisimilibus aut probabilibus, quibus veluti certis indiciis moueatur iudex, vt ait *l. 8. huius tit.* Ex qua in *l. 17. sup. ad leg. Cornel. de falsis,* pro [*cæteris indiciis*] velim reponi [*certis indiciis*] quoniam idem ait quod *l. 8. huius tit.* vt si prius iudex fuerit commotus certis indiciis, tum iubeat reos exhiberi, vt de eis quæstio habeatur, hæc de plebeis. Constat etiam eos, quos

a plebe fecernit dignitas, aut splendor generis, aut A militia, aut emerita militia, torqueri si obiiciatur crimen perduellionis, *l. 3. & 4. sup. ad leg. Iul. maiestat. l. 16. huius tit.* Vel etiam, quod perduellioni siue læsæ maiestati proximum est, si eis obiiciatur crimen maleficarum artium, vt in *l. 7. sup. de malefic. & mathemat.* crimen scilicet maleficarum artium, quas dicantur non exercuisse passim, sed in comitatu Augusti vel principis, quoniam qui has artes exercent in comitatu principis, propemodum pulsant & appetunt ipsum principem, *ipsam maiestatem.* & ideo crimen est proximum læsæ maiestati, & in eo nulla dignitas excusat a tormentis: *Cum,* inquit, *has artes exercuerit in comitatu nostro vel Cæsaris*, vt ait *l. 7.* plane separans Cæsarem ab Augusto; quam separationem Traiani ętate primum fuisse introductam didici ex Aurelio Victore, non mutilo quidem B illo & decurtato, qui formis est expressus, sed integriore, quem habuimus. Eius verba sunt: *Traianus,* inquit, *grandæua ætate, adscito ad Imperium Adriano ciue & propinquo, abhinc diuisa sunt nomina Cæsarum & Augusti, inductumque in Rempub. vt duo vel plures summa potentia dissimiles cognomento, ac potestate dispari sint.* Augustinus in fin. 10. de Trinitate. *Cæsarem cum Augusto commune habuisse purpuræ gestamen, at non idem Diadema.* Quod etiam Zonaras scribit in Michaele Stratiotico. Ammianus Marcel. duobus locis, Cæsarem Augusto esse veluti apparitorem, non residem, sed vltro citroque discurrentem mandato Augusti, *lib.* 14. Verum ad rem. In cæteris omnibus dignitas & splendor generis & militia excusat a tormentis, *l. 8. 11. & pen. h. tit.* Et *l. 11.* primum nominat eminentissimos, & perfectissimos, quos C non vult ob dignitatem, quam sustinent, affici pœnis aut quæstionibus plebeiorum. Et eminentissimos vocat viros illustres, vt in constitutionibus Iustin. Tribonianus modo vir eminentissimus, modo vir illustris appellatur. Contineri etiam possunt eo nomine spectabiles & clarissimi. Eminentissimi igitur sunt viri illustres & clarissimi, quoniam potissimum hi tres dignitate eminent in rep. perfectissimi sunt inferiores clarissimis. Ammianus Marcel. 21. *Nec sub eo dux quisquam prouectus est cum clarissimatu; erant enim,* inquit, *perfectissimi.* Ait autem *l. 11.* neque eminentissimos neque perfectissimos subiici tormentis & pœnis plebeiorum, neque liberos eorum vsque ad 3. gradum, si modo liberi omnes eorum illæsam existimationem suam conseruarint, *s'ils ont tousiours vescu noblement sans reproche.* Nam si vel vnus eorum D notatus fuerit infamia, veluti damnatus iud. pub. hoc maculat cæteros, & priuilegium illud extinguitur, nec transfertur ad vlteriores. Finge, ex auo eminentissimo aut perfectissimo esse patrem & filium & nepotem & patrem notari infamia criminis cuiusdam famosi: nota patris maculat filium, & nepotem excludit supradicto priuilegio & beneficio, ne subiiciatur pœnis aut quæstionibus plebeiorum. Hæc est sententia *l. 11.* in prima parte. Subiicit eadem l. in 2. parte: Idem esse obseruandum in decurionibus, & hoc referre Domitium. Vlpian. in *lib. disp.* quod & verum est, hoc enim refert in *l. 2. ff. de decur.* quæ est ex lib. 1. Disput. Ait, *in decurionibus autem & filiis eorum hoc obseruari vir prudentissimus Domitius Vlpianus,* &c. in filiis eorum, inquit, vbi *filiorum* appellatione oportet intelligere omnes liberos vsque ad 3. E gradū exemplo eminentissimorū & perfectissimorum. Nam hoc priuilegium decurionum non tantum ad filios, sed ad nepotes & pronepotes transit, vt ostendi *in l. moris, §. pen. ff. de pœnis, & l. si quis filio, §. eius, ff. de ini. rup. irr. fact. testam.* Ergo in liberis decurionum idem statuemus, quod in liberis eminentissimorum & perfectissimorum, vt scilicet nota vnius noceat posteris, vt posteris auferat priuilegium. Verum hoc pugnat omnino cum *d. l. §. in auo.* Cuius tamen auctoritate vtitur: Nam ait, *in auo recte Papinianus respondit, vt nota patris non macularetur filius,* quorum verborum non potest esse alia sententia, quam, vt si sit auus decurio & pater & filius & nepos, notato patre filius non maculetur aut nepos contagione patris, vt filius nihil sibi metuat vel honori, quem ducit ex auo decurione. Est eadem species quam posui ante in liberis eminentissimorum; & tamen in iis liberis decurionum *l. 11. ait,* idem seruari, quod in liberis eminentissimorum, in medium adducta auctoritate Vlpiani, qui tamen longe secus scripsit in *d. §. in auo, l. 2. ff. de decur.* quæ est *ex lib. Disputat.* Idem etiam omnino scripsit Vlpianus in *l. emancipatum §. vlt. ff. de senator.* si auus fuerit senator seu decurio, (nam & decurio senator est municipalis) pater autem notatus sit infamia, etiamsi filius sit conceptus post inustam notam patris, dignitatem aui ei prodesse potius quam nocere infamiam patris. Ergo indistincte seu filius, qui habet auum senatorem vel decurionem, sit conceptus ante infamiam patris, vel post infamiam patris, infamia patris nihil ei præiudicat. Vlpianus ergo his duobus locis aperte dissentit ab eo, quod proponitur in hac *l. 11.* aut negat se id scripsisse, vel sensisse, quod ei hæc *l. 11.* attribuit, vt scilicet quemadmodum in liberis eminentissimorum, & perfectissimorum nota patris nocet, vlterioribus dignitas aui non prodest: ita etiam in liberis decurionum nota patris maculet cæteros liberos. Non potest res in concordiam adduci vllo modo, legantur glossæ & interpretes, & ab eis legantur allegatæ innumeræ rationes istius nodi dissoluendi, sed irritæ omnes, & quæ nullius sani hominis iudicium expleant. Velim vos obseruare in hac *l. 11.* manifesto Imperatores voluisse ponere differentiam inter liberos eminentissimorum & perfectissimorum, & liberos decurionum, quoniam vbi dixit de liberis eminentissimorum, aduersatiue subiicit, siue quasi ex aduerso, *in decurionibus autem & filiis eorum, &c.* Hæc sunt verba volentis ponere differentiam, quæ tamen nulla erit omnino, nisi legas negatiue, *in decurionibus autem & filiis eorum hæc non obseruari, &c.* Et, vt ita legamus, compellit me ipsemet Vlpianus, cuius auctoritate vtimur non vno in loco, sed duobus in locis, & illo ipso loco puta disput. qui notatur in hac l. 11. Sic igitur posita hac differentia intelligamus maiorem integritatem & castimoniam exigi in genere eminentissimorum. Nec abs re. Nam & horum æquum est mores eminere & prælucere cæteris omnibus. Itaque eam gentem deturpat vel vnius ex liberis infamia, quod attinet scilicet ad istud priuilegium, quod non ita facile admittitur in genere decurionum, res est verissima: in liberis eminentissimorum & perfectissimorum decus perpetuum exigimus, nec interruptum, vt in ea familia istud priuilegium perseueret, ne experiantur pœnas aut quæstiones plebeiorum. Ad hæc est notandum ex *l. pen. huius tit.* ad quam erat referenda illa lex 11. quam potius debui facere potiorem, cum lege prima, quam cum *l. pen.* quod sit difficilior: eadem tamen de re vtraque, 11. *& pen.* Et ostenditur *l. pen.* idem priuilegium dari principalibus, qui, inquit, principali honore muniti sunt, vel apertius vt in C. Theod. principalitatis honore. qui sunt principales? Ij sunt primi decuriones, qui & primarii curiarū in *l. 39. C. Th. de decur.* primi Senatores, primi decuriones vsque ad decē scilicet Et ideo iidem sunt principales & 10. primi curiæ, *l. 52. & 54. C. Th. de hæret.* ad quem honorem principalitatis perueniunt ij tantum, qui sunt perfuncti gradatim in sua patria omnibus muneribus ciuilibus, vt ostendit *l. 5. & 77. & 75. C. Theod. de decur.* Et hoc est, quod ait hæc lex, hanc esse mercedem laboris multorum munerum gestorum pro patria. hoc ait *l. penult.* vt scilicet principales non subiiciantur pœnis plebeiorum, vt a D. Augustino in libris de ciuitate Dei, Areopagitæ vocantur principales. Et idem priuilegium competere ait, si desierint esse decuriones, in memoriam scilicet prioris dignitatis, vt ait *l. vlt. ff. de decur.* dum ait eum, qui desiit esse decurio, & postea damnatus est, non posse

torqueri, quia plerunque damnati torquentur, vt prodant sceleris participes & socios, *l. 1. sup. de falsa mon. l. vlt. sup. de malef. & mathemat. l. prouinciarum, sup. de feriis.* Adnotandus tantum est, præter superiores notatos casus, quibus qui in dignitate positi sunt sine delectu torquentur, cum attrocia crimina eis obiiciuntur, veluti maiestatis læsæ aut minutæ. præter eos casus addendus est tantum vnus, quo decurio subiici potest tormentis, si ante decurionatum tabellio fuerit, & falsa pleraque instrumenta conscripserit. Nam si arguatur falsi post decurionatum, ex hac causa subiici potest tormentis, ex *l. si quis decurio, sup. ad leg. Cornel. de fals.* si hoc res exigat, vt quæstio de ea habeatur. Nam, vt ait, scripturæ fides, cum id res exigit, per ipsum debet probari scriptorem. Ideoque decurio torquetur eorum nomine, quæ falso dicitur scripsisse ante decurionatum cum tabellio esset. B Nam obseruandum est, decurionem non posse fieri tabellionem, vt in *l. vniuersos, inf. de dec.* Sed tabellio potest misso eo munere decurio fieri, seu conscribi in curiam, & minorem Senatum suæ ciuitatis. Qua in dignitate torquebitur etiam de eis, quæ cum esset tabellio, dicitur falso conscripsisse, *d. l. si quis decurio. sup. ad leg. Cornel. de fals.* Non omittam, in *l. 9. h. tit.* vulgo male legi, *ne alienæ forte sordidæ stirpis, &c.* Ait *l. 9.* cum quæritur de statu ingenuitatis, etiam exquisitam quæstionem habendam esse, etiam atque etiam inquirendum esse ea de re, quæ est maximi momenti, ne qui sint alieni, forte sordidæ stirpis, irrepant in splendidam familiam, & aliis debitam successionem arripiant. Nam certe ve- C teres libri habent, *ne alieni forte sordidæ stirpis:* & Basilica etiam id confirmant: ἵνα μὴ ἀλλότριοι τυχὸν, &c.



AD TITVLVM XLII.

De abolitionibus.

Obiter etiam sæpius ante dictum est de accusatorum temeritate & calumnia, quæ coercetur lege Remmia, & de abolitione, sine qua impune institutam accusationem deserere non possunt ex leg. Petronia & Senatusconsf. Turpil. cui rei debebatur proprius specialisque tractatus, & vero nunc datur hic titulus, & quatuor, qui sequuntur. Hodie D hunc tantum titulum explicabo, & sequentem. Hic est de speciali abolitione, sequens de generali. Hic, inquam, est de speciali & priuata abolitione, quam non impetrari facile ait lex, *qui cum natu maior, §. 1. de bonis libert.* & est venia omittendæ accusationis, vel deferendæ, quam petit accusator a iudice, in cuius officio accusationem instituit, *l. abolitionem, sup. ad leg. Iul. de adult. l. 15. ff. de iure fisci.* Nec enim ad abolitionem obtinendam necesse est accusatori adire principem, sed iudicem, apud quem instituit accusationem, pro tribunali sedentem, & præsente aduersa parte, vt liceat ei desistere & pœnitere ab accusatione redditis causis, propter quas desiderat desistere, vt puta allegans, se ad accusationem prosiliisse errore facti, vel inconsulto aut iuuenili calore. (Nam & iuuenes, id est, adolescentes ad accusationem E admittuntur, præterquam adulterii) se igitur accessisse ad accusationem calore iuuenili, vt apud Symmachum, *epist. vlt. lib. 1.* Accusator omissionem, id est, abolitionem petit obtentu inconsultæ adolescentiæ suæ pariter atque militiæ. Igitur reddenda est causa iudici, exponenda petitæ abolitionis, vt si iusta sit, detur perpenso consilio & causa cognita etiam inuito reo, vt in *l. 3. h. tit.* Et iusta etiam est causa accusatori petendæ abolitionis, si propinquos suos in reatum, in accusationem deduxerit, quorum postea misereatur, *l. 2. h. tit.* in fine. Itemque si quis suæ aut suorum iniuriæ exsequendæ causa accusationem instituerit, *d. l. 2. & l. quamuis, sup. ad leg. Iul. de adult.* Quia hic qui exsequitur suam iniuriam, vel suorum, priuatam causam agit, quam cur non omittat, si velit petita venia? At qui publicam causam agit, qui accusationem instituit publico iure, publicum ius temere prodere atque omittere non potest. Impetrata autem abolitione non potest ab eodem in eundem renouari crimen, vt ait lex 1. restaurari crimen, *l. mulier §. vlt. ff. ad Senatusconsf. Turpill.* nisi nutu principali, id est, permissu principis (recte sic legitur, *nutu principali*) accusationem, cuius abolitionem petiit & impetrauit, restaurare potest, alias non potest, etiamsi reus post abolitionem impetratam non præstet accusatori fidem, non præstet quod promisit se daturum vel facturum, si abolitione petita accusator desisteret, *l. 3. ad Senatusconsul. Turpill.* Nam & pactione habita cum reo, qui abolitionem petit, recte petit, si cognatum accusauerit, vel si priuatam causam egerit suam iniuriam defendens, vel suorum, non etiam si egerit publicam & extraneum accusarit. Nam abolitio ex compacto partium honeste non petitur, cum publico iure aduersus extraneum semel accusatio instituta est & inchoata. Et ita est explicanda *l. 2. h. tit.* Et in loco illo [*sin autem per deceptionem*] certe legendum est, *per depectionem*, traiectis literis, vt in *l. 1. C. Theod. eod. tit.* Et in Basilicis, κατὰ σύμφωνον, Depectionem vocat pactionem habitam cum reo de petenda abolitione, quæ turpis est, si crimen non fuerit capitale, & quod ita pacti sunt inter se accusator & reus, vterque punitur: honesta autem pactio est, si crimen fuerit capitale. Et quod ita pacti sunt de crimine capitali, accusator tantum punitur non reus, qui redemit salutem suam excepto crimine adulterii, & ex non capitalibus, falsi, *l. transigere, sup. de transact. l. 10. sup. ad leg. Iul. de adult.* At præterea notandum est, abolitionem etiam non dari manifesto calumniatori, qui non errore prosiliit ad accusationem, sed malitia mala, *l. 3. huius tit. l. pen. ∫. de calum. l. 5. ff. de iure fisci.* Non dari etiam abolitionem, nisi re integra, reo tamen sub custodia officialis facto, siue posito, nondum etiam reo experto carcerem aut vincula aut tormenta: Nam si res non sit integra, puta si sit peruentum ad tormenta rei, si reo sint iniecta vincula & catenæ, non petitur, daturue abolitio inuito reo. At si res sit integra, reo tantum posito sub custodia officii, non petitur etiam abolitio inuito reo, nisi intra triginta dies, ex quo reus factus est in custodia officii, quod tempus triginta dierum etiam datur reo ad res suas componendas, & vt interim se comparet & instruat ad sistendum in iudicio, *l. 2 sup. de exhib. reis.* Et hæc omnia continentur in *l. 3. h. tit.* Simul & hoc, vt non petatur etiam abolitio, nec consensu vtriusque partis, si iam torti sunt ingenui homines vocati ad testimonium, & torti quasi sceleris participes. Qui casus est addendus ex *l. 3.* iis, quos exposui heri, quibus liber homo in testimonium vocatus torqueri potest, vt si sit infamis, si vacillet testimonium eius, si nutet & subsit in eo suspicio mendacii quædam: itemque si dicatur particeps sceleris, si ingenui homines torti sunt, non est integrum petere abolitionem, si serui torti sunt ad testimonium vocati, aliud est, quia non sunt tanti. Quædam etiam ostendit *l. 3.* esse crimina, quorum abolitio non petitur, vt crimen læsæ maiestatis, & desertæ militiæ, & peculatus, id est, interceptæ pecuniæ publicæ: Quæ sola nominat, sed addit generaliter, omniaque, quæ in iure veteri continentur. Vnde quæres merito, quæ sint alia crimina, quæ iure veteri continentur, quorum abolitio peti non potest. Puto esse eadem crimina, ad quæ non pertinet generalis abolitio, siue indulgentia, quod conueniens esse videatur, & consentiens, vt reis criminum, quibus non prodest generalis abolitio, non prosit etiam specialis. Et a generali abolitione siue indulgentia, puta, quæ reis tribuitur feriis paschalibus, in *l. 3. sup. de episcop. audient.* excipiuntur non tantum maiestatis rei, sed etiam sacrilegi, & adulteri, stupratores, incesti, ne fruantur indulgentia castarum feriarum, & raptores, & violatores

ſepulchrorum, & adulteratores monetæ, & venefici, A maleficí, parricidæ, homicidæ, & qui ſæpius in idem crimen inciderunt. Ideoque abolitio illa paſchalis (qua vtimur hodie,) datur tantum leuiorum criminum reis iis diebus ſacris exeundi carcere, non grauiorum criminum reis, quæ enumerata ſunt. Exſtat exemplum illius indulgentiæ apud Caſſiodorum in fine vndecimi, vbi directa oratione ad commentarienſem, ſiue cuſtodem carceris, ait, vt eos ille reos tantum ſibi vindicet, quos ex pietatis cauſa non relaxat, qui ſcilicet enumerantur in *l. 3.* & in *l.* 1. 3. 4. 6. 7. *C. Theod. de indulgent. crim.*

AD TITVLVM XLIII.

De generali abolitione.

SVperior titulus fuit de ſpeciali & priuata. Hic eſt B de generali, ſiue publica, qualis eſt illa paſchalis, quam ante propoſui, & ſi quæ aliæ a principe, vel ſenatu vltro decernuntur indictis feriis certorum dierum, quibus iudicia criminum conquieſcant, quibus ſtrepitus criminales conquieſcant, & rei leuiorum criminum ſoluantur carcere aut vinculis, quæ feriæ indicuntur propoſitis edictis, vt ſignificat lex 1. *h. tit.* Dum ait, *ſi poſt abolitionem ex forma ſolita reorum factam & edicta propoſita, &c.* Sic legendum, id eſt, edicta coprehendentia eam indulgentiam principis, inquiunt Græci, vt quamdiu hæ feriæ durarint, reſpirent rei, quod fit ob lætitiam aliquam, vel gratulationem publicam, ob rem proſpere geſtam. Conſt. Imp. in *l. 1. C. Th. de indulg.* C *crim.* concedit indulgentiam omnibus, exceptis iis, qui ſolent excipi, propter partum Criſpi & Helenæ filiorum ſuorum. Magna autem eſt differentia inter ſpecialem abolitionem & generalem: Nam generalis principaliter datur reis, & conſequenter etiam accuſatoribus, vt deſiſtere poſſint, nec etiamſi ſint finitæ feriæ, inuiti coguntur repetere crimen, *l. Senatuſc. ff. ad Senatuſc. Turp.* Specialis autem abolitio datur principaliter accuſatori, non reis, quia & inuitis reis datur. Item generalis abolitio datur nemine poſtulante, ſpecialis poſtulante accuſatore. Porro generalis finitur feriis finitis, finita publica hilaritate, finitis feriis paſchalibus, & rei regrediuntur in carcerem, ſi velit perferre crimen accuſator, quod & perferre poteſt repetito reo, non quocunque tempore, ſed tantum intra triginta dies vtiles, dies iudi- D ciarios, ex quo finitæ feriæ ſunt, *l. aut priuatum §. vlt. ad Senatuſconſ. Turpill.* Poſt triginta dies repellitur præſcriptione publicæ abolitionis, *l. 1. & 2. h. tit.* Impetrata autem ſpeciali abolitione reus repeti non poteſt, niſi ſpeciali permiſſu principis extorto precibus oblatis principi, *l. 1. tit. ſuper.* In hoc tractatu velim vos obſeruare, non idem omnino eſſe abolitionem & indulgentiam, licet hæc nomina ſæpe permutentur: Nam apertiſſime in *l. pen. inf. de calumn.* ſeparatur abolitio ab indulgentia. Et ſane licet indulgentiæ nomen ſit generale, tamen ſpecialiter accipitur proprie pro ea indulgentia, quæ pœnæ inflictæ aut infligendæ gratiam facit, vt *l. 3. h. tit.* quæ impunitatem delicti tribuit. *l. 3. in fin. ſup. de epiſc. aud.* & accuſatori ſilentium indicit perpetuum, vt nec quando- E que reum repetere poſſit, vt *l. 9. ſup. ad leg. Corn. de falſ. l. 5. ſup. de iis, qui ſibi adſcrib. l. 5. ad leg. Cornel. de ſicar. l. 4. & 7. inf. de ſenten. paſſ.* Et hæc indulgentia perfecta eſt abolitio criminum, & lex obliuionis & amniſtia: & quandoque princeps decernit publicam delictorum omnium abolitionem, vt apud Vopiſc. legimus in Aureliano. de indulgentia valde notandum eſt, quod ait *l. 3. h. tit.* indulgentiam pœnæ gratiam facere, non etiam abolere infamiam criminis, non etiam reſtituere famæ, vt Liuius 45. *his, qui nos pœna, non crimine liberant gratiam habemus, &c.* Et Plinius 9. epiſt. 13. *Si pœna flagitij manifeſtiſſimi remittatur, nota certa quaſi cenſoria inuratur.* Et accommodate in hac l. 3. gloſſa citat etiam illud Ouidij.

Pœna poteſt demi, culpa perennis erit.

Indulgentia igitur hæc eſt perpetua; abolitio autem quæ fit in dictis feriis ob publicam lætitiam, aut celebritatem diei, fit tantum pro tempore feriarum, quoniam repeti poſſunt rei poſt finitas ferias intra 30. dies vtiles. Et huiuſmodi eſt indulgentia, ſeu abolitio paſchalis celebritatis.

AD TITVLVM XLIV.

Vt intra certum tempus criminalis quæſtio terminetur.

POſtquam dixit de ſpeciali & generali abolitione, qua interueniente accuſator, qui omittit accuſationem, non videtur deſiſtere, vt teneatur pœna deſertionis ex Senatuſconſulto Turpil. *l. ſi interueniente, ff. ad Senatuſconſ. Turpill.* Nunc docet, ea non interueniente abolitione, deſiſtere videri eum, qui poſt inſcriptionem, aut litis conteſtationem negligens eſt in peragendo reo intra tempus legibus conſtitutum, quod hodie eſt biennium. Cauſa ciuilis peragenda eſt intra triennium, *l. properandum ſup. de iud.* cauſa criminalis intra biennium ex conſtitutione Iuſtiniani, id eſt, ex *l. 3. h. tit.* ex quo Tribonianus in *l. in Senatuſconſ. §. qui poſt, ad Senatuſconſ. Turpill.* addidit hæc verba, *vel biennio.* Nam olim tempus terminandæ cauſæ criminalis fuit annus tantum, vt conſtat ex tit. *C. Theod. vt intra annum criminalis quæſtio terminetur,* & ex *l. 2. C. Theod. ad leg. Cornel. de falſo,* & *d. l. in Senatuſconſ. §. qui poſt,* dum ait, *anno vel biennio,* anno, ſcilicet iure veteri, vel, quod addidit Tribonianus ex conſtitutione Iuſtiniani, biennio, iure nouo, ſcilicet, & *l. reus, ff. de munerib. & hon.* quo loco ait, poſt annum, quam reus eſt delatus honores petere poſſe, quia ſcilicet deſiit eſſe in reatu per negligentiam accuſatoris, qui intra annum non pertulit accuſationem. Et hodie quidem biennium numeratur a die litis conteſtatæ, *l. 3. h. tit.* olim annus numerabatur a die inſcriptionis, *l. 2. C. Theod. eod. tit.* quæ eſt *l. 2. h. tit.* in qua Tribonianus illa verba [*a die inſcriptionis*] mutauit & repoſuit, *præcedentibus inſcriptionibus*, vt in *l. vbi, ſup. ad leg. Cornel. de fal.* Hæc verba [*teſtata actionis*] id eſt, inſcriptionis, quæ erant in Codice Theodoſ. *l. 2. ad leg. Cor. de falſo,* mutauit in [*conteſtatæ accuſationis*] propter l. 3. huius tituli, quæ vult tempus finiendæ cauſæ criminalis computari a die litis conteſtatæ. At Baſilica in hac *l. 2.* retinent illa verba [*a die inſcriptionis*] ἀπὸ τῆς ἡμέρας ἐγγράφων. Et poteſt dici tempus legitimum computari a die inſcriptionis, ſi lis nunquam conteſtata fuerit, vt *d. l. in Senatuſc. §. qui poſt,* a die autem litis conteſtationis, ſi fuerit conteſtata: Et hoc eſt verum. Punitur ergo negligentia accuſatoris intra tempus legitimum, qui non agit aut peragit reum, quem ſemel detulit, & multo magis, qui obdurat in hac negligentia, vſque ad extremum diem legitimi temporis, id eſt, qui nec extremo quidem die legitimi temporis iudicio adeſt, quia tunc palam eſt, eum rem non diſtuliſſe, ſed plane deſeruiſſe, aut veluti deſtitiſſe, vt *l. 2. h. tit.* ait, *qui deſtitit.* inquit. Pœna autem huius negligentiæ eſt infamia & mulcta quartæ partis bonorum, *l. 1. h. tit.* videlicet, ſi perſona fuerit honeſtior: humilior autem & pauper, cui, vt ait *l. 2.* damnum famæ non eſt iniuria, vt *l. ſi quis iniuriam, ff. de iniur. l. 12. C. Theod. de hæret.* Humilior, inquam, & pauperior ex hac cauſa datur in exilium, id eſt, relegatur, vt Græci recte interpretantur, & ea verba nos ſimiliter ſumus interpretati in *l. 4. ſup. ad leg. Iul. de adult.* Hæc tamen pœna, quæ irrogatur ei, qui non peregit litem criminalem intra tempus legitimum, eſt grauior longe pœna Senatuſconſ. Turpil. de qua tit. ſeq. Et tamen, qui hac pœna tenetur, dicitur incidiſſe in

in Senatusconsultum Turpillianum, vt *l. in Senatusconſ. §. qui poſt, D. ad Turpillian.* vt in *l. 2. h. tit.* destitisse, id est, quasi destitisse: Nam hæc culpa & negligentia accusatoris, qui non perfert accusationem intra biennium, est similis & proxima culpæ notata Senatuscons. Turpil. & l. Petronia, quæ iungitur Senatusconsulto Turpilliano, *l. abolitionem, ſup. ad leg. Iul. de adult.* quia scilicet eam legem tempore Neronis tulit Petronius: Turpillianus consul, senatus approbauit. Iuris auctores Senatusconsultum designarunt ex nomine consulis, qui huius iuris auctor fuerat, & Turpillianum dixerunt commodius, quam Petronianum.

AD TITVLVM XLV.

B

Ad Senatusconſultum Turpill.

POena Senatusconsulti Turpilliani & legis Petroniæ est infamia & mulcta quinque librarum auri, non quartæ partis bonorum, *l. ſpurij §. qui iudicij, ff. de decurion. l. 3. §. vlt. ff. de præuaricat.* Quæ mulcta pecuniaria redigitur in fiscum, *l. 1. ff. de iure fiſci.* Vel etiam est pœna extraordinaria pro motu iudicis, vt ait *l. 2. h. tit.* quoniam hodie omnes pœnæ sunt extraordinariæ, hæc autem pœna Senatusconsulto Turpilliano irrogatur accusatori, non negligenti, vt in tit. præcedenti, sed qui animo destitit ab accusatione sine abolitione post rei delationem, & impleta solemnia accusationum, id est, post inscriptiones & satisdationes exercendæ litis; & breuiter, qui in totum deposuit animum agendi, & professus est se nolle persequi accusationem, *l. vlt. h. tit. l. deſtitiſſe, ff. eod.* & hic pro prio nomine dicitur tergiuersator & desertor, *l. 1. §. 1. & §. ſuſpecti, ff. eod.* Proinde pœna Senatusconsulti Turpilliani irrogatur tergiuersatori. Pœna quasi Senatusconsulti, id est, tituli superioris irrogatur moratori, cunctatori, frustratori. Puto & ad Senatusconsulti Turpilliani pœnam pertinere eum, qui postquam impleuit solemnia accusationis, quæ ante exposui, intra præfinitum a iudice diem litis coutestandæ, & edictis euocatus iudicio adesse detrectat, vt *l. 3. & 7. ſup. qui accuſ. non poſſ. l. qui accuſationem §. deſtitiſſe, D. eod.* Et notandum maxime, quod est in *l. quærebatur, D. ad Turpill.* eum non incidere in pœnam Senatusconsulti Turpilliani, qui est exclusus præscriptione temporis, vt si accusator adulterii (quod crimen finitur quinquennio) processit ad accusationem post quinquennium, excludatur præscriptione quinquennii, & ita desistat, hic non incidit in Senatusconsultum Turpillianum, quia coactus non sua sponte desistit, quia sero venit ad accusationem, *d. l. quærebatur*, cui tamen opponitur lex *1. tit. ſuper. & l. 1. §. accuſationem, D. ad Senatuſc. Turpill.* Et glossa quidem recte respondit *l. 1.* tituli superioris, at nullo modo, id est, pessime, *l. 1. §. accuſationem*: Nam legem primam tituli superioris dicit non loqui de tempore inchoandæ accusationis, de quo *l. quærebatur* loquitur, sed de tempore terminandæ inchoatæ delationis vel accusationis, vel (vt vtamur verbis glossæ) non loquitur l. 1. tit. superioris de tempore accusationis instituendæ, sed de tempore instantiæ: ad *d. l. 1. §. accuſationem*, quod respondet, est obliterandum, & perspicue & facillime dicendum, *l. quærebatur* loqui de eo, qui præscriptione temporis est exclusus, cui nil imputatur, nisi quod sero venerit, non quod destiterit. Lex autem 1. *§. accuſationem*, loquitur de eo (vt verba demonstrant) qui potuit excludi præscriptione temporis, veluti quinquennii, si fuisset opposita, & non est exclusus; atque adeo perrexit accusare, qui non potuit desistere impune sine abolitione. Et vtitur simili exemplo in eodem crimine adulterii, qui accusat adulterii marem & fœminam, excludi potest

A præscriptione, quod per legem Iuliam simul ambos non liceat accusare, sed alium post alium, etiamsi fuerit exclusus hac præscriptione, non incidet in Turpillianum, sed si non exclusus fuerit, si rei passi sint, eum agere in vtrumque, atque ita litem in vtrumque fuerit contestatus, & post pœnitentia ductus desistat sine abolitione, incidit in Turpillianum.

AD TITVLVM XLVI.

De Calumniatoribus.

TErgiuersatoribus, aut veluti tergiuersatoribus, ad quos pertinent tres tituli superiores, adiungit calumniatores, quod est aliud genus accusatorum, qui pœnis legitimis subiiciuntur. Calumniatores sunt, qui scientes dolo malo falsa crimina intendunt, quorum irriti abeunt. Calumnia est irrita accusatio, irrita delatio *l. 8. hoc tit.* si enim non fuerit irrita accusatio, vt puta, si reus fuerit condemnatus, iam de accusatoris calumnia quæri non potest, *l. 1. h. tit.* quod notandum. Non dico, calumniatores esse, qui crimina, quæ intendunt, iudici non probant, vt cr(?)asso filo more Rhetorum, dicit Demosthenes in Neæram: Accusare & non probare esse sycophantæ. Nam possunt plerique non probare & defici probationibus, qui non tamen erunt calumniatores, vt in *l. 3. h. tit. l. 1. §. 1. D. ad Senatuſc. Turpill.* Ideoque nec si absolutus sit reus, vtique semper accusator damnatur

C de calumnia. Calumniatores vero præter pœnam, cui se subiiciunt ipsimet per inscriptionem, quæ est talio, id est, similitudo supplicii intentati & formidati reo, vt *l. 7. & vlt. h. tit.* etiam lege Remmia in publicis iudiciis, id est, si publico iudicio sunt calumniati, puniuntur, vt constat ex *l. 1. §. 1. ad Turpill. & l. quæſitum, D. de teſtibus.* Marcus Tullius pro Roscio Amerino: *Ita quæſtus te cupidum eſſe oportebat, vt horum exiſtimationem & legem Remmiam putares aliquid valere oportere*; non Memmiam, sed Remmiam, de calumniatoribus, quoniam ea pars orationis est de calumnia. Et puto ex ea lege Remmia esse, vt calumniatoris fronti inuratur litera K,

D quæ est prima litera huius nominis calumniatoris, vt veteres scribere solebant, qua ex re *d. lex quæſitum, D. de teſtibus.* significat calumniatores, qui de calumnia sunt damnati l. Remmia, non esse integræ frontis, quod non dixit per allusionem, sed per veritatem, quoniam eorum fronti inuri solebat prima litera sui nominis: Quod etiam significat quidam locus in Oratione Iuliani ad Antiochenos, quæ inscribitur Μισοπώγων, dum ænigma Antiocheni in eum proposuissent, quo desiderabant X, & incessebant Iulianum, quod incesseret K, desiderabant nimirum Constantium, & arguebant Iulianum, quod persequeretur Christum. Ille ait, iure desideraturos duplex KK, id est, Constantium suum, & notam calumniæ, quod pleraque calumniarentur in eum, & in ciuitates vicinas. Hoc esse ex lege Remmia, etiam eodem loco Marcus Tullius ostendit; dum paulo post subiicit ad caput calumniatoris literam adfigi, hoc est, K,

E & inustionem hanc literæ, inustionem esse infamiæ, vt postea *neminem alium*, inquit, *niſi fortunas ſuas poſſit accuſare.* Pœna igitur legis Remmiæ notatur in *l. 3. huius tit.* cum in ea dicitur esse detrimentum existimationis, & in *l. 8.* infamiæ supplicium, quam pœnam dixi irrogari recte in publicis iudiciis. Nam in priuatis & extraordinariis, calumniatores puniuntur extra ordinem, pro qualitate admissi, *l. 3. D. ad Senatuſc. Turpill.* & damnati punitique non notantur infamia. Quare, *l. 5. h. tit.* ait, in liberalibus causis, quæ sunt priuatæ, eos qui pronuntiantur calumniatores, non periclitari, id est, fama sua non periclitari: & sic pœna tergiuersatoris & moratoris habet tantum locum in publicis iudiciis, etiamsi mo-

ueantur, vt fit hodie, & agitentur extra ordinem, *l. in Senatusc.* §. 1. *D. ad Senatusc. Turpill.* non in priuatis iudiciis vel extraordinariis, sed eam culpam coerceri in iis iudiciis extra ordinem, *l. 1. §. suspecti l. 7. §. 1. sup. ad Senatusc. Turpill. l. 1. sup. eod. tit. l. 3. de his qui accus. non poss.* Quod præterea est in hoc titulo, est facillimum, mulierem non timere pœnam calumniæ, quæ suæ iniuriæ causa accusationem instituit, quoniam id facit imbecillitate, & parcitur imbecillitati mulierum, *l. 2. huius tit.* Excusari etiam heredem, quem testator iussit moriens ex vulnere quodam sibi inflicto exequi mortem suam aduersus illum: Nam hic heres, si paruerit, vt necesse habet parere, & non vicerit, non tenetur calumnia. Idemque est in filio, qui vindicare conatus est necem patris, vel matris, *l. 4. hoc tit.*

AD TITVLVM XLVII.

De Pœnis.

SÆpius ante habita mentio pœnarum, exigit, vt proprio titulo ostendatur, quæ sint genera pœnarum, quibus afficere iudices, quemque possunt, & de iis constituendis, vel exequendis, quæ legibus proditæ definitiones & præceptiones sint. Pœna est æstimatio delicti, *l. sanctio. D. eod. tit.* vel supplicium peccati, vt e contrario Marcus Tullius in Pisonem ait, *Supplicium esse pœnam peccati*, vel, vt quidam ait, *pœna est* τῶν παθημάτων ἰατρική: quo modo etiam Theologi quidam ἐξομολόγησιν, definiunt. Imponitur vero pœna, vel vt sublatis malis cæteri sint securiores, vel vt is, qui punitur, emendetur, *l. si pœna, D. eod.* vel vt pœna eius cæteros meliores reddat, *l. 7. sup. ad leg. Fab. l. 1. sup. ad l. Iul. repetund.* Demosthenes in Neæram, ἵνα ἄλλοι προνόιαν ποιῶνται καὶ φοβῶνται. Denique, vt cæteri terreantur exemplo, *l. capitalium §. famosos, D. eod.* Omnis enim pœna, non tam ad delictum, quam ad exemplum pertinet, quæ ratio etiam efficit, vt & in animantibus mutis, nonnunquam pœnæ consumantur, vt Polybius apud Plinium 8. capit. 16. refert in Africa se vidisse Leones, qui homines appetebant crucifixos, quo cæteri, inquit, metu similis pœnæ absterrerentur eadem noxa. Et Pausan. Eliacorum 2. Draconem legislatorem etiam in iis, quæ anima carent, vt si ictu statuæ, quæ cecidit, homo periisset, exempla edi voluisse. Certe Deum legimus etiam a feris hominis occisi sanguinem requirere, Genes. 9. *& taurum, qui hominem occiderit, obrui lapidibus, nec carnem eius esse vescendo,* Exod. 21. Et simul cum homine animal necari, cum quo homo rem fœdissimam, Leuit. 20. Sunt autem hodie in extraordinariis iudiciis, vel etiam publicis aut priuatis, de quibus extra ordinem cognoscitur, fere omnes pœnæ positæ in arbitrio iudicantium, vt non sit mirum, si etiam hodie liceat appellare, & conuictis vel confessis reis a pœnis, quas iudices indicunt. Olim in publicis iudiciis & priuatis quibusdam erant certæ pœnæ legibus constitutæ, quas nec erat necesse iudices sententia sua exprimere, quia de facto tantum iudicabant, puta fecisse videri. Quam sententiam tacito intellectu sequebatur pœna legitima, vt *l. si præses, D. eod. l. 1. §. Nam si quidem, D. ad Senatusc. Turpill. l. castitati, sup. ad leg. Iul. de adult. l. vim initio, D. eod. tit.* Nec potuit iudex efficere, quo minus ex turpi causa, siue publico crimine, cuius causa omnis est turpis, damnatum sequeretur infamia & pœna legitima, *l. non poterit, D. de furt. l. Diuus Seuerus, D. de iniur.* Vel si quando iudices pœnam legitimam suis sententiis exprimebant ex abundanti, & conuictus erat vel confessus reus, ab ea sententia tanquam a lege non licebat appellare, *l. si qua pœna, D. de verb. signific.* nisi forte maiorem legitima irrogasset, quo casu reo licebat appellare, vel minorem, quo casu licebat appellare accusatori, vt D. August. *epist. 160.* ait,

A solere homines, quando cum inimicis eorum conuictis lenius agitur, a mitiore sententia appellare. Quia scilicet, vt est in *Nouella* 82. iudices legibus cautiores esse non debent. Symmachus in Epistol. Corruptas videri sententias, si sint legibus mitiores, *& l. seruos, in fi sup. ad leg. Iul. de vi, & l. 8. C. Theod. de appellat.* puniri iudicem, qui molliorem, quam sit statuta, sententiam protulerit. Et *l. 19. D. de verb. oblig.* contentos nos esse debere pœnis legibus comprehensis. Non est autem nouum, vt damnato reo appellet actor, qui secundam fortunam iudicii tulit, veluti a mitiore sententia, & sic forte, vt appellet vterque. Nam duos tantum casus exceptos inuenio, quibus victori appellare non licet. Vnus est in *l. properandum §. sin autem ex gestis, sup. de iudic.* si secundum absentem per contumaciam sententia sit dicta, quæ tamen ei

B in plenum non satisfacit, non poterit appellare, propter contumaciam. Alter casus est in *l. vlt. sup. quando pronoc. non est nec.* si victor de eo tantum queratur, quod nulla aut minor ratio habita sit sumptuum factorum in litem, vel detrimentorum, vel, quod reus, qui appellauit tardior sit in inducenda appellatione, quoniam ipse cessante reo potest anteferre causam appellationis citra appellationem vllam. Dixi initio de pœnis, in hoc titulo proponi varias definitiones iuris. Has, quia hæ sunt faciles, legat vnusquisque, ego vnam tantum adnotabo quæ est celebrior & sanctior, quam a Theodosio expressit Diuus Ambrosius, id est, *l. 20. h. tit.* vt pœna eorum, quos princeps iussit affici vltimo supplicio, differatur in 30. diem, nec statim exequatur, hoc est speciale in prin-

C cipe, cuius præcepta sæpe emolliuntur modica dilatione. Nec enim eadem est conditione princeps qua iudex, vt non possit suam sententiam reuocare. D. Augustin. de Fato: *Iudicib. est statutum,* inquit, *ne liceat in reum latam sententiam reuocare. Nunquid & ipse Imperator sub hac lege erit? Nam ipsi soli licet reuocare sententiam & reum mortis absoluere, & ipsi ignoscere.* At a iudice inflicta capitalis pœna non potest differri, sed statim sine mora ad effectum est perducenda, vt definit lex 18. *hoc tit.* lex *vlt. sup. de custod. reorum.* duplici ratione. Prima hæc est, quia frustra differtur sententia iudicis, quæ a iudice mutari & reuocari non potest. Et altera ratio, vt statim exequendæ sint sententiæ iudicum, ne damnatis detur spatium veniæ impetrandæ a principe, quæ sæpe impetrabatur,

D etiam post damnationem, cum executioni mora afferebatur, & ideo nouæ constitutiones volunt, vt damnatum velox pœna consequatur. Sublato igitur veteri Senatusconsulto facto auctore Tiberio, quo omnis pœna capitalis differebatur in decimum diem, vt Suetonius, Tacitus, Dio scribunt, quo iure etiam ferunt hodie Bononienses vti in Hetruria. Dixi, iudicem pœnam sua sententia dictam, non posse mutare. Ita est: interpretatione tamen eam potest lenire, quia & pœnam lenit, *l. pen. D. eod. tit.* vt apud Suetonium in Iulio, Consulem non piget sententiam suam, (quia mutare erat turpe,) interpretatione lenire, vt hodie videmus: exempli gratia, quos sententia sua comburi iusserunt, annuentibus illis prius iugulari. Suetonius Iulium Cæsarem, quos

E se cruci affixuros ante iurauerat, postea prius iugulari iussisse, deinde suffigi, pœnæ scilicet leniendæ gratia. Moris autem erat (quod præstat scire) iudicem, prius quam damnaret reum, vestem mutare, prætextam ponere, vt Valerius Maximus notat 9. cap. 12. cum scribit de Licinio Macro repetundarum reo, & Seneca 1. *de ira.* Etiamsi peruersa magistratui vestis sit accingenda ad damnationem reorum, & classico conuocata est concio: qui locus etiam ostendit, iudicem, prius quam reum damnaret, classico conuocasse concionem, vt Tacitus 2. Annal. In Pub. Martium Consules extra portam Exquilinam, cum classico canere iussissent, prisco more aduertere. Et idem Seneca 5. *controuers.* Manus post terga reuinctæ, cum ex altera parte classicum caneretur. Moris etiam erat, damnatos, cum ducerentur ad supplicium,

concutere

concutere solitos tinnula sistra, vt agnosci possent, ne quis obuius in eos impingeret, & ex eorum forte contactu piaculum contraheret, quod Zonaras in Triumphi descriptione scribit. Inter genera autem pœnarum & ignominiarum in hoc titulo quædam reprobantur, veluti, vt damnato non inscribatur frons, *l.* 17. quo plane tollitur, quod heri dicebam, fuisse cautum lege Remmia, vt calumniatoris fronti inscribatur littera K, vt Christianorum sæpe (auctor est Pontius Diaconus in Cypriano) & aliorum damnatorum frontibus certas literas, reatus testes, iussu iudicum inscribi solitas, & alii plerique auctores. Reprobatur etiam in hoc titulo damnatio perpetua vinculorum, *l.6.* hanc esse pœnam seruilem, *l.* 10. *& in d. l. 6.* vix affirmat. At damnatio perpepetua in opus publicum iure permittitur, & deportationi comparatur recte in *l. 1. h. tit.* quia ciuitatem tantum aufert, non libertatem, vt *l. sunt quædam, & l. capitalium §. Diuus, D. eod. tit.* vbi est legendum sine negatione, vt Florent. & Basil. legitur. Damnatis in opus metalli ad tempus libertatem manere, quemadmodum etiam iis, qui in opus perpetuum damnantur, vbi est intelligendum in opus publicum perpetuum, vt in hac *l.1.* in opus perpetuum damnati, id est, in opus publicum perpetuum, non in opus metalli perpetuum, quoniam hæc pœna & ciuitatem & libertatem aufert, *d. l. sunt quædam.* Opus publicum perpetuum aufert tantum ciuitatem. Contra quoque opus metalli temporarium aufert tantum ciuitatem, *d. §. Diuus, & l. aut damnum §. in ministrorum, eodem*, non ciuitatem & libertatem: quod certe nec, vt quidam fingit, ego vsquam admisi. Opus autem publicum temporarium, neque libertatem aut ciuitatem aufert, id est, caput non minuit, *l. 6. sup. ex quibus caus. infam. l. capitalium*, §. 1. *D. de pœnis.* in hoc titulo deest constitutio Græca in fine a me satis alibi indicata & explicata. Portio huius tit. est sequentis constitutio.

AD TITVLVM XLVIII.

Ne sine iussu principis certis iudicibus liceat confiscare.

Hvius tituli sententia est breuis, etiamsi pœnæ sint legitimæ & receptæ atque approbatæ, non tamen omnibus iudicibus, eas irrogare licet indistincte. Vt ecce ex hoc titulo qui constat vna tantum constitutione, præsides prouinciarum non possunt irrogare vice pœnæ publicationem omnium bonorum, sed ij tantum, qui sunt in summa positi administratione, puta viri illustres, vt præfectus prætorio, aut vicarius præfecti prætorio, aut præfectus vrbi, *l. 1. §. a præfectis, D. de leg. 3.* Præsides autem prouinciarum, qui sunt clarissimi, aut perfectissimi, non possunt irrogare inconsulto principe suo iure publicationem omnium bonorum. Quæro, an hac ratione etiam non liceat præsidi prouinciæ deportare in insulam? Et constat non licere: quod scilicet deportationem sequeretur vel tacite publicatio omnium bonorum, *l. 8. tit. super.* Et hoc videtur posse dici. Sed tamen ratio est vitiosissima, quia eadem ratione dici posset, præsidem prouinciæ, non habere ius gladii, aut ius damnandi in metallum, quod hanc quoque pœnam sequatur publicatio omnium bonorum, & quidem multo magis, exceptis tantum duobus casibus, quos supra habuimus in *l. 1. de mulier. quæ se seruis prop. iunx. & l. 1. de raptu virg.* Et tamen constat præsidem habere ius gladii & ius damnandi in metallum, *l. illicitas §. qui vniuersos, D. de offic. præs.* ex lege Augusti, vt Dio scribit 53. etiã in militem. Quam sententiam vtique per consequentias sequitur etiam publicatio omnium bonorum. Nam tacite, & per consequentias etiam præses inconsulto principe publicat omnia reorum bona, quibus scilicet vitam adimit aut libertatem simul ac ciuitatem. Et recte Ioannes hoc loco, tacite & per consequentias hoc facere iudices possunt, non directo & expressim possunt facere, vt sunt innumera exempla in iure, in quibus quod expressum est, non valet, & tacite tamen id recte fit. Ergo vera ratio propter quam non est præsidi prouinciæ ius deportandi in insulam, vel confiscandi omnia bona, est, quia in iis, quæ pertinent ad coercitionem delictorum, quæue sunt meri imperii, quod lege dicitur dari, *l. 1. in fi. D. de off. eius, cui mand. est iurisd.* tantum habet magistratus, quæ ei lex specialiter dedit, nec si dederit maiora, ideo habet minora, quæ non dedit. Nec hæ argumentationes sunt in hac quæstione receptæ, vt cui licet maius, etiam minus liceat, quia hoc totum est legis, quæ præsidibus prouinciarum circumscripsit potestatem. At lex Augusti dedit præsidibus prouinciarum ius gladii, & ius dandi in metallum, dedit & ius relegandi, *l. relegatorum, §. 1. D. de interdict. & relegat.* & ad id nonnihil facit lex *2. tit. super.* At ius deportandi vel confiscandi non dedit: hæc sunt verba *leg. inter pœnas* §. 1. *D. de interd. & releg.* (deportandi ius iudicibus datum non est.) Ergo quia datum non est, non possunt deportare vel confiscare. Et eadem redditur ratio in *l. vlt. de officio Cæs.* Procuratores Cæsaris non habere ius deportandi, quia, inquit, eius pœnæ constituendæ ius non habent. Videbitur inepta ratio & assertioni consimilis, nisi sic interpretemur, quia huius pœnæ constituendæ ius non habent, id est, quia huius pœnæ constituendæ ius non est eis datum legibus, ex quarum arbitrio pendet pœnarum ratio.

AD TITVLVM XLIX.

De bonis proscriptorum seu damnatorum.

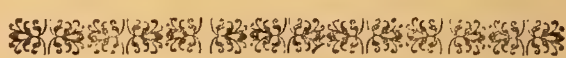
Qvod est confiscare in titulo superiori, in isto est proscribere, nimirum publicare omnia bona, quod fit vel expressim vel tacite. Quorum bona expressim publicantur, hi proscripti dicuntur: quorum tacite, damnati: veluti damnati capite, aut deportatione, aut metallo, aut simili pœna, quæ inferat capitis deminutionem maximam vel mediam, id est, quæ ciuitatem & libertatem auferat, vel tantum ciuitatem, non libertatem. Hanc pœnam, qui sustinent, sicut omnia pristina iura, ita & bona tacito iure amittunt, quamuis hoc in sententia non sit expressum. Bona fiscus vindicat, & non præsentia tantum bona, sed etiam futura, vt si deportatus in insulam, postea in insula aliquid adquisierit, *l. 2. hoc tit.* Quia etsi iis, quæ adquisiuit post deportationem, ipse fruatur, quamdiu viuit, *l. 15. D. de interd. & relegat.* quæ vna est ex his, quas restituimus in Digest. ex Basil. non tamen in iis postea adquisitis bonis alium heredem habere potest, quam fiscum, *l. 2. h. tit.* Cui nil obstat *lex si mandauero, §. is cuius, D. mand.* quæ ait bonis publicatis, quidquid postea adquirit, non sequi fiscum. Nam vt omittam, quæ alii tradunt, perspicue verum est in eo §. non agi de deportato, quem constat capite minui, & ne in bonis quidem postea quæsitis alium habere heredem quam fiscum, sed agitur in eo §. de eo, cuius bona publicata sunt sine capitis deminutione, id est, integro statu, vt si sit relegatus in insulam, non deportatus, *l. 7. §. vlt. D. de bonis damn.* [Qui etiam §. est ex restitutis] vel etiam, si tantum sit confiscatus ex causa administrationis & muneris publici, ex causa actus fiscalis, forte quem gessit, vt *l. 9. §. vlt. hoc tit. l. 3. ∫. de senten. pass.* Hic quidem confiscatur, sed saluo statu, salua ciuitate & libertate, id est, sine capitis deminutione, & heredem habere potest, puta in bonis postea adquisitis: res est perspicua. Ad hæc est notandum bonorum publicationem cadere tantum in eos, qui sunt sui iuris, quoniam ij soli habent bona, serui aut filii non habent bona, quæ damnatione possint publicari, quia peculia, si quæ habent ij damnati, domini vel parentes,

in quorum sunt potestate, occupant, fisco excluso, etiam
castrensia & quasi. Nam priuilegium, quod filiisfamilias
in castrensi peculio constitutiones dederunt, id capitis
deminutione amittunt, perinde, ac si moriantur inte-
stati. Ideoque sicut filiifamilias mortui intestati super-
stite patre, ita capite deminuti castrense peculium pater
occupat iure suo, vt suum, *l. 1. & 3. huius tit. l. heredita-
te, D. de castr. peculio.* Et in *l. 1. huius tit.* quod glossa no-
tat, alias legi pro [disponantur] dispungantur, vt ratio-
nes reddantur, ac dispungantur, sane rectius est, & pro-
batur veteribus libris, & Basilicis, in quibus ita est, ἕως
οὗ ὁ λόγος δοθῇ, *quoad ratio reddatur*, inquit, *& purgetur*,
addita interpretatione, διαστίξῃ, quod est, *dispungatur.*
Et sententia est clarissima, vt si seruus dispensator, vel
actor rerum domini capitali crimine sit damnatus, non
plectatur ante redditas domino & dispunctas rationes
actus sui, quod tamen *l. 1.* vult velociter expediri, ne
per hanc causam mora fiat exequutioni sententiæ, quæ
debet esse velox, vt in *l. cum reis, sup. de pœnis.* Item est
notandum ex *l. 7.* bonorum proscripti vel damnati pœ-
na capitali, aut pœna infligente maximam vel mediam
capitis deminutionem, eorum, inquam, bonorum fieri
inquisitionem primam, & inuentarium quidem per of-
ficium iudicis, qui capitis sententiam dixit. Secundam
autem inquisitionem, (nam duplex interuenit inquisi-
tio) fieri per rationalem rei priuatæ, id est, per procu-
ratorem Cæsaris, qui & catholicus dicebatur, tanquam
generalis. Et ab ea re in *l. 9. in fi. hoc tit.* apparitores eius
vocantur Catholiciani, id est, catholici, siue procurato-
ris Cæsaris, qui eodem loco dicuntur Cæsariani, vnde
nomen. [*Sergent.*] Fuit tamen quidam procurator spe-
cialis ad bona damnatorum, vnus fuit catholicus, plu-
res speciales, vt procurator vigesimæ hereditatum, &
vt dixi, procurator ad bona damnatorum, vt in hac anti-
qua inscriptione, *Q. Valerio, Q. filio procuratori ad bo-
na damnatorum.* Puto & per specialem posse fieri secun-
dam inquisitionem bonorum proscripti vel deportati.
Item est notandum, quod de semisse bonorum conser-
uando liberis damnati patris, vel aui, proditum est in *l.
10. hoc tit.* vt si proscriptus vel damnatus habeat liberos,
pater scilicet, vel auus, eis seruetur semis bonorum: non
etiamsi damnetur mater vel auia, tunc enim liberis nil
seruatur, *l. 6. hoc tit.* quod demonstrat plane. Et hæc est
ratio, quia liberis magis debentur bona patris, quam
matris, ad quæ iure nouo tantum vocantur ex Senatus-
consulto Orphitiano & constitutionibus, non vt ad bo-
na patris iure veteri ex 12. tabul. qui & patri agnati sunt,
non matri, sed matri sunt tantum cognati, & conserua-
tur non tantum suis, sed & emancipatis liberis, si modo
emancipati suis conferant dotem & donationem eis fa-
ctam tempore emancipationis, *l. 8.* Cetera, quæ eman-
cipati quæsierunt, conferre non tenentur, cum vna cum
suis in hunc semissem concurrere volunt. Aliæ constitu-
tiones vetustiores plus dabant liberis damnatorum, imo
& parentibus: Namque liberis & parentibus vsque ad
tertium gradum seruabantur omnia bona, *l. 2. C. Theod.
eod. tit.* quod ius reducit etiam Iustinianus *Nouella* 134.
semper excepto crimine læsæ maiestatis, in quo tamen
etiam veteres quædam constitutiones liberis seruabant
sextantem, *l. 8. Cod. Theod. eod.* hodie nihil seruatur, *l.
quisquis, sup. ad leg. Iul. maiest.*

AD TITVLVM L.

De bonis eorum qui mortem sibi consciuerunt.

Ex hoc titulo intelligimus, non tantum publica-
ri & redigi in fiscum bona proscriptorum seu
damnatorum, sed etiam bona eorum, qui in
reatu capitali perculsi conscientia criminis,
manus sibi intulerunt, & mortem consciuerunt, scilicet,
A si postea (hoc enim exigitur) de crimine probatum &
pronuntiatum sit, *l. 3. §. vlt. D. eod. tit. l. in fraudem. §. eius
bona, de iure fisci.* Et nihil præterea est in hoc titulo.



AD TITVLVM LI.

De sententiam passis & restitutis.

Hic titulus est de damnatis, qui beneficio &
indulgentia principis speciali vel generali,
id est, communi plurium reuocantur ab exi-
lio vel metallo, & in integrum restituuntur,
quæ restitutio plerunque liberat tantum pœna, & resti-
tuit patriæ, aut suæ ciuitati, liberat calumnia, vt ait lex
B *10. hoc tit.* scilicet ne quis post restitutionem eorum sta-
tum in dubium reuocare possit ob pristinam pœnam,
veluti ob deportationem seu adnotationem præsidis, vt
ait *d.* lex 10. quia scilicet præses prouinciæ, vt docui in
tit. 48. non habet ius deportandi, sed quem censet de-
portandum adnotat deportandum, & certiorem ea de-
re facit principem, qui sæpe sequitur opinionem præsi-
dis, & deportat reum, *l. inter §. 1. D. de interd. & releg.* Et
ita adnotationem præsidis accipere oportet in *d. l.* 10.
obliteratis Accursii omnibus glossis. Adnotationem sci-
licet, quam ad exitum perduxerit princeps, reo depor-
tato in insulam, prout adnotauit præses. Restitutio igi-
tur plerunque damnatum restituit tantum patriæ & li-
bertati, remissa pœna, restituit ciuitati & libertati, non
etiam bonis, nisi id specialiter sit comprehensum. Sane
C vix vnquam restituuntur, quæ semel ceciderunt in fis-
cum, *l. 1. D. ad leg. Iul. de ambitu, l. 2. sup. de requir. reis, l.
4. sup. de bonis proscrip.* Facile impetratur remissio pœnæ,
bona non facile impetrantur, nisi ex magno & singulari
beneficio principis. Generalis sane indulgentia, qua re-
stituuntur omnes exules, verbi gratia, soluit tantum pœ-
nam, non etiam tot homines restituit bonis. Specialis
potest specialiter etiam restituere bona. Et similiter re-
stitutio illa in integrum non restituit famæ & honori,
nisi sit dictum specialiter, *l. 7. hoc tit.* non restituit filium
patri, vt in eius potestatem reuertatur, non restituit
seruum domino, *l. 6. & 8. hoc tit.* non etiam restituit patri
filium, vt filium restitutum pater recipiat in potestatem
D pristinam, *l. 9. hoc tit.* nisi hoc specialiter sit comprehen-
sum, vel etiam nisi indulgentia specialiter, quibusdam
expressis, subiiciatur generaliter, & omnibus, vt in *l. 1.
hoc tit.* Restituo te patriæ tuæ & honoribus & ordini, &
cæteris omnibus. Plenissima restitutio est, quæ reddit
etiam bona. Imo etiamsi sit indulgentia concepta hoc
generali verbo tantum [*restituo te in integrum*] plenis-
sima est indulgentia, quia, vt ait *l. pen. D. de constitut.
Princip.* quæ proprie ad hanc speciem est referenda, vt
eius verba demonstrant, beneficium principis, quod a
diuina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam ple-
nissime debemus interpretari. Et ita accipere debemus,
quod est in Institutionibus §. *pari ratione, quibus modis
ius potest. solu.* Restitutos ex indulgentia principis per
E omnia, id est, nullo excepto, statum pristinum recipere;
restitutos, scilicet plenissima restitutione, vel hoc verbo
nudo [*restituo te in integrum.*] Valde notanda sunt duo
in hoc titulo, primum ad eum, cui bona restituuntur,
beneficio principis redire omnia onera creditorum, si
omnia bona sint restituta, quæ ab eo, cum bonis omni-
bus transierant in fiscum, veluti successorem. Quod si
pro parte sint tantum restituta bona, eorum onerum
pars quoque tantum ad eum redit, *l. 4. & pen. hoc tit.* At
bonis non restitutis vlla ex parte, onera creditorum re-
manent apud fiscum veluti successorem. is debet respon-
dere creditoribus proscripti vel damnati, etiamsi resti-
tuto in integrum rem aliquam ex bonis princeps con-
cesserit restituique iusserit, puta fundum illum, aut do-
mum illam, non partem bonorum, sed rem certam, *l. 3.*
hoc

hoc tit. l. 5. sup. de bon. proscrip. Est magna differentia inter rem & partem, vt *l. pen. sup. de heredib. instit.* §. *si quis vna, Instit. de fideicom. hereditat.* Vltimo est notandum ex *l. vlt.* restituto in integrum deportato plena restitutione, atque adeo patri in filium restituta potestate, quam habuit, antequam deportaretur, testamentum, quod fecit filius, qui iam venerat in ætatem, & quæcunque interim gessit & contraxit filius, cum esset sui iuris, quia deportatione patris est liberatus patria potestate, non rescindi. Iterum dico, testamentum, quod interim fecit, & quæcunque interim gessit filius iustæ ætatis, reuerso patre non rescindi, quamuis ipse redeat in potestatē patriam, & filio impuberi interim datum tutorē non mutari, si pater, qui est restitutꝰ, non sit frugi homo. Hæc est sententia *leg. vlt.* quę non abhorret multum à iure communi: Nam primum ab initio iure datus est tutor patrifamilias, id est, filio facto sui iuris deportatione patris: Nam filiofamil. non datur tutor. Tutela est potestas in capite libero, id est, in persona sui iuris. Ergo in hac specie non mirum est, si maneat tutor, qui ab initio iure est datus tutor patrifamilias, maxime, si pater non sit homo frugi. Testamentum etiam iure factum est à patrefamilias, qui postea quamuis redierit in potestatem patris, restituto patre plenissime, non ideo testamentum eius rescinditur, sicut nec cætera, quæ gessit, quia redit in potestatem sine capitis deminutione. Et notandum est, testamentum, quod quis iure perfecit, non rescindi, si postea ius testamenti fa- A ciendi habere desierit, nisi id habere desierit per cap. deminutionem: si citra eam ius testamen. faciendi habere desierit, vt si redierit in potestatem patris, restituto patre in integrum, testamentum, quod ante fecit, non rescinditur, vt *l. 7. D. de iure codicill.* Sicut si ei, qui iure testamentum fecit, postea vt prodigo bonis interdicatur, definit habere testameti factionem. Sed sine capitis deminutione, an irritum fit testamnetum, quod est vetustius interdictione? Minime, *l. 10. D. qui test. fac. poss.* Idem est, si post testamentum iure perfectum monachus fiat, *Nouella 5.* monachismo definit habere ius testamenti faciendi, sed quod ante monachismum fecit, valet, quia monachismus non est ca- B pitis deminutio. Idem etiam est, si quis post testamentum iure perfectum cœperit esse furiosus vel surdus, vel mutus, testamentum non fit irritum, *l. 6. D. qui testam. fac. poss. l. 1.* §. *si quis autem, D. de bon. poss. secun. tab.* Denique testamentum iure perfectum non rescinditur, si postea testator amiserit ius faciendi testamenti, nisi id amiserit per capitis deminutionem, quæ nulla interuenit, cum filius, qui deportato patre iure fecit testamentum, postea redit in eiusdem patris potestatem, patre restituto & soluto pœna deportationis. Recte igitur Anianus Interpres Cod. Theodos. & Cyprianus & Irnerius, *vt hic glossa notat,* statuunt ni *hac l. vlt.* testamentum non rescindi, sicut nec cætera gesta. Male Basilica & Ioannes, rescindi testamentum, non cætera gesta.

FINIS.



INDEX RERVM ET VERBORVM IN IACOBI CVIACII RECITATIONES ad diuersos Codicis Titulos, locupletissimus.

A

Accusatori

Cod.

B

Digestorum

I

Cod.

Nubentis

Aaaa iij

Serui,

T

FINIS.